

La autoinseminación: decisiones reproductivas privadas y formación de relaciones familiares

Amaia Forcada Rubio

TESIS DOCTORAL UPF / AÑO 2019

DIRECTORES DE LA TESIS

Dr. Josep Ferrer Riba

Dra. Esther Farnós Amorós

DEPARTAMENTO DE DERECHO



A mis *aitas*

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi más sincera gratitud a todos los miembros del área de Derecho civil de la Universitat Pompeu Fabra, con quienes he tenido el placer de trabajar durante mi etapa de formación predoctoral.

Quiero agradecer muy especialmente el trabajo realizado por mis directores de tesis, el Dr. Josep Ferrer Riba y la Dra. Esther Farnós Amorós, quienes me han acompañado y aconsejado en este camino con una paciencia infinita. Ha sido un privilegio trabajar y aprender con vosotros.

Agradezco también la ayuda brindada por los profesores Joan Egea Fernández, Albert Lamarca Marquès y Carlos Gómez Ligüerre, así como el apoyo diario de los profesores Antoni Rubí, Sonia Ramos, Rosa Milà y Marian Gili. A mis compañeros del 40.123, en especial a Sergi Morales y Miquel Mirambell, les agradezco sus ánimos, sus consejos y todos los buenos momentos que hemos vivido. Una mención especial merece Giulia Giovannini, compañera y amiga, con quien he tenido la suerte de compartir esta etapa llena de experiencias de principio a fin. Por tu apoyo y cariño incondicional, gracias.

Mi más sincero agradecimiento también a la profesora Jenni Millbank por su buena acogida, y por toda la ayuda brindada con ocasión de la estancia de investigación que tuve la oportunidad de realizar en la Facultad de Derecho de la *University Technology, Sydney* (Australia).

Gracias a mis amigos, en especial a Marta, por estar allí. A mi prima Yolanda, por comprenderme y animarme tanto a lo largo de estos cuatro años. Y a Kiko por hacer este camino mucho más fácil con su paciencia, apoyo y alegría.

Finalmente, muchas gracias a mis padres y a mi hermano por estar siempre conmigo, y también por sus consejos, optimismo y ejemplo.

Resumen

La tesis analiza la filiación derivada de autoinseminación, con especial atención al supuesto en el que un donante anónimo, identificable, o conocido, contribuye a la concepción. El trabajo examina una práctica reproductiva, en auge en los últimos años en España, que plantea problemas relevantes desde la óptica del derecho de filiación español, catalán y navarro debido, por un lado, a su falta de regulación y, por otro, a la imposibilidad de considerarla como técnica de reproducción asistida con arreglo a la normativa vigente. Su falta de encaje en las reglas de la filiación por naturaleza, que esta investigación evidencia, se debe, por una parte, a que el proyecto parental se materializa con el material genético de un tercero y, por otra, a que puede estar integrado por una o más personas sin vinculación genética con el hijo nacido. Este contexto exige plantear propuestas que ofrezcan una respuesta jurídica al problema, tales como otorgar valor jurídico al consentimiento prestado a la autoinseminación; permitir que el hombre que contribuye a la concepción como donante pueda renunciar a su filiación, u otorgar algún tipo de reconocimiento legal a la multiparentalidad.

Abstract

This PhD thesis analyses legal parenthood in cases of home insemination, with a particular focus on the scenario in which an anonymous, identity-release or known donor contributes to the child's conception. This practice, which has experienced a boom over the recent years in Spain, challenges the establishment of legal parenthood in the Spanish, Catalan and Navarrese legal systems. This is due to, one the one hand, its lack of regulation and, on the other hand, the impossibility to consider it as an assisted reproductive technique under the legislation currently in force. The thesis evinces that the rules of biological parentage do not fit in these cases since the parental project is carried out with the genetic material of a third party, and it may be formed of one or more persons with no genetic link with the child. This context demands to outline proposals to provide a legal answer to the problem, such as conferring legal meaning to the home insemination consent, allowing the relinquishment of legal paternity by the donor, or granting some kind of legal recognition to multiparent families.

SUMARIO

Abreviaturas	1
Introducción	9

CAPÍTULO PRIMERO. LA AUTOINSEMINACIÓN COMO MÉTODO REPRODUCTIVO ALTERNATIVO

I. Planteamiento	17
II. Concepto y tipología	17
III. Origen y evolución de la inseminación	25
IV. ¿Quiénes recurren a la autoinseminación y por qué?	29
1. Usuarios	29
2. Posibles factores y justificaciones del recurso a autoinseminación	32
2.1. Las restricciones de acceso a las técnicas de reproducción asistida.....	35
2.1.1. Contexto.....	35
2.1.2. Las restricciones de acceso en la normativa reguladora de las técnicas de reproducción humana asistida	38
2.1.3. Las restricciones de acceso en el ámbito sanitario público.....	42
2.2. Listas de espera	53
2.3. Coste económico	57
2.4. Preferencia por un donante identificable o conocido.....	60
2.4.1. Selección y características del donante conforme a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.....	60
2.4.2. Control e incumplimiento de la normativa en materia de selección de donantes.....	63

SUMARIO

2.4.3. Información disponible acerca del donante y constitucionalidad del anonimato.....	66
2.4.4. Contexto normativo en otros ordenamientos jurídicos	69
2.4.5. Datos estadísticos sobre la inseminación artificial y los donantes de esperma	73
2.4.6. La influencia del anonimato en la autoinseminación.....	74
2.5. Inviabilidad del recurso a la adopción nacional e internacional	79
2.6. Decisiones reproductivas privadas.....	83
V. Obtención del material genético necesario para la autoinseminación.. ..	85
VI. Problemática que suscita la autoinseminación en el ámbito de la determinación de la filiación del hijo nacido.....	96

CAPÍTULO SEGUNDO. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DEL RECURSO A TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

I. Estado de la cuestión.....	107
II. El consentimiento a las técnicas de reproducción asistida	115
III. La filiación derivada del recurso a técnicas de reproducción humana asistida en los ordenamientos jurídicos español, catalán y navarro	124
1. La filiación respecto de la usuaria o receptora de las técnicas de reproducción asistida	124
1.1. Determinación de la filiación.....	124
1.2. Particularidades en caso de recurso en solitario.....	126
2. La filiación paterna derivada del recurso a fecundación homóloga . ..	129
2.1. Consentimiento del marido y determinación de su paternidad.... ..	129

SUMARIO

2.2. Consentimiento del hombre no casado con la madre y determinación de su paternidad.....	131
2.3. Impugnación de la paternidad del marido o del hombre no casado con la madre	137
3. La filiación derivada del recurso a fecundación heteróloga.....	146
3.1. La filiación del marido u hombre no casado con la madre	146
3.1.1. Consentimiento del marido y determinación de su paternidad	146
3.1.2. Consentimiento del hombre no casado con la madre y determinación de su paternidad.....	148
3.1.3. Impugnación de la paternidad del marido u hombre no casado con la madre.....	149
3.2. La filiación de la esposa de la madre	158
3.2.1. El consentimiento a las técnicas de reproducción asistida	159
3.2.2. Determinación extrajudicial de la filiación.....	161
3.2.3. Determinación judicial de la filiación.....	172
3.2.4. Impugnación de la filiación	186
3.3. La filiación de la mujer no casada con la madre	192

CAPÍTULO TERCERO. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DEL RECURSO A AUTOINSEMINACIÓN

I. ¿Procreación natural, técnica de reproducción asistida o <i>tertium genus</i> ?	199
II. La filiación derivada del recurso a autoinseminación.....	211
1. La determinación de la filiación materna.....	211
2. La determinación de la filiación del marido y del hombre no casado con la madre.....	211

2.1. Conflicto de intereses y defensor judicial	215
2.2. Ejercicio de la acción de impugnación por el marido u hombre no casado con la madre	222
2.2.1. Legitimación y plazo al amparo del Código civil español..	224
a) Aplicación de las reglas de la filiación natural	224
b) Aplicación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por analogía.....	229
2.2.2. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil catalán ..	231
a) Aplicación de las reglas de la filiación natural	231
b) Aplicación de las reglas de la filiación derivada de TRA previstas en el Código Civil catalán por analogía.....	234
2.2.3. Legitimación y plazo al amparo del Fuero Nuevo navarro	235
a) Aplicación de las reglas de la filiación natural	235
b) Aplicación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por analogía.....	238
2.2.4. Resolución de la acción.....	239
a) Territorios sujetos al Código Civil español y Navarra.....	239
b) Cataluña.....	242
2.3. Ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad por la madre.....	244
2.3.1. Legitimación y plazo al amparo del Código civil español..	244
a) Aplicación de las reglas de la filiación natural	244
b) Aplicación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por analogía.....	247
2.3.2. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil catalán ..	248
a) Aplicación de las reglas de la filiación natural	248
b) Aplicación de las reglas de la filiación derivada de TRA por analogía	250
2.3.3. Legitimación y plazo al amparo del Fuero Nuevo navarro	250
a) Aplicación de las reglas de la filiación natural	250
b) Aplicación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por analogía.....	254
2.3.4. Resolución de la acción.....	254

2.4. Ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad por el hijo	258
2.4.1. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil español. 258	
a) Aplicación de las reglas de la filiación natural	258
b) Aplicación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por analogía.....	260
2.4.2. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil catalán..	261
a) Aplicación de las reglas de la filiación natural	261
b) Aplicación de las reglas de la filiación derivada de TRA por analogía	261
2.4.3. Legitimación del hijo y plazo de ejercicio al amparo del Fuero Nuevo navarro.....	262
a) Aplicación de las reglas de la filiación natural	262
b) Aplicación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por analogía.....	263
2.4.4. Resolución de la acción.....	263
2.5. La imposibilidad de recurrir a la analogía para evitar que se declare la paternidad del donante identificable o conocido	264
2.6. Ejercicio de la acción de reclamación por la madre, en interés del hijo, contra el donante	265
2.6.1. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil español. 265	
2.6.2. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil catalán..	265
2.6.3. Legitimación y plazo al amparo del Fuero Nuevo navarro	
.....	266
2.6.4. Resolución de la acción.....	266
2.7. Ejercicio de la acción de reclamación por el hijo contra el donante.....	269
2.7.1. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil español. 269	
2.7.2. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil catalán..	270
2.7.3. Legitimación y plazo al amparo del Fuero Nuevo navarro	
.....	271
2.7.4. Resolución de la acción.....	272

2.8. Ejercicio de la acción de reclamación de paternidad por el donante.....	272
2.8.1. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil español.	272
2.8.2. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil catalán..	273
2.8.3. Legitimación y plazo al amparo del Fuero Nuevo navarro	274
2.8.4. Resolución de la acción.....	275
3. La filiación de la cónyuge o mujer no casada con la madre.....	278
3.1. Territorios sujetos al Código Civil español y Navarra	278
3.1.1. Determinación extrajudicial de la filiación.....	278
a) Parejas casadas.....	278
b) Parejas no casadas.....	285
3.1.2. Determinación judicial de la filiación.....	292
3.1.3. Impugnación de la filiación contradictoria y, en su caso, reclamación de la paternidad al donante.....	295
a) Acción mixta ejercitada por el donante	295
b) Acción de impugnación de la maternidad y, en su caso, acción de reclamación de la paternidad al donante ejercitada por la madre gestante o por su cónyuge.....	304
c) Acción de impugnación de la maternidad y, en su caso, acción de reclamación de la paternidad al donante ejercitada por el hijo.....	309
3.2. Cataluña	310
3.2.1. Determinación de la filiación	310
a) Determinación extrajudicial	310
b) Determinación judicial	313
3.2.2. Impugnación de la filiación contradictoria y, en su caso, reclamación de la paternidad al donante.....	314
a) Acción de impugnación de la maternidad ejercitada por la comadre	315
b) Acción de impugnación de la maternidad y, en su caso, acción de reclamación de la paternidad al donante ejercitada por la madre gestante	316
c) Acción mixta ejercitada por el donante	317

d) Acción de impugnación de la maternidad y, en su caso, acción de reclamación de la paternidad al donante ejercitada por el hijo.....	318
3.3. Recorrido de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación.....	318
4. La filiación del donante en caso de maternidad en solitario.....	321
4.1. Código Civil español.....	322
4.2. Código Civil catalán	323
4.3. Fuero Nuevo navarro	326
4.4. Recorrido de la acción de reclamación de la filiación	328

CAPÍTULO CUARTO. RETOS QUE PLANTEA LA AUTOINSEMINACIÓN CON CONTRIBUCIÓN DE DONANTE Y PROPUESTAS PARA REGULAR LA FILIACIÓN QUE PUEDA RESULTAR

I. Retos que plantea la autoinseminación con contribución de donante en el ámbito de la filiación.....	331
1. Inseguridad jurídica en las relaciones paternofiliales ante el riesgo de ejercicio de acciones de filiación.....	331
2. Indisponibilidad del estado civil	334
3. El binarismo en la filiación	337
4. El binarismo en las responsabilidades parentales.....	340
5. Recapitulación	345
II. Propuestas para regular la filiación de los hijos concebidos mediante autoinseminación con contribución de donante	346
1. La inclusión de la autoinseminación en el concepto de «reproducción asistida».....	346

SUMARIO

2. Filiación derivada de TRA y autoinseminación por presunción.....	354
2.1. Reino Unido.....	356
2.2. Países Bajos.....	358
2.3. Victoria (Australia).....	361
2.4. Columbia Británica (Canadá).....	362
2.5. Ontario (Canadá).....	363
2.6. Ventajas y desventajas de la propuesta.....	363
3. La aceptación de la filiación derivada del recurso previo a autoinseminación.....	367
3.1. Países Bajos.....	367
3.1.1. El contexto actual.....	367
3.1.2. Propuesta de reforma.....	374
3.2. Ventajas y desventajas de la propuesta.....	377
4. La renuncia expresa del donante a su paternidad legal.....	380
4.1. El contexto español.....	380
4.2. La vía californiana.....	387
4.3. La vía argentina.....	396
4.4. Ventajas y desventajas de la propuesta.....	400
5. Multiparentalidad y propuestas afines.....	405
5.1. California (Estados Unidos).....	409
5.2. Columbia Británica (Canadá).....	413
5.3. Ontario (Canadá).....	415
5.4. Países Bajos.....	416
5.4.1. Contexto.....	416
5.4.2. Propuesta.....	418
a) Proyecto parental conjunto previo al nacimiento.....	418
b) Partes del acuerdo.....	419

SUMARIO

c) Modo de constitución	419
d) Inscripción del acuerdo y determinación de la filiación	420
e) Impugnación de la filiación	421
e) Estado de la propuesta.....	421
5.6. Modelo de regulación	425
5.6.1. Partes del acuerdo de multiparentalidad.....	425
5.6.2. Formalización del acuerdo y determinación de la filiación.....	429
5.6.3. Métodos de concepción mediante los que puede materializarse el acuerdo de multiparentalidad.....	431
5.6.4. Pros y contra de abordar su regulación	432
5.7. La atribución de responsabilidades a otras posibles figuras parentales con carácter adicional a las que ostentan los progenitores legalmente determinados	434
6. Propuesta general de <i>lege ferenda</i>	438
Conclusiones.....	453
Tabla de sentencias y resoluciones citadas	i
Bibliografía	xv
Artículos de prensa, boletines, documentos de trabajo, glosarios, hojas informativas, informes, recomendaciones, reportajes y trabajos de investigación	xlvii

ABREVIATURAS

AC	Base de datos Westlaw-Aranzadi (Aranzadi Civil: jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en materia civil y mercantil, Juzgados de Primera Instancia y Tribunal de Defensa de la Competencia)
AP	Audiencia Provincial
Apdo/s.	Apartado/s
Art/s.	Artículo/s
AS	Base de datos Westlaw-Aranzadi (Aranzadi Social: jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional en materia social y Juzgados de lo Social)
ASEBIR	<i>Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción</i>
ASESA	<i>Asociación Española de Andrología, Medicina Sexual y Reproductiva</i>
ASRM	<i>American Society for Reproductive Medicine</i>
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOA	Boletín Oficial de Aragón
BOC	Boletín Oficial de Cantabria
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOIB	Boletín Oficial de las Islas Baleares
BON	Boletín Oficial de Navarra
BORM	Boletín Oficial de la Región de Murcia

ABREVIATURAS

CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCCN	Código Civil y Comercial argentino (2014)
CCN	Código Civil neerlandés (<i>Burgerlijke Wetboek</i>)
CDFA	Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 63, 29.3.2011)
CE	Constitución española (1978)
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 4.11.1950)
CF	Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (DOGC núm. 2687, 23.7.1998)
Cfr.	Confróntese
<i>Cit.</i>	Obra citada
CLRAO	<i>Children's Law Reform Act</i> 1990 (Ontario, Canadá)
CNRHA	<i>Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida</i>
Coord./s.	Coordinador/es
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, 24.11.1995)
DA	Disposición adicional
DF	Disposición final
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado

ABREVIATURAS

Dir./s.	Director/es
DOCV	Diario Oficial de la Comunidad Valenciana
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DT	Disposición transitoria
Ed./s	Editor/es
ESHRE	<i>European Society of Human Reproduction and Embryology</i>
FCC	<i>Family Code</i> (California, Estados Unidos)
FJ	Fundamento jurídico
FIV	Fecundación in vitro
FLACB	<i>Family Law Act</i> 2011 (Columbia Británica, Canadá)
FN	Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57, 7.3.1973)
HFEA	<i>Human Fertilisation and Embryology Act</i> 2008
IA	Inseminación artificial
IAD	Inseminación artificial heteróloga o con espermatozoides de donante
IAP	Inseminación artificial homóloga o con espermatozoides de la pareja
ICMART	<i>International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies</i>
ICSI	<i>Intra Cytoplasmic Sperm Injection</i> (Inyección intracitoplasmática de espermatozoides)
INE	<i>Instituto Nacional de Estadística</i>

ABREVIATURAS

IUI	<i>Intrauterine Insemination</i> (Inseminación intrauterina)
JUR	Base de datos Westlaw-Aranzadi (Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi: jurisprudencia de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales, Juzgados...)
LCF	Ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones (DOGC núm. 1441, 10.5.1991)
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, 8.1.2000)
Ley 13/2005	Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, 2.7.2005)
Ley 3/2007	Ley 3/2007, de 15 de marzo, de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE núm. 65, 16.3.2007)
Ley 10/2008	Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (DOGC núm. 5175, de 17 de julio)
Ley 25/2010	Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686, 5.8.2010)
Ley 19/2015	Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE núm. 167, 14.7.2015)
Ley 26/2015	Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, 29.7.2015).
Ley Foral 1/1987	Ley Foral 1/1987, de 5 de abril por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra (BOE núm. 134, 5.6.1987)

ABREVIATURAS

Ley Foral 9/2018	Ley Foral 9/2018, de 17 de mayo, de reforma de la Compilación de Derecho civil de Navarra en materia de filiación (BON núm. 98, 23.5.2018)
Ley Foral 21/2019	Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (BON núm. 74, 16.4.2019)
LJV	Ley 25/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, 3.7.2015)
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, 17.1.1996)
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175. 22.7.2011)
LTRA	Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE núm. 282, 24.11.1988)
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, 27.5.2006)
núm.	Número
OMS	Organización Mundial de la Salud
p./pp.	página/s
par.	párrafo(s)
RD	Real Decreto
RD 1030/2006	Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE núm. 222, 16.9.2006).
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

ABREVIATURAS

RDL	Real Decreto-ley
RDL 9/2014	Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (BOE núm. 163, 5.7.2014)
RJ	Base de datos Westlaw-Aranzadi (Repertorio de jurisprudencia: jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia en materias de derecho civil especial o foral y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado)
ROPA	Recepción de ovocitos de la pareja
RTC	Base de datos Westlaw-Aranzadi (Repertorio del Tribunal Constitucional: jurisprudencia constitucional)
S(S)AP	Sentencia(s) de Audiencia Provincial
SCAV	<i>Status of Children Act</i> 1974 (Victoria, Australia)
sec.	Sección
SEF	<i>Sociedad Española de Fertilidad</i>
SJPI	Sentencia de Juzgado de Primera Instancia
ss.	siguientes
S(S)TC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
S(S)TS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
S(S)TSJ	Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ABREVIATURAS

TRA	Técnicas de reproducción asistida
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
UPA	<i>Uniform Parentage Act</i> (Estados Unidos)
<i>vid.</i>	Véa(n)se
VIH	Virus de la Inmunodeficiencia Humana
Vol./s.	Volumen(es)

INTRODUCCIÓN

Desde su primera regulación en 1988 hasta la actualidad, la aplicación de técnicas de reproducción asistida (TRA) ha crecido en España de manera exponencial¹ debido principalmente al descenso de la fertilidad en la población, y a la postergación de la primera maternidad². Pese a que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)³ es considerada una de las disposiciones europeas más liberales en esta materia⁴, y el contexto existente en otros países europeos atrae a sus ciudadanos a clínicas españolas⁵, en los

¹ Solo en el año 2016 se produjeron en España 37.503 nacimientos fruto del recurso previo a TRA, según los datos del Registro Nacional de Actividad 2016-Registro SEF: <https://www.mscbs.gob.es/va/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4402> (consultado el 13.8.2019). Ese año, según el Instituto Nacional de Estadística (INE), se produjeron un total de 410.583 nacimientos en España, por lo que dicha cifra representa el 9,13% del total. Además, la Encuesta de Fecundidad del año 2018 del INE pone de manifiesto que el 5,4% de las mujeres de entre 18 y 55 años residentes en España se ha sometido alguna vez a un tratamiento de TRA: www.ine.es/prensa/ef_2018_d.pdf (consultado el 13.8.2019). Desde un punto de vista económico, un estudio del Observatorio Sectorial DBK Informa señala que el valor total de los tratamientos de TRA realizados en España en 2018 se estimó en torno a los 615 millones de euros: <https://www.dbk.es/es/detalle-nota/centros-reproduccion-asistida-2019> (consultado el 13.8.2019).

² Según el INE, en España la media de edad para la primera maternidad en 2018 se situó en 32 años.

³ BOE núm. 127, 27.5.2006.

⁴ Marcelo PALACIOS “Comentario jurídico a la Exposición de Motivos”, en Francisco LLEDÓ YAGÜE, Carmen OCHOA MARIETA (Dirs.) y Óscar MONJE BALSAMEDA (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 15-25, p. 25. En otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en cambio, la normativa es mucho más restrictiva: *vid.*, por ejemplo, los casos de Italia (*Legge 19 febbraio 2004*, n. 40 [*Gazzetta Ufficiale* núm. 45, 24.2.2004]) y Francia (arts. L2141-1 y ss. del *Code de la santé publique*, modificado por la *Loi n. 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique* [*Journal Officiel de la République française* núm. 157, 8.7.2011]).

⁵ En 2014, según la Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana (ESHRE), España fue el país europeo en el que se realizaron más tratamientos reproductivos (concretamente 109.275, cifra que representa el 14,07% del total), seguido de Rusia (94.985), Francia (90.434) y Alemania (81.177): Ch. DE GEYTER *et al.*, “ART in Europe, 2014: results generated from European registries by ESHRE”,

últimos años se ha producido un incremento en el recurso a técnicas reproductivas que se practican al margen de la legislación vigente. Más allá de la gestación por sustitución, a la que cada vez más ciudadanos acceden fuera de nuestras fronteras, existe otro método reproductivo que ha ido ganando terreno. Se trata de la autoinseminación, que también recibe el nombre de inseminación doméstica o casera, una técnica que imita el proceso de una inseminación artificial (IA) pero que se realiza al margen de un centro o servicio autorizado y sin asistencia médica.

Son varios los factores que han podido contribuir al incremento del recurso a autoinseminación como método para lograr descendencia. Por un lado, la normativa vigente impone la regla del anonimato del donante (art. 5.5 LTRHA), por lo que la selección del hombre que contribuye con su material genético a la concepción corresponde exclusivamente al equipo médico encargado de realizar la técnica (art. 6.5 LTRHA), y ni la usuaria –y, en su caso, su pareja– ni el hijo pueden conocer su identidad. Por otro lado, factores como el coste de la IA en un centro o servicio autorizado privado, las listas de espera para recibir

Human Reproduction, vol. 33, núm. 9, pp. 1586-1601, pp. 1587-1589. Ese año se realizaron 12.240 tratamientos a pacientes residentes en otros países, cifra que representó el 11,20% del total. Las usuarias o receptoras procedían en su mayoría de Italia y Francia, y una de las principales razones por las que acudieron a centros y servicios autorizados españoles es la ilegalidad de la técnica en su país de origen: Registro Nacional de Actividad 2014 – Registro SEF, *Informe estadístico de Técnicas de Reproducción Asistida 2014*, p. 40, accesible en: <http://www.cnrha.msrebs.gob.es/registros/actividadesAnteriores.htm>. En 2017, último año sobre el que se han publicado datos, esta cifra aumentó a 14.846 tratamientos, lo que representa el 8,43% del total de ciclos reproductivos realizados (175.905). Entre los motivos por los que acuden a España para recibir tratamiento, sigue teniendo mucho la existencia de una legislación mucho más favorable que en otros países europeos: Registro Nacional de Actividad 2017 – Registro SEF, *Informe estadístico de Técnicas de Reproducción Asistida 2017*, p. 45, accesible en: http://www.cnrha.msrebs.gob.es/registros/pdf/Informe_estadisticoSEF_2017.pdf.

tratamiento a cargo del sistema público de salud, o la libertad reproductiva de los usuarios también han podido resultar relevantes para que se opte por esta alternativa para concebir. Esta práctica, que constituye un remedio frente a la infertilidad masculina, es más económica que una IA, permite hacer uso de un donante anónimo, identificable o conocido, y puede realizarse en un contexto de intimidad. Pese a no disponer de datos oficiales, la prensa nacional señala que hasta el año 2017 más de 2.000 mujeres habrían logrado ser madres en España gracias a esta alternativa⁶.

Más allá de sus implicaciones médicas o éticas, desde la óptica del derecho de filiación esta práctica reproductiva está huérfana de regulación, lo que plantea retos relevantes. Su falta de regulación abre un interrogante respecto a las reglas de filiación que deben aplicarse cuando se produce el nacimiento de un hijo concebido mediante autoinseminación. El hecho de que no esté considerada expresamente una TRA permite afirmar que *a priori* le son aplicables exclusivamente las reglas tradicionales de la filiación por naturaleza, basadas en la coincidencia de la verdad material con la filiación jurídico-formal. Como ocurre con las TRA, este tipo alternativo de inseminación puede practicarse con el material genético de un hombre ajeno al proyecto

⁶ Antonio M. YAGÜE, “La inseminación por internet se dispara”, *Crónica Global*, 22.7.2017: https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/inseminacion-internet-dispara_77620_102.html (consultado el 10.4.2019). Se trata, no obstante, de datos incompletos ya que únicamente tienen en cuenta los nacimientos que se han producido como consecuencia de autoinseminaciones practicadas con esperma adquirido en Cryos International, un banco danés que proporciona esperma a más de cien países de todo el mundo, y que sin duda ha monopolizado la compraventa de esperma en línea en España. Quedan fuera de estos datos, por tanto, aquellos nacimientos fruto de inseminaciones practicadas en la intimidad con esperma obtenido por otros medios (por ejemplo, compraventa a un particular o donación por un tercero).

parental. Además, este último puede estar formado por uno o varios miembros que carecen de vínculo genético con el hijo nacido. La aplicación de las reglas de la filiación natural contenidas en las leyes civiles, sin combinarla con las reglas especiales en materia de filiación que prevén los arts. 7 a 10 LTRHA (en Cataluña, con las disposiciones que prevé el Código Civil catalán), complica la determinación de la filiación, y abre la puerta a posibles impugnaciones de la paternidad o maternidad del progenitor⁷ intencional, así como a eventuales reclamaciones de la paternidad del donante, en el caso de que este último sea conocido o identificable. Este contexto crea inseguridad jurídica en las relaciones paternofiliales derivadas de autoinseminación, lo que puede perjudicar gravemente la estabilidad del hijo. Por otra parte, el hecho de que un hombre done su material genético al margen de un centro o servicio autorizado sin voluntad de asumir responsabilidades parentales con respecto al futuro hijo que nazca, reabre el debate sobre el papel que debe jugar la autonomía de la voluntad en la determinación de las relaciones paternofiliales. Además, una práctica reproductiva como la autoinseminación puede ser considerada óptima para crear estructuras familiares alternativas formadas por más de dos personas, lo que invita a reflexionar tanto sobre si el límite actual de dos progenitores legales debe mantenerse,

⁷ Este término, que proviene del latín *progenitor* y deriva de *progignere* –engendrar–, es utilizado a lo largo de toda la tesis doctoral al margen de su significado etimológico. En concreto, es empleado indistintamente para hacer referencia al padre y/o a la madre y, en función del adjetivo que lo acompaña, su significado varía: puede referirse al padre y/o a la madre que aportan sus gametos para engendrar al hijo («progenitor/a/es biológico/a/s o genético/a/s»); al padre y/o a la madre cuya filiación ha sido legalmente determinada («progenitor/a/es legal/es o legalmente determinado/a/s»); al padre y/o la madre, que habiendo participado en el proyecto parental sin aportar sus gametos para engendrar al hijo, ejerce/n como tal («progenitor/a/es intencional/es o de intención»); y al padre y/o la madre que ostenta/n la guarda del hijo («progenitor/a/es custodio/a/s»).

como sobre si las responsabilidades parentales deben poder atribuirse a terceros con carácter adicional a las que ya ostentan los progenitores legalmente determinados.

En este contexto, el interés de la presente investigación se focaliza en establecer cómo se determina la filiación derivada de autoinseminación en cada uno de los diferentes escenarios que pueden plantearse en la práctica en función de quiénes sean sus usuarios, y del donante que haya contribuido a la concepción (anónimo, identificable o conocido), y si cabe su posterior impugnación. Al centrarse en la situación en España, este estudio no solo integra la regulación en materia de filiación contenida en el Código Civil español, sino también la del Código Civil catalán⁸ y la del Fuero Nuevo navarro⁹, por ser estos los dos únicos territorios del estado que cuentan con legislación civil propia en esta materia. El análisis aspira a identificar la problemática que plantea el vacío legal existente en materia de filiación derivada de autoinseminación, así como a determinar si el hecho de aplicar a la autoinseminación reglas propias de la filiación derivada de reproducción asistida contribuiría a mejorar la situación actual. El objetivo último de la tesis doctoral consiste en proponer, a partir de las respuestas legales que han ofrecido otros ordenamientos jurídicos -en su mayoría de tradición anglosajona-, propuestas de *lege ferenda* que puedan contribuir a garantizar la estabilidad del modelo familiar formado, protegiendo así el interés del hijo.

⁸ Situada en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686, 5.8.2010) [Ley 25/2010].

⁹ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57, 7.3.1973) [FN].

El trabajo se estructura en un total de cuatro capítulos. En el primero exploro el fenómeno de la autoinseminación, lo conceptualizo y expongo su tipología. Seguidamente doy cuenta de los diferentes usuarios que pueden optar por este método reproductivo para lograr descendencia, y analizo pormenorizadamente los factores más recurrentes que pueden justificar decantarse por esta alternativa. A continuación, examino los diferentes medios de obtención del material genético necesario para su realización, y finalmente pongo sucintamente de relieve la problemática que el uso de esta práctica plantea con respecto a la filiación del hijo nacido.

En el segundo capítulo abordo la filiación derivada del recurso a TRA. Dadas las similitudes que presenta la IA con la autoinseminación, y las consecuencias que conllevaría poder aplicar a esta última las especificaciones que prevé en materia de filiación la LTRHA (en Cataluña, las que prevé el CCCat), se estima necesario realizar este estudio con carácter previo a iniciar el examen de la filiación derivada de autoinseminación. Inicialmente expongo la normativa aplicable y estudio el papel del consentimiento a las TRA en la determinación de las relaciones paternofiliales. Seguidamente me ocupo de analizar cómo se determina la filiación en cada caso, así como de si cabe su eventual impugnación, distinguiendo en función de sus usuarios (parejas heterosexuales, parejas de mujeres o mujeres solas), y de la técnica de la que se haya hecho uso (homóloga o heteróloga).

En el tercer capítulo me ocupo de la filiación derivada de autoinseminación. En primer lugar, examino las reglas que resultan

aplicables para determinar las relaciones paternofiliales derivadas de este tipo alternativo de inseminación, y cuestiono si en estos casos cabe la aplicación analógica de las reglas especiales que prevé la LTRHA en materia de filiación (en Cataluña, el propio CCCat). Seguidamente, y con carácter previo a analizar la determinación e impugnación de la filiación en los diferentes escenarios que pueden plantearse en la práctica, hago una breve referencia al conflicto de intereses que puede existir cuando el hijo es menor o está incapacitado judicialmente, y comparece en un proceso de filiación mediante quien ostenta su representación legal (art. 765.1 LEC). Al examinar la determinación e impugnación de la filiación derivada de autoinseminación, distingo no solo en función de sus usuarios, sino también del tipo de donante que se haya utilizado. Primero me ocupo de las parejas heterosexuales, seguidamente de las parejas de mujeres y finalmente de las mujeres solas, y en todos los casos tengo en cuenta dos posibles alternativas: a) la aplicación exclusiva de las reglas de filiación por naturaleza que regula cada uno de los tres ordenamientos jurídicos objeto de examen; o b) la combinación de estas últimas normas con las reglas especiales que prevén los arts. 7 a 10 LTRHA (y, en Cataluña, con las que prevé el CCCat). El objetivo del estudio es contrastar el resultado de aplicar unas y otras reglas, y poner de relieve cuál de estas dos opciones es la que satisface en mayor medida el interés superior del hijo.

En el cuarto capítulo me refiero sucintamente a los retos más relevantes que plantea la filiación derivada de autoinseminación, y que he identificado fruto del análisis realizado en los dos capítulos precedentes. Seguidamente expongo cinco propuestas de reforma legislativa que podrían contribuir a mejorar uno o varios de los

problemas que plantea la filiación derivada de autoinseminación. Tomando como referencia las respuestas legales que ofrecen otros ordenamientos jurídicos, examino las ventajas y desventajas que conllevaría la adopción de cada una de estas propuestas en el ordenamiento jurídico español. En último término, formulo una propuesta general de *lege ferenda* con el objetivo último de incrementar la seguridad jurídica de las relaciones familiares creadas a partir del recurso a autoinseminación y de proteger así los intereses de las personas concebidas mediante dicha práctica.

CAPÍTULO PRIMERO

LA AUTOINSEMINACIÓN COMO MÉTODO REPRODUCTIVO ALTERNATIVO

I. Planteamiento

Este capítulo tiene por objeto el examen de algunas cuestiones preliminares sobre la autoinseminación, cuya delimitación resulta necesaria para comprender el análisis jurídico que se llevará a cabo en los tres capítulos posteriores. En primer lugar, se ofrece una definición amplia del concepto de autoinseminación y, seguidamente, se concretan las prácticas que cabe incluir en dicha noción. En segundo lugar, se hace una breve referencia tanto al origen como a la evolución de la inseminación, con el objetivo de establecer por qué nace esta práctica reproductiva y cómo se ha ido desarrollando hasta la actualidad. En tercer lugar, se identifican los potenciales usuarios de este tipo de inseminación y, a continuación, se analizan pormenorizadamente las causas más recurrentes que tratan de justificar esta vía alternativa como técnica óptima para lograr la concepción. En cuarto lugar, se describen las diferentes modalidades de obtención del material genético necesario para realizar una autoinseminación y la problemática asociada a cada una de ellas. Para acabar, centrando la atención en la filiación del hijo nacido, se anuncian los diferentes retos que plantea este método reproductivo alternativo.

II. Concepto y tipología

La autoinseminación es un método reproductivo alternativo mediante el cual se pretende la consecución de una gestación. A grandes rasgos,

esta práctica no difiere mucho de IA, pues ambas tienen por objeto el depósito de espermatozoides en el tracto reproductor femenino, de manera que los espermatozoides puedan alcanzar el óvulo y lo fecunden, lo que permitirá que posteriormente se produzca el embarazo.

La diferencia está en que el único instrumental requerido para llevar a cabo este tipo de inseminación es una cánula o jeringa, por lo que no es necesaria intervención médica alguna, lo que permite que el proceso pueda desarrollarse en un contexto de intimidad. Ello contrasta con la práctica de la IA, que solo puede realizarse en un centro autorizado¹⁰. Aunque la autoinseminación puede llevarse a cabo por la propia usuaria que se insemina, lo habitual es que la mujer cuente con la asistencia de un tercero, ya se trate de su pareja o de un amigo o conocido¹¹. Además, gran parte de estas inseminaciones se desarrollan en el hogar, motivo por el cual esta práctica también recibe el nombre de inseminación casera o doméstica¹². A mi parecer, no existe un término exacto que englobe las diferentes modalidades que presenta la

¹⁰ El art. 26.2.c)1 LTRHA considera infracción muy grave «la realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización». La sanción a los centros que operan en la clandestinidad consiste en una multa pecuniaria de hasta un millón de euros y puede suponer, además, la clausura o cierre del centro (art. 27.1 LTRHA).

¹¹ Fiona KELLY, “An alternative conception: the legality of home insemination under Canada’s Assisted Human Reproduction Act”, *Canadian Journal of Family Law*, vol. 26, núm. 1, 2010, pp. 149-170, p. 153.

¹² En el mundo anglosajón, esta práctica también se conoce como *the turkey-baster method, do it yourself* o *alternative insemination*. *Vid.*, en cuanto al primer término, Daniel WIKLER y Norma J. WIKLER, “Turkey-baster method babies: The demedicalization of artificial insemination”, *The Milbank Quarterly*, vol. 69, núm. 1, 1991, pp. 5-40; en cuanto al segundo, Martin RICHARDS, “Genes, Genealogies and Paternity”, en John R. SPENCER y Antje DU BOIS-PEDAIN, *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2006, pp. 53-72, p. 56; y, en cuanto al último, Amy AGIGIAN, *Baby steps. How lesbian alternative insemination is changing the world*, Wesleyan University Press, Middletown (Connecticut), 2004.

inseminación practicada al margen de un centro autorizado. Por un lado, el término «inseminación doméstica» puede ser interpretado como un concepto que deja fuera todas aquellas inseminaciones que se realicen, sin asistencia médica, fuera del hogar. En el mismo sentido, el término «inseminación casera», referido a un proceso que puede llevarse a cabo en casa con medios rudimentarios –solo se necesita una cánula o jeringa-, puede ser interpretado igualmente como una noción que deja fuera las inseminaciones practicadas en lugares distintos a la residencia de la usuaria que se insemína¹³. Por su parte, el término «autoinseminación» también puede resultar equívoco ya que las inseminaciones no solo se realizan por la propia usuaria, sino que en algunos casos también interviene un tercero. Como puede observarse, no existe un término exacto que englobe la totalidad de los supuestos y, sin perjuicio de que utilice en algún momento los términos «doméstica» o «casera», he optado por referirme en adelante a esta práctica con el término «autoinseminación»¹⁴.

¹³ La doctrina española que ha abordado el análisis de cuestiones legales relacionadas con este tipo de inseminación utiliza indistintamente los términos «inseminación doméstica», «inseminación casera» o «inseminación natural». *Vid.*, en cuanto al primer término, Susana QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas: cuestiones contractuales y de filiación”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 35, 2017-I, pp. 363-383; en cuanto al segundo, Enrique ABAD KOEFOED, “La inseminación artificial casera en España: consideraciones jurídicas y éticas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 35, 2017-I, pp. 385-411; y, en cuanto al tercero, Luis MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “El art. 44.5 de la Ley del Registro Civil y la doble maternidad a la luz de la resolución de 8 de febrero de 2017 de la DGRN”, *Notarios y Registradores*, 28.3.2017, pp. 1-13, pp. 4-5, accesible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-doble-maternidad-y-el-articulo-44-5-de-la-ley-del-registro-civil/> (consultado el 28.5.2017); y Pablo DE LORA DELTORO, “Reproducción, paternidad e igualdad: ¿de qué son responsables los inseminadores?”, en Juan Antonio GARCÍA AMADO (Dir.), Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, y Marta ORDÁS ALONSO (Coords.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 215-231.

¹⁴ Se trata de un término que más recientemente la doctrina ha acabado utilizando para referirse a este tipo de inseminación, pese a seguir haciendo uso ocasional de los

Como en el caso de la IA y de las restantes TRA, la autoinseminación puede ser homóloga o heteróloga. En el primer caso, la usuaria recurre al esperma de su marido o pareja para realizar la inseminación, mientras que en el segundo es un tercero quien contribuye a la fecundación aportando su esperma. En esta segunda modalidad, la usuaria puede utilizar el material genético de un donante anónimo, identificable o conocido, adquirido previamente por compraventa o donación. Determinados bancos de gametos radicados en el extranjero permiten obtener el esperma mediante su compraventa, aunque algunas mujeres también se inseminan gracias a la donación que un amigo, conocido o extraño realiza¹⁵.

En el ámbito de la autoinseminación, el esperma de donante anónimo o identificable debe adquirirse necesariamente mediante su compraventa a un banco de gametos extranjero –pese a que en España el donante debe ser anónimo, el esperma no puede suministrarse directamente a particulares-. En cambio, el material genético de donante conocido puede obtenerse tanto por compraventa como por donación. Además,

adjetivos «casera» o «doméstica». *Vid.*, por ejemplo, M^a Belén ANDREU MARTÍNEZ, “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿realmente avanzamos o hemos retrocedido?”, *InDret* 2/2018, pp. 1-35, p. 6, accesible en: <http://www.indret.com/pdf/1384.pdf>; José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 11-31, p. 17, accesible en: <http://idibe.org/numeros-aji/>; y M.^a Susana QUICIOS MOLINA, “Determinación legal de la maternidad de la esposa de la madre gestante. Comentario a la RDGRN de 8 de febrero 2017 (JUR 2018, 237932)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 108, septiembre-diciembre 2018, pp. 11-28, pp. 20-21.

¹⁵ Miguel TORAL (Dir.), *Sin filtros: semen a domicilio, inseminación artificial casera. Tan fácil como comprarlo por internet y esperar que llegue a tu casa*, Mega, 29.11.2016: <http://www.sinfiltros.com/especiales/la-lucha-lgtb/semen-domicilio-inseminacion-artificial-casera-20161129.html>.

debe distinguirse entre un donante identificable y un donante conocido, ya que en el primer caso el hombre accede a donar su material genético a un banco de gametos extranjero –en España solo puede ser anónimo (art. 5.5 LTRHA)-, a sabiendas de que su identidad podrá ser revelada si el hijo concebido así lo solicita cuando alcance la edad requerida para ello –generalmente, la mayoría de edad-, mientras que en el segundo se trata de un hombre con quien la usuaria o pareja tiene o establece un trato directo, razón por la cual el donante accede a donar su material genético. En este último supuesto, la identidad del donante es conocida por la usuaria o pareja previamente a la concepción, por lo que su revelación al futuro hijo que nazca dependerá estrictamente de las partes involucradas.

Lo cierto es que la única diferencia de esta práctica -y de la IA en general- con la procreación natural es que el esperma, en vez de depositarse en el aparato reproductor femenino tras una relación sexual, se introduce por medio de un método instrumental. Adviértase, por tanto, que esta tesis doctoral excluye del término «autoinseminación» todos aquellos supuestos en los que la receptora mantenga relaciones sexuales con un «donante de gametos» al objeto de lograr la consecución de un embarazo. Por otra parte, este método reproductivo alternativo presenta ciertas diferencias con respecto a la inseminación artificial. La primera de ellas es que mientras que en la autoinseminación el material genético se introduce en la vagina, la IA permite depositar el esperma directamente en la cavidad uterina. Ello aumenta las posibilidades de que el óvulo sea fecundado, habida cuenta de que el recorrido que los espermatozoides deben realizar hasta el útero es muy inferior al que tienen que recorrer cuando son

depositados en la vagina. Por su parte, la segunda diferencia es que en la autoinseminación, al contrario de lo que ocurre en el caso de la IA, no existe ningún proceso previo de preparación del material genético. Los centros y servicios autorizados, previa realización de la IA, llevan a cabo un proceso de capacitación espermática consistente en separar previamente los espermatozoides móviles del resto de componentes como el plasma seminal. Se trata de un proceso que tiene lugar de forma fisiológica en el tracto reproductor femenino durante la reproducción natural, pero que debe imitarse *in vitro* en la IA, ya que en este último caso los espermatozoides se depositan directamente en el fondo uterino. En el caso de la autoinseminación, en cambio, se recurre a espermatozoides frescos o congelados no tratados con anterioridad. Por último, la tercera diferencia es que, con carácter previo a la realización de una IA, se recurre habitualmente a la estimulación ovárica o inducción a la ovulación con el objeto de aumentar las posibilidades de lograr el embarazo, mientras que en sede de autoinseminación la usuaria o pareja suele recurrir únicamente al test de ovulación¹⁶.

En cualquier caso, debe advertirse que la autoinseminación no es un método reproductivo adecuado para aquellas mujeres que padezcan un problema de infertilidad, que deben recurrir necesariamente a la IA o a cualquier otra TRA. Esto explica que las usuarias habituales de este método sean principalmente mujeres solas o parejas de mujeres¹⁷ que

¹⁶ La estimulación ovárica en un proceso de IA consiste en la administración de fármacos hormonales para provocar el desarrollo folicular ovárico y la posterior ovulación de uno o varios ovocitos maduros, mientras que el test de ovulación es una herramienta que permite determinar el día aproximado en el que se producirá la ovulación, momento en el cual deberá programarse la realización de la inseminación.

¹⁷ KELLY, "An alternative conception...", *cit.*, p. 153.

desean formar una familia y que no padecen ningún problema de infertilidad en sentido médico. Pese a ello, las parejas heterosexuales también optan por esta práctica reproductiva, ya sea porque esta práctica constituye un remedio frente a la infertilidad masculina, o porque permite tener descendencia evitando la transmisión de una enfermedad infecciosa al otro miembro de la pareja¹⁸.

En último término, cabe precisar que la autoinseminación no está considerada expresamente como una TRA por la legislación española, al contrario de lo que ocurre con la IA. En efecto, el apartado a) del anexo de la LTRHA otorga tal consideración únicamente a la segunda. En consecuencia, solo los centros o servicios debidamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria correspondiente pueden practicarla (art. 4.1 LTRHA). Esta decisión del legislador español, que todavía se mantiene en la actualidad, contrasta con el criterio establecido por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies* (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), según el cual la IA no debe ser considerada una TRA. Más concretamente, el glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida elaborado por ambas organizaciones señala que TRA son «todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y

¹⁸ *Vid. infra*, apdo. IV.1 del presente capítulo.

embriones, la donación de ovocitos y de embriones, y el útero surrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante»¹⁹. Este criterio también ha sido recogido por el Departamento de Salud de Estados Unidos, así como por entidades científicas como la *International Federation of Fertility Societies* (IFFS), la ESHRE o la *American Society for Reproductive Medicine* (ASRM)²⁰. En cualquier caso, desde un punto de vista jurídico, la IA debe considerarse una TRA, dado que en España solo puede aplicarse en centros y servicios debidamente autorizados, y su utilización provoca que las disposiciones previstas en la LTRHA resulten de aplicación.

¹⁹ F. ZEGERS-HOCHSCHILD *et al.*, *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*, 2009, p. 10, disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/. En relación con el motivo que justificaría que la IA no sea considerada una TRA por parte del ICMART y la OMS, ÁLVAREZ PLAZA y PICHARDO GALÁN indican que, tras consultar a uno de los autores del glosario sobre este extremo, «la razón (...) obedece fundamentalmente a una cuestión de registro. En la mayor parte del mundo donde se registran rigurosamente los procedimientos de FIV (fecundación in vitro), ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoide), OD (ovodonación), no se registran los ciclos de estimación de ovulación e inseminación intrauterina [...] No ocurre lo mismo con los laboratorios andrológicos responsables de preparar el semen, o con el registro de dichos procedimientos. Por esas razones se elaboró el término de reproducción médicamente asistida (RMA), que en inglés corresponde a *medically assisted reproduction* (MAR) y que incluye la inseminación, así como las TRA»: Consuelo ÁLVAREZ PLAZA y J. Ignacio PICHARDO GALÁN, “Mercancía o don: bancos de semen y autonomía reproductiva”, *AIBR Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 12, núm. 3, 2017, pp. 339-363, p. 348.

²⁰ Antonio L. GONZÁLEZ UTOR, “Comentario científico al artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida”, en Francisco LLEDÓ YAGÜE, Carmen OCHOA MARIETA (Dirs.) y Óscar MONJE BALSAMEDA (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 41-47, p. 42.

III. Origen y evolución de la inseminación

Anton Van Leeuwenhoek, microbiólogo holandés e inventor del microscopio, observó y describió por primera vez los espermatozoides en 1678. Sin embargo, la primera inseminación documentada y realizada con éxito en un ser humano, no se llevó a cabo hasta 1790, cuando el cirujano y anatomista escocés John Hunter dispuso el semen de un comerciante en una jeringa y se lo inyectó a su mujer²¹. En 1866, el ginecólogo estadounidense James Marion Sims, conocido como el padre de la ginecología moderna, describió por primera vez la prueba postcoital²² y presentó sus conclusiones tras haber llevado a cabo cincuenta y cinco inseminaciones, de las cuales solo una resultó en embarazo²³.

²¹ W. OMBELET y J. VAN ROBAYS, “Artificial insemination history: hurdles and milestones”, *Facts Views Vis Obgyn*, vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 137-143, pp. 138-139. No obstante, algunos historiadores afirman que el primer intento de inseminación artificial se llevó a cabo por Enrique IV de Castilla, rey apodado como «el Impotente». Enrique IV se casó en 1455 con la princesa Juana, hermana de Alfonso V de Portugal. El matrimonio no tuvo su primera y única hija hasta 1462, lo que habría hecho concluir a algunos historiadores y cronistas contemporáneos, no solo que Enrique IV era impotente, sino también que el matrimonio habría logrado el embarazo a través de una inseminación artificial. Otros historiadores, en cambio, afirman que Enrique IV no era el padre de su hija Juana, dada la existencia, entre otros motivos, de un rumor extendido en la corte y el pueblo castellano que aseguraba que el padre biológico de Juana era Beltrán de la Cueva, motivo por el cual fue conocida con el sobrenombre de «la Beltraneja». *Vid.* Emilio MAGANTO PAVÓN, “Enrique IV de Castilla (1454-1474). Un singular enfermo urológico. Retrato morfológico y de la personalidad de Enrique IV “El Impotente” en las crónicas y escritos contemporáneos (I)”, *Archivos Españoles de Urología*, vol. 56, núm. 3, 2003, pp. 211-220.

²² La prueba postcoital es un test de fertilidad que tiene por objeto examinar la movilidad del espermatozoide en el moco del canal cervical. El valor de este método ha sido muy cuestionado en los últimos años por considerarse un test «caro y sin valor pronóstico», aunque muchos centros y servicios sanitarios todavía lo siguen utilizando. Para más información, *vid.* R. RODRÍGUEZ *et al.*, “Análisis del factor cervical de esterilidad”, *Clínica e Investigación en Ginecología y Obstetricia*, vol. 30, núm. 2, 2003, pp. 53-58, pp. 53-54.

²³ OMBELET y VAN ROBAYS, *cit.*, pp. 138-139.

En 1884, el doctor William Pancoast del Jefferson Medical College de Filadelfia (Estados Unidos), llevó a cabo el primer intento de inseminación documentado y culminado con éxito en una institución médica, al inseminar a una mujer con esperma de donante haciéndole creer que el material genético pertenecía a su marido²⁴. Todas estas inseminaciones se practicaron siguiendo el mismo mecanismo en el que consiste hoy en día la autoinseminación. La única diferencia entre unas y otras radica en que las inseminaciones llevadas a cabo hasta el siglo XIX, eran practicadas por profesionales con conocimientos médicos y no por la propia mujer que se inseminaba, o por su pareja.

En 1953, Jerome K. Sherman y Raymond Bunge, investigadores de la Facultad de Medicina de la Universidad de Iowa (Estados Unidos) lograron tres embarazos tras practicar inseminaciones artificiales con esperma previamente congelado a -70°C, que había sido debidamente

²⁴ El doctor Pancoast era conocedor de la poca calidad que tenía el semen del marido (patología conocida en la actualidad como oligospermia), pero en lugar de informar sobre este hecho al matrimonio, decidió someter a la esposa a una prueba final. Mientras la mujer permanecía inconsciente, el doctor decidió inseminarla con el esperma fresco de uno de sus estudiantes, que había sido democráticamente elegido como el más atractivo de entre los seis que estaban presentes. Nueve meses después, la esposa dio a luz a un bebé, pero el médico nunca informó a la mujer acerca del origen del material genético utilizado en la inseminación. Veinticinco años más tarde, una vez fallecido el Dr. Pancoast, el Dr. Addison Davis Hard, antiguo alumno que había donado su esperma el día de la referida inseminación, publicó una carta en la revista *Medical World*, en la que confesaba ser el padre biológico del hijo del matrimonio. En esa carta, Hard explicaba que el marido había sido consciente en todo momento del origen del material genético utilizado en la inseminación, pero que había acordado con el doctor Pancoast no revelarlo. Hard dejó claro que, con anterioridad a la publicación de la carta, había comunicado este hecho al hijo del matrimonio, entonces adulto. La historia completa de esta inseminación puede leerse en inglés en Wendy KRAMER, “A brief history of donor conception”, *The Huffington Post*, 5.10.2016: https://www.huffingtonpost.com/wendy-kramer/a-brief-history-of-donor-conception_b_9814184.html (consultado el 15.3.2017).

almacenado en dióxido de carbono sólido (hielo seco)²⁵. El éxito de esta práctica permitió la creación de una industria cuya importancia a día de hoy sigue siendo innegable, la de los bancos de esperma, establecimientos que han crecido exponencialmente desde su fundación²⁶.

Lo cierto es que la congelación de esperma humano supuso una importante revolución tanto para la IA como para el sector de los bancos de gametos ya que, por un lado, hizo posible la paternidad *post-mortem* y, por otro, supuso la expansión de una importante industria que todavía hoy se mantiene. La viabilidad del esperma congelado permitió a los bancos dejar de depender exclusivamente de donantes y clientes locales, al permitir no solo recolectar un mayor número de muestras, sino también entregar la mercancía directamente en el domicilio del usuario, lo que amplió enormemente las posibilidades de un negocio creciente²⁷.

²⁵ A pesar de que Sherman y Bunge fueron los primeros en practicar inseminaciones con semen previamente congelado, otros expertos ya habían anticipado que la congelación de esperma podía ser viable. En 1776, Lazzaro Spallanzani, biólogo y sacerdote católico italiano, observó por primera vez el efecto de la temperatura de congelación en el semen humano, y en 1886, Paolo Montegazza, médico y antropólogo italiano, sugirió la creación de bancos que permitieran congelarlo: Pedro CABALLERO PEREGRÍN y Roció NÚÑEZ CANONGE, “Inseminación artificial con semen de donante”, en José Manuel BAJO ARENAS, Buenaventura COROLEU LLETGET (Eds.), Federico PÉREZ MILÁN e Isidoro BRUNA CATALÁN (Coords.), *Fundamentos de reproducción*, Médica Panamericana, Madrid, 2009, pp. 215-222, p. 215.

²⁶ De acuerdo con Gran View Research, una agencia californiana especializada en asesoría e investigación de mercados, se espera que el mercado mundial de los bancos de esperma alcance un valor de 5.450 millones de dólares en el año 2025: <http://www.grandviewresearch.com/press-release/global-sperm-bank-market> (consultado el 18.7.2019).

²⁷ Kara W. SWANSON, “The birth of the sperm bank”, *The Annals of Iowa*, vol. 71, núm. 3, 2012, pp. 241-276, p. 242.

Tiempo después, y tras la evaluación de diversos factores criobiológicos, Sherman decidió utilizar nitrógeno líquido para congelar el esperma a una temperatura de -196°C. Se había constatado que el uso de dióxido de carbono sólido podía implicar cambios biológicos en el material genético. Además, se creía que su uso no era conveniente, a la vez que suponía un problema de reabastecimiento para los bancos de gametos. Finalmente, en 1964 este investigador logró cuatro embarazos gracias a inseminaciones practicadas mediante esperma conservado a -196°C²⁸. Cuatro años más tarde, los bancos de esperma se generalizaron.

Como ocurre con las inseminaciones llevadas a cabo hasta el siglo XIX, la posibilidad de utilizar esperma congelado o crioconservado, tampoco diferencia en gran medida la IA de la autoinseminación, método al que también se puede recurrir utilizando esperma fresco²⁹.

En España, el primer banco de esperma abre sus puertas en 1978, cuando el andrólogo Simón Marina Avendaño decide fundarlo con carácter privado en Barcelona³⁰. Tras su apertura, se lleva a cabo con

²⁸ Jerome K. SHERMAN, “Historical synopsis of human semen cryobanking”, en Georges DAVIS y Wendel S. PRICE (Eds.), *Human artificial insemination and semen preservation*, Plenum Press, Nueva York, 1980, pp. 95-105.

²⁹ En lo que se refiere a la autoinseminación, el esperma fresco se utiliza tanto en los casos en los que la mujer se insemina con el material genético de su marido o compañero, como en aquellos otros en los que se recurre a esperma donado por un tercero. Piénsese en el amigo, conocido o extraño que entrega directamente su material genético para la inseminación. El esperma congelado o crioconservado, en cambio, está presente en aquellas inseminaciones en las que media un banco de esperma, cuando la mujer o pareja han obtenido el material genético mediante su compraventa.

³⁰ Simón MARINA, “The first sperm bank in Spain: organization and first year results”, en Georges DAVIS y Wendel S. PRICE (Eds.), *Human Artificial Insemination and Semen Preservation*, Plenum Press, New York, 1980, pp. 57-60, p. 57.

éxito la primera inseminación artificial con contribución de donante a nivel nacional en el Instituto Dexeus de Barcelona³¹. El primer banco de gametos de carácter público abre sus puertas ese mismo año, cuando el Dr. José Ángel Portuondo decide fundarlo en el Hospital de Cruces de Bilbao³². Cuatro años más tarde, el Dr. Pedro Caballero Peregrín abre el primer banco de espermatozoides de carácter privado en Madrid³³. Desde entonces, este sector no ha hecho más que expandirse, hasta el punto de que a fecha de finalización de este trabajo existen en España 255 bancos de espermatozoides, 185 privados y 70 públicos. Además, cabe señalar que, a nivel nacional, un total de 556 centros, públicos y privados, ofrece servicios de inseminación artificial³⁴.

IV. ¿Quiénes recurren a la autoinseminación y por qué?

1. Usuarios

La autoinseminación no es un método óptimo para aquellas mujeres que sufren problemas de infertilidad, habida cuenta de que el procedimiento imita el de la procreación natural, siendo la única diferencia que en la primera el espermatozoide se introduce en el órgano

³¹ Buenaventura COROLEU LLETGET, “Orígenes, antecedentes, e hitos más importantes de la especialidad en España”, en Alfredo DEL CAMPO MARTÍN (Dir.), Roberto MATORRAS WEINIG (Ed.), Buenaventura COROLEU LLETGET, Alberto ROMEU SARRIÓ y Federico PÉREZ MILÁN (Coeds.), *Libro blanco sociosanitario. La infertilidad en España: situación actual y perspectivas*, Sociedad Española de Fertilidad, Madrid, 2011, pp. 71-83, p. 78, accesible en: <http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/libros/libroBlanco.pdf>.

³² *Idem*.

³³ *Idem*.

³⁴ Cifras extraídas del Registro de Centros y Servicios de Reproducción Humana Asistida, dependiente del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Estos datos pueden consultarse en: <http://www.cnrha.msrebs.gob.es/registros/busqueda.htm> (consultado el 17.7.2019).

reproductor femenino mediante un método instrumental. Es aconsejable que aquellas mujeres que por sufrir diversas patologías no logran concebir de forma natural recurran directamente a las TRA, procedimientos que sí han sido diseñados para hacer frente al problema de la infertilidad. Este hecho explica que la mayoría de usuarias de esta práctica sean parejas de mujeres que no pueden concebir naturalmente por motivos estructurales³⁵, así como mujeres sin pareja.

No obstante, la autoinseminación también puede resultar óptima para parejas heterosexuales cuando: 1) el hombre sufre un problema de infertilidad, o 2) un miembro de la pareja padece el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH)³⁶. En el primer caso, deberá recurrir necesariamente al material genético de un tercero para poder realizar la inseminación³⁷. En el segundo, en cambio, caben dos escenarios posibles. El primero de ellos es que la mujer sea seropositiva al VIH, en cuyo caso la autoinseminación practicada con el material genético de su pareja puede resultar un método adecuado para evitar el contagio de la enfermedad (transmisión horizontal). En tal supuesto, una relación

³⁵ La «infertilidad estructural» se da cuando un individuo o pareja desea reproducirse pero para ello debe recurrir a otros medios distintos a la reproducción sexual, puesto que no tiene pareja o forma parte de una pareja del mismo sexo. Las personas solas o las parejas del mismo sexo forman parte de este grupo estructuralmente infértil, dado que carecen de las estructuras necesarias en su entorno social para lograr la maternidad o paternidad por sí mismas, lo que les obliga a solicitar asistencia en la reproducción para concebir y gestar con éxito un hijo: Judith F. DAAR, “Accessing reproductive technologies: invisible barriers, indelible harms”, *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, vol. 23, núm. 1, 2008, pp. 18-82, p. 24.

³⁶ ABAD KOEFOED, *cit.*, p. 391, señala que la autoinseminación también es una opción «para aquellas parejas que sufran de otras enfermedades infecciosas transmisibles, tales como el Virus de la Hepatitis C (VHC) o el Virus de la Hepatitis B (VHB)».

³⁷ Debido fundamentalmente a que cuando se recurre a autoinseminación no cabe preparar previamente la muestra seminal, ni depositar el esperma directamente en la cavidad uterina.

sexual conlleva un alto riesgo de transmisión de la enfermedad, lo que justifica que este tipo de inseminación se haya calificado por los expertos como un medio reproductivo seguro, sencillo y eficaz, siempre que no existan motivos fundados que puedan desaconsejar el embarazo³⁸. Es cierto que la autoinseminación no evita la transmisión de la enfermedad a la descendencia (transmisión vertical), pero dicho riesgo puede reducirse en un 2% si la mujer toma medicación antirretroviral, se somete a una cesárea en el momento del parto y evita la lactancia materna³⁹. El segundo escenario es que el hombre sea seropositivo al VIH, en cuyo caso existe riesgo de transmisión horizontal tanto si se mantienen relaciones sexuales como si se recurre a la autoinseminación. En este supuesto, los expertos recomiendan, bien el lavado de espermatozoides para la posterior realización de una inseminación intrauterina (IUI), de una fecundación in vitro (FIV) o de una inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), bien la inseminación con contribución de donante⁴⁰. Esta última puede ser

³⁸ *Vid.*, entre otros, Carole GRILLING-SMITH y Paula ALMEIDA, “HIV, hepatitis B and hepatitis C and infertility: reducing risk”, *Human Fertility*, vol. 6, núm. 3, 2006, pp. 106-112, p. 106; Antonio RIVERO ROMÁN (Coord.), *VIH-SIDA. Proceso asistencial integrado*, 2ª ed., Consejería de Salud, Sevilla, 2009, p. 147, accesible en: <https://www.repositoriosalud.es/handle/10668/1662>; Rosa Mª MARTÍNEZ ORTEGA y Eva GARCÍA PEREA (Coords.), *Enfermería de la mujer*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2011, p. 468; y, Okeoma MMEJE, Craig R. COHEN y Deborah COHAN, “Evaluating safer conception options for HIV-serodiscordant couples (HIV-infected female/HIV-uninfected male): a closer look at vaginal insemination”, *Infectious Diseases in Obstetrics and Gynecology*, vol. 2012, pp. 1-7, p. 3.

³⁹ GRILLING-SMITH y ALMEIDA, *cit.*, p. 108.

⁴⁰ La IUI es un tipo de inseminación artificial que consiste en depositar los espermatozoides directamente en el útero pasando un catéter a través del canal cervical. Por su parte, la FIV es una TRA que consiste en extraer óvulos mediante punción folicular para posteriormente fecundarlos con espermatozoides en el laboratorio. Esta técnica persigue obtener embriones fecundados que puedan transferirse al útero materno, para que posteriormente evolucionen y se logre así el embarazo. En último término, la ICSI es un tipo de FIV que consiste en introducir un único espermatozoide en el interior del citoplasma del óvulo. Téngase en cuenta que,

artificial o doméstica, y mediante su uso se elimina el riesgo de transmisión vertical y horizontal del virus⁴¹.

2. Posibles factores y justificaciones del recurso a autoinseminación

En los últimos años la prensa española se ha hecho eco del aumento de casos de autoinseminación⁴², provocada en gran medida por la proliferación de la compraventa de material genético en línea por parte de mujeres o parejas que renuncian a recurrir a una clínica⁴³, y optan por llevar a cabo esta práctica para hacer realidad su proyecto parental. Sin embargo, debe subrayarse que este tipo de inseminación no constituye un método alternativo novedoso, dado que se ha venido practicando clandestinamente desde antaño por mujeres solas, parejas de mujeres, así como por matrimonios o parejas heterosexuales.

En Reino Unido, Marie Stopes, fundadora de la primera clínica de planificación familiar de Gran Bretaña, ya aconsejaba recurrir a este

salvo en el caso de la FIV, se mantienen los acrónimos de estas técnicas en su versión anglosajona.

⁴¹ GRILLING-SMITH y ALMEIDA, *cit.*, pp. 106-107.

⁴² *Vid.*, entre otros, Paco REGO, “El ‘baby boom’ de la inseminación casera”, *El Mundo*, 3.1.2016: <http://www.elmundo.es/cronica/2016/01/03/5687c9d2ca474110268b45cb.html> (consultado el 9.5.2017); Susana GOZALO, “1.500 españolas ya han sido madres por autoembarazo”, *20 minutos*, 22.2.2016: <http://www.20minutos.es/noticia/2674115/0/banco- semen-danes/madres- autoembarazo-mil/quinientas-espana-inseminacion/> (consultado el 10.5.2017); y YAGÜE, *cit.*, 22.7.2017.

⁴³ Para GENNA, la expansión de estos bancos en España se debe principalmente a la imposibilidad de que la receptora pueda seleccionar al donante conforme a la normativa vigente: Karen GENNA, “El acceso a la donación de esperma en España: entre la elección y la imposición”, *AFIN*, núm. 115, junio 2019, pp. 1-10, p. 2, accesible en: <https://ddd.uab.cat/record/78757>.

tipo de inseminación en 1921⁴⁴. A raíz de la apertura de dicho centro, Stopes recibió numerosas solicitudes de personas que deseaban contactar con ella debido a sus problemas sexuales y reproductivos. Al responderles, Stopes aconsejaba que aquellos que tuvieran problemas de fertilidad evitaran recurrir a tratamientos médicos costosos y optaran por la autoinseminación. A la hora de hacer tal recomendación, Stopes incluía instrucciones detalladas acerca de cómo llevar a cabo dicho proceso, que iban desde cómo el marido debía obtener el esperma de un familiar o amigo, hasta la postura óptima que debía mantener la mujer tras la inseminación para aumentar así sus posibilidades de lograr la concepción⁴⁵.

Si bien es cierto que se ha venido practicando desde hace ya muchos años, la autoinseminación no logró popularizarse como método reproductivo alternativo hasta la década de los setenta, cuando mujeres solteras y parejas de mujeres estadounidenses lograron quedarse embarazadas gracias a esta práctica. A mediados de los setenta, aparecieron las primeras publicaciones que se refirieron a ella en la literatura americana e inglesa, y ya en los ochenta, esta práctica se popularizó en países como Australia⁴⁶. En España, sin embargo, se desconoce desde qué momento mujeres o parejas empiezan a recurrir a este tipo de inseminación para la consecución de un embarazo. El

⁴⁴ Nacida en Edimburgo en 1880, Marie Charlotte Carmichael Stopes, paleobotánica de profesión, fue pionera en el ámbito de la planificación de la natalidad y una importante defensora de los derechos de la mujer. Una breve biografía de esta autora puede leerse en inglés en: <http://john.curtin.edu.au/womenshealth/stopes.html>

⁴⁵ RICHARDS, *cit.*, p. 56.

⁴⁶ Deborah DEMPSEY, “Lesbians’ right to choose, children’s right to know”, en Heather Grace JONES y Maggie KIRKMAN, *Sperm wars. The rights and wrongs of reproduction*, ABC Books, Adelaida, 2005, pp. 185-195, p. 186.

hecho de que su práctica se lleve a cabo en la más estricta intimidad, dificulta la recopilación de datos a nivel nacional que permitan confirmar no solamente cuándo se puso en práctica por primera vez, sino también el número de nacimientos que se han producido fruto del recurso a este método hasta la actualidad.

Aun así, lo cierto es que las razones que llevan a una mujer o pareja a recurrir a esta práctica son muy diversas en cada caso, por lo que resulta necesario realizar un examen particular de los factores que comúnmente influyen a los usuarios que optan por esta vía para formar una familia. Es por ello que este apartado tendrá por objeto analizar las justificaciones más recurrentes que alegan los usuarios cuando optan por este tipo de inseminación⁴⁷.

⁴⁷ Un estudio conducido en el estado australiano de Victoria y publicado en el año 2002 ofrece datos relevantes al respecto. En concreto, el proyecto tuvo por objeto explorar la formación de relaciones familiares y los métodos de concepción en el ámbito del colectivo LGBTI, para lo que se entrevistó a un total de 136 mujeres que, bien ya eran madres en el momento del estudio, bien planeaban serlo en un futuro inmediato. Los métodos de concepción utilizados variaban en cada caso, pero un número relevante de mujeres encuestadas alegó haber optado o pretender optar por la inseminación al margen de un centro autorizado. Preguntadas por las razones que justificaban o podrían justificar dicho recurso, la mayoría (96%) respondió que conocer la identidad del donante era un motivo importante para optar por la autoinseminación, lo que permitiría a la descendencia tener la posibilidad de conocer sus orígenes. En segundo lugar, las encuestadas alegaron varias justificaciones que podrían englobarse en el ámbito de las decisiones reproductivas privadas, y entre las cuales constan: la creencia en el derecho que tiene la propia mujer para controlar su fertilidad; la oposición a una intervención médica; o el deseo de involucrar a la pareja en el proceso reproductivo. Un 54% de las mujeres entrevistadas destacó el coste económico de la IA como uno de los motivos que las hicieron decantarse por la autoinseminación, mientras que la mitad de las encuestadas alegó que las restricciones de acceso a TRA también habían influenciado su decisión de recurrir a este tipo alternativo de inseminación. *Vid.* Ruth MCNAIR *et al.*, “Lesbian parenting: issues, strengths and challenges”, *Family Matters*, núm. 63, 2002, pp. 40-49. En España, en cambio, no se ha conducido ningún estudio de características similares por el momento, aunque determinadas entrevistas publicadas en diferentes periódicos permiten sacar conclusiones semejantes. *Vid.* David LÓPEZ FRÍAS, “El semen danés que fecunda España: el pedido que hizo madres a Carol y a Rosa”, *El Español*,

2.1. Las restricciones de acceso a las técnicas de reproducción asistida

2.1.1. Contexto

Uno de los factores que ha podido incidir en el aumento de nacimientos derivados de autoinseminación en España, es el relativo a las restricciones de acceso a los tratamientos de reproducción asistida. Estas restricciones han estado presentes en mayor o en menor medida tanto en centros públicos como privados, lo que ha podido provocar que determinadas mujeres o parejas, en especial de dos mujeres, buscaran métodos alternativos como la autoinseminación con el objetivo de lograr descendencia.

Ahora bien, la evolución y adaptación de la legislación en materia de TRA a la realidad actual ha ido eliminando progresivamente las barreras de acceso a las que se enfrentaban numerosas receptoras y usuarias cuando pretendían solicitar un tratamiento de estas características. Por un lado, la LTRHA ha ampliado el abanico de usuarios que pueden acceder a este tipo de procedimientos, reconociendo la posibilidad de que los matrimonios de mujeres puedan igualmente hacer realidad su proyecto parental mediante el acceso a TRA. Así, desde el año 2007, la *cónyuge* de la mujer que se somete a un tratamiento puede ser igualmente considerada madre legal del menor que su pareja dé a luz, siempre que manifieste que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge conforme a lo dispuesto en la Ley

22.4.2017: https://www.lespanol.com/reportajes/grandes-historias/20170421/210229441_0.html (consultado el 20.9.2017); y nota 42.

del Registro Civil⁴⁸. En Cataluña, la doble maternidad legal también está al alcance de parejas de mujeres no unidas por vínculo matrimonial desde 2008⁴⁹. Por otro lado, no puede olvidarse que la normativa reguladora de la cartera de servicios de la seguridad social, que afecta a los tratamientos de reproducción asistida a los que usuarias y receptoras pueden recurrir en el ámbito sanitario público también ha sufrido modificaciones a nivel estatal y autonómico, lo que ha ido eliminando paulatinamente los obstáculos a que se enfrentaban muchas mujeres y parejas deseosas de formar una familia⁵⁰.

⁴⁸ Esta posibilidad se hace efectiva mediante la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE núm. 65, 16.3.2007) [Ley 3/2007], cuya DA 1ª añade un tercer apartado al artículo 7 de la LTRHA, que reza como sigue: «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». Sorprendentemente, pese a que la LTRHA es posterior a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, 2.7.2005) [Ley 13/2005], la cual equiparó el matrimonio homosexual con el heterosexual, fue necesaria una ley especial –del todo desvinculada de la LTRHA– que incorporase esta reforma y enmendase el olvido respecto de los matrimonios del mismo sexo. Posteriormente, la DF 5ª de Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE núm. 167, 14.7.2015) [Ley 19/2015], modificó la redacción original de dicho precepto, que actualmente dispone: «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo *nacido* de su cónyuge». Sobre la doble maternidad legal, *vid. infra* el apdo. III.3.3 del segundo capítulo.

⁴⁹ *Vid.* art. 235-13.1 CCCat. Esta posibilidad se introduce en el ordenamiento jurídico catalán con ocasión de la reforma que sufre el art. 97 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (DOGC núm. 2687, 23.7.1998) [CF], operada por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (DOGC núm. 5175, de 17 de julio) [Ley 10/2008]. Con la aprobación de la Ley 25/2010, el precepto es sustituido por el vigente art. 235-13 CCCat, para cuya aplicación no es preciso ostentar la condición de pareja estable con arreglo a lo establecido en el art. 234-1 CCCat.

⁵⁰ Sin embargo, cabe destacar que todavía existen otro tipo de obstáculos como, por ejemplo, las listas de espera a las que deben hacer frente los usuarios para recibir este tipo de tratamientos en los centros sanitarios públicos. Al respecto, *vid. infra* apdo. IV.2.2 del presente capítulo.

Estos factores han provocado que la justificación analizada en este apartado haya ido perdiendo fuerza en España en los últimos años⁵¹. Sin embargo, las restricciones de acceso han constituido uno de los factores que más ha contribuido a la proliferación de la autoinseminación, por lo que conviene analizar detenidamente cuáles han sido y, en su caso, cuáles siguen siendo las barreras que obstaculizan el acceso a TRA en España. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, al contrario de lo que ocurre a nivel estatal, estas restricciones siguen constituyendo una de las principales razones por las que mujeres o parejas recurren a este tipo de inseminación en otros ordenamientos jurídicos⁵².

⁵¹ También lo pone de manifiesto ABAD KOEFOED, *cit.*, pp. 389.-391.

⁵² Así, por ejemplo, en Italia, las TRA no son consideradas un método reproductivo alternativo al natural. Más al contrario, estas técnicas constituyen un último recurso terapéutico contra la infertilidad. Precisamente a este tipo de tratamientos solo pueden acceder parejas heterosexuales casadas o convivientes que sufran problemas de infertilidad, mayores de edad, cuyos miembros estén vivos y se encuentren en edad de procrear, so pena de sanción administrativa pecuniaria, que puede oscilar entre 200.000 y 400.000 €, a aquellos profesionales médicos que realicen una fecundación asistida a parejas del mismo sexo o a mujeres solas (arts. 1.2, 5 y 12 *Legge 19 febbraio* 2004). Además, hasta hace poco Italia también prohibía el uso de técnicas de reproducción asistida de tipo heterólogo (art. 4.3), prohibición que el Tribunal Constitucional italiano, en su sentencia 162/2014, dejó sin efecto al considerar dicho precepto inconstitucional. De manera análoga, en Francia el objetivo de las técnicas consiste en remediar la infertilidad o prevenir la transmisión de una enfermedad grave a la descendencia, por lo que solo parejas heterosexuales, casadas o no, que estén vivas y en edad fértil, pueden solicitarlas (art. L2141-2 *Code de la santé publique*, modificado por la *Loi n. 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*). Sin embargo, el 24 de julio de 2019 el Gobierno francés presentó un proyecto de ley ante el Consejo de Ministros que garantiza el derecho de mujeres solas y parejas de mujeres de acceder a tratamientos de reproducción asistida. Esta propuesta es consecuencia, entre otros motivos, del informe del Comité Consultivo Nacional de Ética, emitido en junio de 2017, que recomendaba al gobierno ampliar el derecho de acceso a TRA a cualquier usuaria. El proyecto, que también regula otras cuestiones relativas a las TRA (doble maternidad legal, flexibilización de la regla del anonimato del donante...), será debatido en la Asamblea Nacional en el mes de septiembre de 2019: *vid.* Gonzalo FUENTES, “El Gobierno francés respalda la reproducción asistida para parejas de lesbianas y mujeres solteras”, *Europa Press*, 28.6.2017:

2.1.2. Las restricciones de acceso en la normativa reguladora de las técnicas de reproducción humana asistida

En España, la primera disposición reguladora de las TRA es la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (LTRA)⁵³. En aquel momento, para poder ser receptora y usuaria de este tipo de procedimientos, el artículo 6.1 LTRA exigía únicamente que la mujer fuera mayor de edad, tuviera plena capacidad de obrar y otorgara su consentimiento libre, consciente y expreso a la concreta técnica reproductiva. Por su parte, el artículo 2.1 LTRA añadía dos requisitos objetivos adicionales que debían necesariamente concurrir para que la mujer pudiera someterse a este tipo de procedimientos: por un lado, se exigía que hubiera posibilidades razonables de éxito y que las técnicas no supusieran un riesgo grave para la salud de la mujer o de la posible descendencia y, por otro, que la mujer fuera mayor de edad y se encontrara en buen estado de salud psicofísica, siempre que hubiera solicitado las técnicas y las hubiera aceptado libre y conscientemente, siendo previa y debidamente informada sobre ellas.

<http://www.europapress.es/internacional/noticia-gobierno-frances-respalda-reproduccion-asistida-parejas-lesbianas-mujeres-solteras-20170628160803.html> (consultado el 17.10.2017); y Silvia AYUSO, “Francia abre la reproducción asistida a lesbianas y mujeres solteras”, *El País*, 25.7.2019: https://elpais.com/sociedad/2019/07/24/actualidad/1563986416_418072.html (consultado el 26.7.2019). Fuera de Europa, destacan las restricciones de acceso que impone uno de los estados australianos, concretamente Australia Occidental. En particular, este ordenamiento limita el acceso a la FIV a parejas heterosexuales casadas o convivientes y a mujeres solas que no puedan concebir por razones médicas, siempre que el problema de infertilidad no se deba a la edad (art. 23.1 *Human Reproductive Technology Act 1991*). La versión consolidada de esta disposición puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/hrta1991331/ (consultado el 19.4.2017).

⁵³ BOE núm. 282, 24.11.1988.

En consecuencia, y de acuerdo con el tenor literal de los arts. 2.1 y 6.1 LTRA, cualquier mujer, mayor de edad y con capacidad de obrar podía acceder a este tipo de tratamientos, siempre que concurrieran los requisitos de información, consentimiento y éxito de las técnicas. Ello se desprendía igualmente de lo dispuesto en el tercer apartado de la exposición de motivos de la LTRA⁵⁴.

Pese a ello, muchos centros y servicios sanitarios, públicos y privados, imponían restricciones de acceso, lo que en la práctica impedía no solo a parejas de mujeres, sino también a mujeres solas, someterse a cualquier TRA. En realidad, estos establecimientos se limitaban a tratar a parejas heterosexuales que, en muchos casos, además, debían estar casadas para poder acceder a un tratamiento. El problema fundamental radicaba en el hecho de que la LTRA no hacía referencia expresa a la imposibilidad de discriminar por razón del estado civil o la condición sexual de la usuaria o receptora, lo que otorgaba carta blanca a los centros para excluir a determinados usuarios de acuerdo con sus propios criterios. Este contexto provocaba que muchas mujeres se vieran obligadas a barajar la posibilidad de optar por métodos

⁵⁴ Cuyo tenor literal es el siguiente: «En esta Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación: si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; (...). No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente.».

procreativos alternativos que pudieran realizarse al margen de los centros y servicios sanitarios como, por ejemplo, la autoinseminación.

Con la aprobación de la LTRHA⁵⁵, el legislador resuelve la incertidumbre causada por el precepto de la disposición precedente, introduciendo un segundo inciso al artículo 6.1 LTRHA. Más concretamente, se mantienen los requisitos de consentimiento, mayoría de edad y plena capacidad de obrar al objeto de que una mujer pueda ser receptora o usuaria de las TRA, y se advierte expresamente que «la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual».

En efecto, la nueva norma aclara la imposibilidad de discriminar a las usuarias o receptoras por el mero hecho de su estado civil o condición sexual⁵⁶, cuestión que la anterior regulación había dejado abierta a la interpretación⁵⁷. En cuanto a los requisitos objetivos que deben

⁵⁵ Nótese que tres años antes la LTRA había sido modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre (BOE núm. 280, 22.11.2003), si bien la reforma tuvo como objetivo principal resolver el problema grave y urgente de la acumulación de preembriones humanos sobrantes cuyo destino no estaba determinado.

⁵⁶ Como señala SERNA MERONÓ, el estado civil al que se refiere la LTRHA es aquél que viene determinado por la celebración o no del matrimonio, de forma que la mujer podrá ser usuaria con independencia de estar casada, soltera, separada, divorciada o viuda. En cuanto a la orientación sexual, esta nueva disposición elimina cualquier reminiscencia de discriminación, y pese a que la experiencia empírica demuestra que las parejas de mujeres ya accedían a este tipo de tratamientos durante la vigencia de la LTRA, ahora «se prescinde de un planteamiento hipócrita y se admite sin disimulos esta posibilidad»: Encarna SERNA MERONÓ, “Comentario al artículo 6. Usuarios de las técnicas”, en José Antonio COBACHO GÓMEZ (Dir.) y Juan José INIESTA DELGADO (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 179-210, p. 187.

⁵⁷ El nuevo articulado de la ley no solo zanja un asunto controvertido para muchos autores que argumentaban que las TRA debían tener como finalidad fundamental la actuación frente a la esterilidad, sino que también propicia la existencia de nuevos

concurrir para poder acceder a este tipo de tratamientos, se mantienen las mismas exigencias que ya requería la LTRA. De ahí que sea necesario, por un lado, que existan posibilidades razonables de éxito y, por otro, que no se advierta la existencia de riesgos graves ni para la salud física o psíquica de la mujer, ni tampoco para la de su posible descendencia (art. 3.1 LTRHA)⁵⁸. Al mismo tiempo, la LTRHA conserva los requisitos de información y consentimiento (art. 3, apdos. 3 y 4, LTRHA)⁵⁹.

En síntesis, esta disposición permite que cualquier mujer mayor de edad, cuya capacidad no haya sido modificada judicialmente (art. 6.1 LTRHA), y que cumpla los requisitos referenciados anteriormente

núcleos familiares legalmente reconocidos, como son el monoparental y el formado por una pareja de mujeres: José M^a Fidel FERNÁNDEZ GÓMEZ, “Comentario científico al artículo 6. Usuarios de las técnicas”, en Francisco LLEDÓ YAGÜE, Carmen OCHOA MARIETA (Dirs.) y Óscar MONJE BALSAMEDA (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 99-101, p. 101.

⁵⁸ A juicio de DÍAZ MARTÍNEZ, estos dos presupuestos son independientes y deben concurrir necesariamente de forma conjunta para que el servicio de medicina reproductiva pueda prestarse. En consecuencia, podrán incurrir en responsabilidad aquellos profesionales que lleven a cabo un tratamiento existiendo riesgos graves para la salud física o psíquica de la mujer o de su posible descendencia, pese a contar con su consentimiento y haberla informado de ello: Ana DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentario jurídico al artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas”, en Francisco LLEDÓ YAGÜE, Carmen OCHOA MARIETA (Dirs.) y Óscar MONJE BALSAMEDA (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 59-67, p. 60.

⁵⁹ El consentimiento para la aplicación de una técnica concreta debe prestarse por escrito de forma libre, consciente y expresa, y puede ser revocado en cualquier momento previo a la transferencia embrionaria. Con carácter previo a su prestación, debe proporcionarse a la usuaria toda la información y el asesoramiento relevante relacionado con la técnica que va a aplicarse, y que debe extenderse en todo caso a los aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos de esta: Carlos Manuel DÍEZ SOTO, “Comentario jurídico al artículo 6. Usuarios de las técnicas”, en Francisco LLEDÓ YAGÜE, Carmen OCHOA MARIETA (Dirs.) y Óscar MONJE BALSAMEDA (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 104-110, p. 105.

pueda solicitar la aplicación de una TRA, siempre que sea informada sobre las técnicas a las que se va a someter y las consienta de forma libre, consciente y expresa. Por consiguiente, en la actualidad, cualquier mujer puede acceder a estos servicios para hacer realidad su proyecto parental⁶⁰.

2.1.3. Las restricciones de acceso en el ámbito sanitario público

En el sector público, además de las limitaciones impuestas por la LTRHA, debe tenerse igualmente en cuenta lo dispuesto por la normativa reguladora de la cartera de servicios de la seguridad social. El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (RD 1030/2006)⁶¹, es el instrumento normativo encargado de delimitar qué servicios se prestarán por los centros sanitarios públicos a cargo de la seguridad

⁶⁰ Un sector de la doctrina ha criticado que el legislador haya sido tan laxo a la hora de establecer los requisitos de acceso a las TRA. Así, GERMÁN ZURRIARÁIN sostiene que la LTRHA «ha dejado de ser un remedio para la esterilidad para convertirse en una expresión de la defensa de los intereses de la madre hasta el punto de configurar un nuevo derecho subjetivo: el derecho de la mujer a la reproducción (...), en detrimento de la protección del hijo concebido artificialmente»: Roberto GERMÁN ZURRIARÁIN, “Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXII, núm. 2, 2011, pp. 201-214, p. 213. Más concretamente, sobre la posibilidad de que la mujer sola, estéril o no, acceda a TRA recurriendo a esperma donado, DIEZ SOTO considera que se trata de una las manifestaciones más evidentes de un planteamiento legal que tiende a favorecer un concepto de paternidad/maternidad basado únicamente en el deseo y no en el hecho biológico, lo que privilegia las aspiraciones personales de los usuarios por encima de los derechos del futuro nacido: DIEZ SOTO, “Comentario al artículo 6...”, *cit.*, en LLEDÓ YAGÜE, OCHOA MARIETA (Dirs.) y MONJE BALMASEDA (Coord.), *cit.*, p. 106.

⁶¹ BOE núm. 222, 16.9.2006.

social⁶². El art. 149.1.17.^a CE determina la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación básica y el régimen económico de la seguridad social, «sin perjuicio de la ejecución de sus servicios» por parte de las CC.AA. Por tanto, pese a que el Estado ostenta competencia legislativa en esta materia, también existe legislación complementaria dictada por las CC.AA. en el marco de la ejecución de los servicios mencionados, lo que puede suponer la adición o supresión de determinados requisitos para acceder a un concreto tratamiento. En esencia, las CC.AA. no solo se encargan de velar por el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa reguladora de la seguridad social sino que, a su vez, pueden modelarlos en virtud de la competencia de ejecución que ostentan.

Desde la aprobación del RD 1030/2006 y hasta finales del año 2014, el acceso a TRA en el ámbito público estaba supeditado a un único requisito, a saber, que existiera «un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida» que justificara la solicitud del concreto tratamiento, y ello «de acuerdo con el programa de cada servicio de salud» (apdo. 5.3.8, anexo III, RD 1030/2006)⁶³. En este contexto, la

⁶² La cartera de servicios que ofrece la seguridad social se garantiza tanto a españoles que residen en España como a extranjeros que residan o se encuentren legalmente en el país, con independencia de cuál sea su sexo, profesión o estado civil (art. 7.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social [BOE núm. 261, 31.10.2015]).

⁶³ Los tratamientos de reproducción asistida se prestan a cargo de la seguridad social desde el año 1978, cuando se produjo la apertura del primer banco de esperma público en el Hospital de Cruces de Bilbao. Ya en la década de los ochenta, otros centros hospitalarios públicos se sumaron al Hospital de Cruces ofreciendo servicios de diagnóstico y tratamiento de la esterilidad. Pese a ello, la reproducción asistida no se introdujo expresamente en la cartera del Sistema Nacional de Salud hasta 1995, cuando se aprobó el RD 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (BOE núm. 35, 10.2.1995). Esta disposición, que reguló por primera vez las prestaciones facilitadas por el sistema sanitario público,

mayoría de centros y servicios públicos autonómicos seguían estrictamente los criterios establecidos por la normativa estatal, a excepción de alguna autonomía que, basándose en su propio programa de salud, se mostraba favorable a tratar a usuarias que no presentaran problemas de fertilidad⁶⁴. Por tanto, solo aquellas personas diagnosticadas infértiles o que presentaran una indicación clínica establecida podían someterse a TRA a cargo de la seguridad social, lo que obligaba al resto de usuarios –mayoritariamente, mujeres solas y parejas de mujeres- a recurrir a centros privados para poder recibir tratamiento, o bien, a optar por métodos reproductivos alternativos como la autoinseminación.

A finales del año 2014, el acceso a TRA en el ámbito público se torna todavía más restrictivo con motivo de la reforma por parte del Gobierno central del apartado 5.3.8 del anexo III del RD 1030/2006, por el que se incluyen los tratamientos de reproducción asistida en la cartera de servicios de la seguridad social⁶⁵. Este cambio legislativo altera el contenido de dicho apartado, que pasa a señalar que los tratamientos de TRA «se realizarán con fin terapéutico o preventivo y

fue sustituida tras catorce años de vigencia por el RD 1030/2006: Federico PÉREZ MILÁN, “La reproducción asistida en el medio sanitario público”, en Alfredo DEL CAMPO MARTÍN (Dir.), Roberto MATORRAS WEINIG (Ed.), Buenaventura COROLEU LLETGET, Alberto ROMEU SARRIÓ y Federico PÉREZ MILÁN (Coeds.), *Libro blanco sociosanitario. La infertilidad en España: situación actual y perspectivas*, Sociedad Española de Fertilidad, Madrid, 2011, pp. 147-162, pp. 148 y 154, accesible en: <http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/libros/libroBlanco.pdf>.

⁶⁴ *Vid. infra* nota 69.

⁶⁵ Precepto reformado por la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE núm. 269, 6.11.2014; corrección de errores BOE núm. 281, 20.11.2014).

en determinadas situaciones especiales»⁶⁶. Acto seguido, la disposición detalla los requisitos objetivos y subjetivos que deben concurrir necesariamente para que el sistema sanitario público sufrague los gastos de tales procedimientos. En cuanto a los primeros, se establece que los tratamientos tendrán la finalidad de ayudar a lograr la gestación a aquellos usuarios que no lo consigan de forma natural, no susceptibles a tratamientos exclusivamente farmacológicos, o tras el fracaso de los mismos –fin terapéutico-, o bien, de evitar enfermedades o trastornos genéticos graves en la posible descendencia –fin preventivo- (apdo. 5.3.8.1, anexo III, RD 1030/2006)⁶⁷. Por su parte, la normativa fija tres requisitos subjetivos: el límite de edad para solicitar tratamiento (establecido en 40 años para la mujer y en 55 para el hombre)⁶⁸, la exigencia de no tener un hijo previo y sano y, por último, la inexistencia de patologías graves que puedan entrañar riesgos para la salud de la mujer o la de su posible descendencia (apdo. 5.3.8.2, anexo III, RD 1030/2006).

⁶⁶ Las situaciones especiales a las que se refiere la norma son: 1) selección embrionaria, con destino a tratamiento de terceros; y 2) preservación de gametos o preembriones para uso autólogo diferido por indicación médica para preservar la fertilidad en situaciones asociadas a procesos patológicos especiales (apdo. 5.3.8.1, Anexo III, RD 1030/2006).

⁶⁷ La norma también considera que tiene fin preventivo el tratamiento que se lleva a cabo cuando se precisa un embrión con características inmunológicas idénticas a las de un hermano afecto de un proceso patológico grave, que no es susceptible de otro recurso terapéutico (apdo. 5.3.8.1, anexo III, RD 1030/2006). Para más información sobre el mal llamado «bebé medicamento», *vid.* Fernando PINTO PALACIOS, *Nacidos para salvar. Un estudio ético-jurídico del “bebé medicamento”*, Dykinson, Madrid, 2017.

⁶⁸ Se trata de límites generales que se aplican a todas las TRA que se realicen en el Sistema Nacional de Salud. No obstante, en caso de que existan criterios específicos en relación con una técnica concreta, estos últimos prevalecen. Esto es precisamente lo que ocurre con la inseminación artificial homóloga o con esperma de la pareja (IAP), técnica que contiene un criterio específico según el cual la edad de la usuaria debe ser inferior a 38 años en el momento del tratamiento (apdo. 5.3.8.3.a).1.º.ii), anexo III, RD 1030/2006). Adviértase que estos límites pueden variar en las CC.AA. que cuentan con carteras complementarias de servicios asistenciales (*vid. infra* nota 70).

Pues bien, lo cierto es que la nueva redacción del apartado 5.3.8 del anexo III del RD 1030/2006 permite realizar dos interpretaciones contrapuestas respecto al acceso a TRA, una de carácter restrictivo y otra más amplia o inclusiva:

- La interpretación restrictiva supondría considerar que solo mujeres, solas o en pareja, que padezcan una causa de infertilidad médica, pueden acceder a tratamientos cuyo fin sea terapéutico. Si el tratamiento, en cambio, persigue un fin preventivo, debe entenderse que únicamente puede acceder a él aquella mujer o pareja que acredite la posibilidad de transmitir una enfermedad grave, de tipo genético o de otro origen, a la posible descendencia. En consecuencia, esta interpretación excluiría a toda mujer o pareja, heterosexual u homosexual, que no presente ninguna patología médica que le impida concebir naturalmente o que pueda provocar la transmisión de una enfermedad grave a la posible descendencia.
- Por el contrario, la interpretación más amplia o inclusiva permitiría considerar que cualquier mujer o pareja puede acceder a un tratamiento de estas características bajo el régimen de la seguridad social, pese a la inexistencia de una patología que le impida concebir de modo natural, o de un riesgo que pueda suponer la transmisión de una enfermedad grave a la posible descendencia. En especial, esta interpretación permitiría sostener que las mujeres solas y las parejas de mujeres tienen garantizado el acceso a TRA, por cuanto ninguna de ellas puede

conseguir un embarazo «de forma natural», requisito general que exige el apartado 5.3.8 del anexo III del RD 1030/2006 para cualquier tratamiento de fertilidad. A mi juicio, esta es la interpretación correcta de la norma, dado que la existencia de la LTRHA, norma de rango superior al RD 1030/2006, obliga a interpretar el anexo 5.3.8 de dicho texto legal de acuerdo con lo dispuesto por la LTRHA, disposición que no exige un diagnóstico previo de infertilidad médica, y cuyo art. 6.1 señala taxativamente que «la mujer podrá ser usuaria o receptora (...) con independencia de su estado civil y orientación sexual».

No obstante esta última interpretación, la práctica ha demostrado que desde la referida reforma la mayoría de centros y servicios autonómicos interpretaba restrictivamente el apartado 5.3.8 del anexo III del RD 1030/2006, lo que impedía el acceso de usuarias sin problemas genéticos o de fertilidad. Pese a ello, un grupo minoritario de autonomías⁶⁹ permitía que cualquier mujer pudiera acceder a un tratamiento de reproducción asistida en un centro público de su comunidad, mediante el establecimiento de carteras complementarias de servicios asistenciales financiadas con fondos propios⁷⁰.

⁶⁹ Concretamente, Andalucía, Canarias, Extremadura y País Vasco.

⁷⁰ Esta posibilidad se hace efectiva gracias a la aprobación del RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE núm. 98, 24.4.2012), que añade un nuevo artículo 8 quinquies a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE núm. 128, 29.5.2003). El nuevo precepto faculta a las CC.AA. para que en el ámbito de sus competencias puedan aprobar, previa garantía de suficiencia financiera, carteras complementarias de servicios asistenciales.

Tal contexto restrictivo, presente en la mayoría de las comunidades autónomas, provocó que la autoinseminación fuera ganando terreno entre mujeres y parejas que, sin padecer problemas genéticos o de fertilidad, rechazaban recurrir a un centro o servicio privado para la consecución de un embarazo, o bien no podían asumir su coste económico⁷¹. En tales situaciones, este tipo de inseminación se constituía como una práctica fácil de llevar a cabo, que no suponía un coste económico elevado y que permitía lograr el embarazo sin pasar por tratamientos que, en muchos casos, resultaban invasivos, largos y dolorosos.

No obstante, la posición adoptada por el referido grupo minoritario de CC.AA. frente a la aprobación de la reforma del RD 1030/2006, ha acabado imponiéndose paulatinamente en buena parte de las autonomías españolas. Pese a que las restricciones introducidas por el Gobierno central siguen vigentes, prácticamente la totalidad de CC.AA. ha garantizado o prevé garantizar expresamente el derecho de cualquier mujer de acceder a un tratamiento de fecundación asistida en el marco de la sanidad pública, con independencia de que exista o no un diagnóstico de infertilidad en sentido médico. La justificación de este cambio de dirección en materia de prestación de asistencia sanitaria varía según el territorio de que se trate. Mientras que algunas comunidades se han visto forzadas a reconocer este derecho tras haber sido condenadas por la justicia⁷², otras simplemente han cambiado de

⁷¹ Sobre este último extremo, *vid. infra* apdo. IV.2.3 del presente capítulo.

⁷² Este es el caso del Principado de Asturias o la Comunidad de Madrid. En la primera, con anterioridad a que se aprobaran las restricciones que incluye actualmente el RD 1030/2006, la STSJ de Asturias, Social, de 26.4.2013 (AS 2013\1737) ya había declarado que no cabía denegar el acceso a este tipo de tratamientos a una mujer por

criterio, optando por garantizar así el acceso a cualquier mujer que desee someterse a este tipo de tratamientos⁷³. En el resto de CC.AA., la

el mero hecho de ser lesbiana. En mayo del 2015, y tras el referido fallo judicial, el Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA) aprobó los Criterios de Inclusión de la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital Universitario Central de Asturias (HUCA), único centro público que realiza estos tratamientos en la comunidad, reconociendo expresamente en los criterios generales de inclusión el derecho de mujeres solas y parejas de mujeres de acceder a este tipo de tratamientos sin necesidad de acreditar problemas de fertilidad: <http://www.hca.es/huca/web/documentos/Criterios%20de%20inclusi%C3%B3n%20URA%2020150903.pdf> (consultado el 15.5.2017). Sorprendentemente, la última revisión de este documento, llevada a cabo en junio de 2016, suprime la referencia general a este colectivo de los criterios generales y, en sede de criterios específicos de cada unas de las TRA, pese a mantener como usuarias de la inseminación artificial heteróloga o con esperma de donante (IAD) a las mujeres solas y a las parejas de mujeres, las excluye de la FIV/ICSI al exigir como nuevo requisito la existencia de un diagnóstico de esterilidad: <http://www.hca.es/huca/web/documentos/Criterios%20de%20Inclusi%C3%B3n-20160722.pdf> (consultado el 16.5.2017).

Por su parte, en la Comunidad de Madrid, la SJS núm. 18 de Madrid, de 15.9.2015 (esta sentencia, que no está disponible en ninguna base de datos, puede consultarse en su versión original en el siguiente enlace: <http://www.actasanitaria.com/wp-content/uploads/2015/10/sentencia1.pdf> [consultado el 10.9.2017]), condenó a un centro sanitario y a la Consejería de Sanidad madrileña a indemnizar a una mujer por haberle denegado el acceso a un segundo tratamiento de TRA debido a su condición sexual. Tras este fallo judicial, la consejería anunció que modificaría las restricciones impuestas por el RD 1030/2006, por lo que aprobó la Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección integral contra la LGTBifobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual en la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 190, 10.8.2016), norma que actualmente garantiza a las mujeres homosexuales el acceso a los tratamientos públicos de reproducción asistida en igualdad de condiciones que el resto de mujeres (art. 38.2).

⁷³ Entre ellas, Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña, la Comunidad Foral Navarra, la Comunidad Valenciana, Islas Baleares y la Región de Murcia. *Vel.*, en Aragón, art. 16.2 de la Ley 4/2018, de 19 de abril, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA núm. 86, de 7.5.2018); en Cantabria, art. 25 bis de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (BOC núm. 242, de 18.12.2002); en Castilla-La Mancha, Instrucciones sobre requisitos, indicaciones, acceso, criterios de aplicación y procedimientos ofertados en el marco de la Reproducción Humana asistida en el Sistema Sanitario Público de Castilla-La Mancha de fecha 12 de diciembre de 2016 (no accesible on-line, documento enviado por la Secretaría de la Dirección General de Asistencia Sanitaria del SESCAM [correo electrónico de 2.10.2017]) y STSJ de Castilla-La Mancha, Social, de 13.9.2017 [AS 2017\1549]; en Cataluña, art. 16.3.k de la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia

cuestión del acceso ha quedado en manos de los propios centros públicos que ofertan servicios de reproducción asistida, al no haberse producido hasta ahora un pronunciamiento oficial al respecto, lo que provoca inseguridad jurídica en cada uno de estos territorios⁷⁴.

A nivel estatal, se han producido al menos dos intentos fallidos de garantizar a cualquier mujer el acceso a TRA en el ámbito sanitario

(DOGC núm. 6730, 17.10.2014), y apdo. 5.2.1. del «Protocol de les tècniques de reproducció humana assistida» (publicado en julio de 2011 y revisado en junio de 2016) , que puede consultarse en catalán en el siguiente enlace: http://canalsalut.gencat.cat/web/.content/_A-Z/R/reproduccio_assistida/documents/protocol_rha_def.pdf [consultado el 11.9.2017]; en la Comunidad Foral Navarra, art. 3.9 del Decreto Foral 103/2016, de 16 de noviembre, por el que se establece la ordenación de las prestaciones sanitarias en materia de salud sexual y reproductiva (BON núm. 227, 25.11.2016); en la Comunidad Valenciana, art. 16.2 de la Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de la Generalitat, de igualdad de las personas LGTBI (DOCV, núm. 8436, 3.12.2018); en las Islas Baleares, art. 16.3.k de la Ley 6/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia (BOIB núm. 69, 2.6.2016); y, por último, en la Región de Murcia, art. 17.2 de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM núm. 125, 31.5.2016).

Por su parte, Castilla y León anunció su intención de reconocer de forma expresa el acceso universal a TRA en los centros públicos de su comunidad en febrero de 2017: *vid.* “La Junta añade a la cartera sanitaria el embarazo asistido”, *Diario de León*, 15.2.2017: http://www.diariodeleon.es/noticias/castillayleon/junta-anade-cartera-sanitaria-embarazo-asistido_1137907.html (consultado el 5.7.2017) y L. MAGDALENO, “Al menos 5.000 mujeres de Castilla y León recurren al año a la reproducción asistida”, *La Razón*, 30.4.2018: <https://www.larazon.es/local/castilla-y-leon/al-menos-5-000-mujeres-de-castilla-y-leon-recurren-al-ano-a-la-reproduccion-asistida-IJ18229221> (consultado el 25.2.2019).

⁷⁴ Es el caso de Galicia y La Rioja. En Ceuta y Melilla ni si quiera existen centros públicos que realicen TRA, por lo que las usuarias y receptoras son derivadas a centros del sistema sanitario público de otras comunidades como Andalucía o la Comunidad Valenciana, autonomías que sí garantizan a cualquier mujer el derecho de acceso a tratamientos de reproducción asistida: ADECES, *Técnicas de reproducción asistida: la necesidad de inversión pública para tratar una enfermedad y un problema social para extender los derechos sin discriminación*, España 2015, p. 26, accesible en: http://www.adeces.org/wp-content/uploads/2015/05/Infertilidad_TRA.pdf (consultado el 12.9.2017).

público, uno en mayo de 2015⁷⁵ y otro en noviembre de 2016⁷⁶. Finalmente, con motivo del cambio de Gobierno que tuvo lugar el mes de junio de 2018, el Ejecutivo anunció que incluirá a las mujeres solas y a las parejas de mujeres entre los usuarios susceptibles de solicitar un tratamiento de reproducción asistida en el Sistema Nacional de Salud⁷⁷.

⁷⁵ El Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural realiza un primer intento presentando una proposición no de ley el 4 de mayo de 2015, en la que insta al Gobierno a modificar el apartado 5.3.8 de la Orden SSI7206572014, de 31 de octubre. La iniciativa resulta calificada y se inicia su tramitación aunque finalmente queda en papel mojado, al producirse su caducidad el 20 de noviembre de 2015 a consecuencia de la disolución de la X Legislatura de las Cortes Generales. El texto íntegro de esta proposición no de ley puede consultarse en el BOCG, Serie D, núm. 666, 18.5.2015, pp. 3-4: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-666.PDF.

⁷⁶ El segundo intento se produce el 24.11.2016 por iniciativa del Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, mediante la presentación de una proposición no de ley ante la Mesa del Congreso de los Diputados para su debate en la Comisión de Igualdad, y cuyo objetivo consistía principalmente en garantizar «legalmente y sin ninguna ambigüedad el acceso en igualdad de condiciones y en todo el Estado de todas las personas con capacidad gestante a las técnicas de reproducción asistida en la salud pública, independientemente de la orientación sexual, identidad sexual, el estado civil y la situación personal afectiva». El texto íntegro de esta proposición no de ley puede consultarse en el BOCG, Serie D, núm. 65, 7.12.2016, pp. 46-48: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-65.PDF#page=46.

El 11 de octubre de 2017 el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó una enmienda de modificación a la proposición, justificada como mejora técnica, y cuyo cambio más significativo consistía en incluir, en el marco de la sanidad pública, la gestación subrogada altruista. La enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos puede consultarse íntegramente en el BOCG, Serie D, núm. 231, 18.10.2017, pp. 47-48: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-231.PDF#page=47.

A pesar de los esfuerzos de ambos grupos, la propuesta solo obtuvo 9 votos a favor en la votación, frente a 17 votos en contra y 10 abstenciones, de forma que fue rechazada por la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados el 28 de septiembre de 2017 (BOCG, Serie D, núm. 231, 18.10.2017).

⁷⁷ Pilar ÁLVAREZ y Emilio DE BENITO, “El Gobierno recupera la reproducción asistida pública para mujeres lesbianas y sin pareja”, *El País*, 6.7.2018: https://elpais.com/politica/2018/07/06/actualidad/1530868071_867338.html (consultado el 6.11.2018).

La decisión se adoptó tras la recepción de un informe de la Ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social que aborda los pasos y el calendario a seguir para que este colectivo vea reconocido su derecho de acceso⁷⁸. La actualización de la cartera de servicios se realizará mediante una orden ministerial que modificará el RD 1030/2006, así como el RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Tras el trámite de audiencia pública, el proyecto de orden ministerial⁷⁹ se aprobó el 4 de marzo de 2019 por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con las abstenciones de Andalucía y Castilla y León⁸⁰. Un día después se produjo la disolución de las Cortes Generales y, a fecha de finalización de este trabajo y tras el proceso electoral celebrado en abril de 2019, aún no se han constituido de nuevo, por lo que habrá que esperar para conocer si finalmente esta reforma logra aprobarse.

El panorama descrito evidencia, en definitiva, que si bien las restricciones de acceso a TRA han constituido uno de los factores más relevantes a la hora de recurrir a métodos como la autoinseminación en los últimos años, la normativa autonómica ha evolucionado en aras a garantizar el acceso a TRA a cualquier mujer o pareja que los solicite, lo

⁷⁸ Y sobre los que informó al Consejo de Ministros en fecha 6.7.2018: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/060718-reproasistida.aspx>.

⁷⁹ Accesible en: https://www.mscbs.gob.es/normativa/audiencia/docs/Orden_modifica_cartera_servicios_comunes.pdf (consultado el 11.7.2019).

⁸⁰ “Solteras y lesbianas tendrán derecho a reproducción asistida”, *Diario de León*, 5.3.2019: https://www.diariodeleon.es/noticias/sociedad/solteras-lesbianas-tendran-derecho-reproduccion-asistida_1318491.html.

que ha provocado que esta justificación haya perdido fuerza y que actualmente sean otras razones las que incentiven en mayor medida el recurso a este tipo alternativo de inseminación.

2.2. Listas de espera

Otra razón, muy relacionada con el apartado anterior, y que todavía constituye una justificación relevante a la hora de optar por métodos alternativos como la autoinseminación, es la relativa a las largas listas de espera que afectan a la mayor parte de los centros del sistema sanitario público español.

Respecto a la IA, única técnica relevante comparativamente⁸¹, las listas de espera varían en función de si se trata de una inseminación artificial homóloga o IAP, o de una IAD. Aunque no existen datos oficiales que permitan analizar la situación actual en todos los centros públicos españoles que ofrecen estos servicios, sí se ha publicado un estudio que da noticia de la situación existente en el año 2015 en determinados centros radicados en diferentes provincias españolas.

Se trata de un estudio publicado en el año 2015 por la Fundación Adeces⁸², que tiene por objeto explorar las políticas públicas de las CC.AA. en relación con su compromiso con las parejas o mujeres infértiles, y que profundiza en la oferta de tratamientos reproductivos

⁸¹ Por lo general, las mujeres o parejas que recurren a autoinseminación no presentan problemas de fertilidad. En consecuencia, a la hora de analizar si este factor es relevante para que los usuarios opten por esta alternativa, se tiene únicamente en cuenta la inseminación artificial y no otras técnicas cuyos fines son estrictamente terapéuticos o preventivos (FIV, diagnóstico genético preimplantacional...).

⁸² ASOCIACIÓN PRO DERECHOS CIVILES, ECONÓMICOS Y SOCIALES, entidad española sin ánimo de lucro constituida en octubre de 2004: <http://www.adeces.org/>.

en los centros públicos y privados. Entre otras cuestiones, el estudio analiza los tiempos de espera que deben soportar las mujeres o parejas que deciden optar por someterse a un tratamiento reproductivo en un centro sanitario de carácter público. El estudio, basado en la información suministrada por treinta y dos centros públicos y veintitrés centros privados de diferentes provincias, ofrece datos de gran interés. En lo que concierne exclusivamente al ámbito público, el estudio afirma que diecinueve del total de centros consultados no presentaba listas de espera para la práctica de una IAP. En los trece restantes, el tiempo va desde los 150 días de espera en Toledo, Valencia o Vizcaya, hasta los 365 días de espera en Tarragona. Mientras que la IAP se practicaba en la totalidad de hospitales públicos consultados, no ocurría lo mismo con la IAD, técnica que seguía sin estar disponible en algunos de ellos. De entre los que la practicaban, diecinueve centros presentaban listas de espera, que iban desde los 75 días en Málaga hasta los 150 días en Valencia⁸³.

El estudio demuestra que en 2015 los centros sanitarios de varias provincias presentaban listas de espera de al menos tres meses para que una mujer pudiera someterse a una inseminación artificial. Resulta paradójico que la IAP se viese afectada por períodos más prolongados de espera que la IAD, habida cuenta de que en estos casos es el marido o pareja de la mujer quién proporciona el material genético necesario para su realización, lo que debería agilizar en gran medida el proceso⁸⁴.

⁸³ *Vid.* ADECES, *cit.*, p. 19.

⁸⁴ De acuerdo con los datos publicados por Statista el 9.7.2019, esta situación se mantiene en la actualidad, ya que el tiempo de espera medio para tratarse en un centro público español es superior cuando se trata de una IAP. Concretamente, 47 días

Si bien es cierto que en algunas provincias los tiempos de espera eran razonables, en otras, en cambio, resultaban muy prolongados, lo que perjudicaba especialmente a mujeres que se encontraban en una edad reproductiva avanzada. Debe tenerse en cuenta que, a mayor edad, menores son las probabilidades de éxito de la técnica concreta⁸⁵, lo que en la práctica supone que determinadas receptoras o usuarias no puedan permitirse esperar a ser tratadas y deban necesariamente buscar otra alternativa como el tratamiento en un centro o servicio autorizado privado o la autoinseminación para quedarse embarazadas.

Por otra parte, la espera también puede provocar que determinadas mujeres, habiendo sido incluidas inicialmente en las listas, sobrepasen el límite de edad fijado para someterse a este tipo de tratamientos con anterioridad a ser llamadas para iniciar el proceso, lo que comportará necesariamente su exclusión del programa. Téngase en cuenta que la usuaria o receptora que desee solicitar una IAP en un centro público, deberá tener menos de treinta y ocho años en el momento de iniciar el tratamiento, y podrá someterse únicamente a un máximo de cuatro ciclos. En cambio, cuando desee recurrir a una IAD, deberá tener menos de cuarenta años y podrá someterse a un máximo de seis ciclos⁸⁶. Pese a que los requisitos de la IAD puedan parecer más laxos,

frente a los 27 de la IAD: <https://es.statista.com/temas/3546/tratamientos-de-reproduccion-asistida/> (consultado el 13.8.2019).

⁸⁵ La capacidad reproductiva de la mujer presenta su máxima fecundidad entre los veinte y los treinta años, momento a partir del cual se produce un declive fisiológico progresivo de la fecundidad, que resulta más acusado a partir de los treinta y cinco años: SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*, 2012, p. 18, accesible en: http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf.

⁸⁶ *Vid.*, no obstante, nota 68 *in fine*.

debe recordarse que esta técnica siempre estará condicionada a la disponibilidad de gametos en el centro en el que se trate, en el banco del propio centro o en un banco de gametos acreditado (apdo. 5.3.8.3.a), anexo III, RD 1030/2006)⁸⁷.

En este contexto, tanto las mujeres de edad reproductiva avanzada que no pueden permitirse esperar un determinado período de tiempo para iniciar el tratamiento, como aquellas que, una vez han sido incluidas en las listas de espera, rebasan el límite de edad fijado legalmente para someterse a una concreta técnica en el marco de la sanidad pública, deben necesariamente buscar otras vías para lograr la consecución de un embarazo. En esencia, son dos las que están a su alcance: 1) bien acudir a un centro o servicio autorizado de carácter privado; 2) bien recurrir a un método reproductivo alternativo como la autoinseminación. En el primer caso, si bien es cierto que el tiempo de espera es inexistente o muy inferior, existen otros inconvenientes que deben sopesarse previamente a optar por esta vía. Sin ánimo

⁸⁷ En el sector privado no existe un límite de edad legal para someterse a este tipo de tratamientos, dado que la LTRHA no dispone nada al respecto. Sin embargo, la mayoría de ellos no aceptan a usuarias que superen los cincuenta años. Entre otros, así lo puso de manifiesto en 2007 la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), señalando que «Hoy en día se mantiene la idea, de que aunque cada caso debe valorarse de forma individual, en principio debiera desaconsejarse la recepción ovocitaria por encima de los 50 años»: Roberto MATORRAS WEINIG (Ed.), *Estudio y tratamiento de la pareja estéril. Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción (ASEBIR), la Asociación Española de Andrología (ASESA) y la Sociedad Española de Contracepción (SEC)*, Adalia, Madrid, 2007, p. 630, accesible en: <http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/recomendaciones/completo.pdf>. En España, parece que las directrices profesionales, como mínimo, funcionan. Sin embargo, se trata de un límite muy subjetivo, habida cuenta de que la ley permite llevar a cabo TRA «cuando haya posibilidades razonables de éxito», y siempre que «no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia» (art. 3.1 LTRHA), lo que puede darse incluso cuando la mujer ha superado los 50 años.

exhaustivo, acudir al sector privado supone sufrir los efectos de tratamientos médicos más complejos e invasivos, así como asumir un coste económico mucho más elevado⁸⁸. Estos factores pueden resultar claves para optar en último término por la autoinseminación.

2.3. Coste económico

Otro de los motivos que se aducen para justificar el recurso a la autoinseminación es el coste económico de las TRA⁸⁹. En efecto, el precio de una IA en un centro o servicio privado, de nuevo única técnica relevante a efectos de analizar este factor⁹⁰, es más elevado que el que implica llevar a cabo una autoinseminación.

Como he puesto de relieve en los apartados precedentes, pese a que la IA es un tratamiento reproductivo cubierto por el régimen de la seguridad social, no toda mujer o pareja puede someterse a esta técnica

⁸⁸ La IA va precedida habitualmente de un proceso de estimulación ovárica o inducción a la ovulación con el fin de provocar el desarrollo folicular y sincronizar el momento de la ovulación con el de la inseminación, lo que puede aumentar las posibilidades de embarazo múltiple. De hecho, la estimulación ovárica constituye una de las fases de la IA en la mayoría de los centros que realizan este tipo de tratamiento. A modo de ejemplo, *vid.* el sitio web de la clínica privada Eugin (<https://www.eugin.es/inseminacion-artificial/donante-iad/>) [consultado el 10.10.2017]). En caso de que la IA fracase, la usuaria será remitida a técnicas más invasivas como la FIV o la ICSI. De acuerdo con la práctica clínica, esta remisión deberá producirse, generalmente, tras la realización de seis ciclos de inseminación sin éxito: Ainhoa JAUSORO, *Reproducción humana asistida: descripción de las opciones terapéuticas disponibles*, Departamento de Sanidad, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2000, p. 35, accesible en: https://www.osakidetza.euskadi.eus/contenidos/informacion/2000_osteba_publicacion/es_def/adjuntos/2000/e_00_05_reproduccion_humana.pdf. Sin embargo, es sabido que algunos centros privados realizan esta remisión con anterioridad al fracaso de seis ciclos, o incluso sin ni siquiera haber recurrido a la IA: *vid.* REGO, *cit.*, 3.1.2016 y LÓPEZ FRÍAS, *cit.*, 22.4.2017.

⁸⁹ KELLY, “An alternative conception...”, *cit.*, p. 159.

⁹⁰ *Vid. supra* nota 81.

en un centro público. Así pues, para aquellos usuarios que no pueden ser tratados en dicho sector, solo quedarán dos vías alternativas al objeto de lograr un embarazo: acudir a un centro o servicio privado o buscar una alternativa como la autoinseminación. En estos casos, la mujer o pareja deberá sopesar la decisión de optar por una u otra vía, y entre los diferentes factores a considerar, el coste económico de la técnica acostumbra a tener un peso relevante⁹¹.

En 2015, el coste de una IAP en un centro o servicio autorizado privado español oscilaba entre los 450 y los 1.000 euros, mientras que el de una IAD ascendía a un coste medio de 1.229 euros⁹². A todo ello debe sumarse el precio de ciertos medicamentos que los centros o servicios prescriben habitualmente a las mujeres que recurren a la IA, y cuyo coste en 2015 oscilaba entre los 200 y los 700 euros, en función del tipo de tratamiento y de las características personales de la usuaria⁹³. Es importante señalar, además, que los precios se refieren a un único ciclo⁹⁴. En consecuencia, si resulta necesario más de un intento para lograr el embarazo, la receptora deberá asumir el importe de cada uno de los ciclos a los que se someta, lo que puede incrementar notablemente el coste final de la IA.

⁹¹ En sentido idéntico, ABAD KOEFOED, *cit.*, p. 389.

⁹² ADECES, *cit.*, p. 29. Según datos publicados por Statista el 9.7.2019, el precio medio de una IAP en un centro o servicio autorizado privado se sitúa en 757€, y el de una IAD se mantiene con respecto a 2015: <https://es.statista.com/temas/3546/tratamientos-de-reproduccion-asistida/> (consultado el 13.8.2019).

⁹³ ADECES, *cit.*, p. 29. Los datos publicados en 2019 a los que me he referido en la nota precedente afirman que el coste medio de la medicación para la IA es de 384 €.

⁹⁴ Por ciclo me refiero a un intento de inseminación artificial. Cada ciclo suele incluir diferentes fases: estimulación ovárica o inducción a la ovulación, inseminación, soporte de la fase lútea y prueba de embarazo.

En cambio, en caso de recurrir a autoinseminación la mujer o pareja obtiene el espermatozoides por compraventa o donación. En el primer caso, adquirir el material genético en línea procedente de un banco de espermatozoides puede costar entre 339 y 619 euros por muestra⁹⁵, a lo que habrá que sumarle un coste adicional para sufragar la compraventa del material necesario para realizar la inseminación⁹⁶. En el segundo, el semen se obtiene gracias a la donación altruista de un amigo o conocido que consiente su utilización, de modo que no suele suponer ningún coste para la mujer o pareja que lo recibe. No obstante, algunas mujeres optan asimismo por obtener el espermatozoides de un desconocido. En este último supuesto, el material genético puede adquirirse gratuitamente o a cambio del pago de una contraprestación económica, cuyo coste acostumbra a ser aún más reducido que el que debe satisfacerse a un banco de gametos para adquirir en línea una muestra de material genético⁹⁷.

⁹⁵ Los precios –sin IVA– se extraen de la página web del European Sperm Bank, un importante banco de gametos, con sede en Dinamarca, que vende material genético a particulares para su envío a España (<https://www.europeanspermbank.com/en/product-prices.html> [consultado el 18.7.2019]). El coste varía en función del donante seleccionado –anónimo o identificable–, así como de la procedencia del material genético que se adquiere. Al precio de la dosis de espermatozoides habrá que añadir, además, los gastos de envío (en el caso de países europeos, el envío asciende a 295 euros -IVA incluido-). Sobre la posibilidad de adquirir espermatozoides en línea a través de un banco de gametos danés en la actualidad *vid.*, no obstante, apdo. VI del presente capítulo.

⁹⁶ Hablo aquí del conocido como kit de inseminación casera, que suele incluir un bote de muestra para depositar el semen, unos guantes, una jeringa y las instrucciones para realizar el proceso. Algunos kits incluyen otros productos o utensilios adicionales como un test de ovulación y/o de embarazo. Un kit básico puede adquirirse en Ebay por solo 10 euros.

⁹⁷ Ofertas de este tipo pueden encontrarse fácilmente en páginas web como Milanuncios (<https://www.milanuncios.com/>) o Facebook (<https://es-es.facebook.com/>), en las que potenciales donantes ofrecen su material genético a cambio del pago de un precio o incluso gratuitamente. A título ejemplificativo, en la

En definitiva, el coste económico de la autoinseminación es más reducido que el que implica recurrir a la IA, lo que incentiva el recurso a este método reproductivo alternativo por parte de personas que no presentan problemas de fertilidad⁹⁸.

2.4. Preferencia por un donante identificable o conocido

Junto con las restricciones de acceso, las listas de espera para recibir tratamiento y el coste de la inseminación artificial, el no anonimato del donante constituye una de las razones principales que aducen los usuarios para justificar su recurso a la autoinseminación⁹⁹.

2.4.1. Selección y características del donante conforme a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

En España, el art. 5.5 LTRHA impone el anonimato del donante de gametos en los siguientes términos: «la donación será anónima y deberá

primera de ellas puede leerse la siguiente oferta de fecha 17.9.2019: «Chico de 26 años perfecto de salud, buenos parametros fisicos, geneticos, fui donante de esperma en clinica. Ahora ayudo a mujeres que quieran ser madres sin interes economico, No sexo soy donante serio, seria por metodo baster inseminacion casera bote jeringa, tengo analíticas completas de ets y seminograma recientes, segun disponibilidad, no me desplazo fuera de madrid, envio mas informacion, analíticas y foto por email» (transcripción literal): <https://www.milanuncios.com/baneras-cambiadores/donante-de-semen-316629751.htm> (consultado el 17.9.2019).

⁹⁸ En sentido análogo, QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, p. 367, considera que, si bien la motivación para recurrir a la autoinseminación puede ser variada, el componente pecuniario es relevante.

⁹⁹ MCNAIR *et al.*, *cit.*, p. 44; DEMPSEY, *cit.*, en JONES y KIRKMAN, *cit.*, p. 189; Kathryn ALMACK, “Seeking sperm: accounts of lesbian couples’ reproductive decision-making and understandings of the needs of the child”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 20, núm. 1, 2006, pp. 1-22, pp. 10 y 11; y KELLY, “An alternative conception...”, *cit.*, p. 154.

garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan»¹⁰⁰.

¹⁰⁰ A fecha de finalización de este trabajo únicamente se han constituido el Registro de centros y servicios de reproducción humana asistida y el Registro Nacional de actividad y resultados. El Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social suscribió en 2017 un contrato con la SEF con el objetivo de que se encargase de la organización y funcionamiento de este último. Los últimos datos disponibles son de 2015 y puede accederse a ellos en el siguiente enlace: <http://www.cnrha.mscbs.gob.es/registros/actividades.htm> (consultado el 19.7.2019). Por su parte, el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines reproductivos está en fase de implementación. La puesta en marcha de este registro llega con mucho retraso –aproximadamente unos 30 años–, pues el mandato de su creación ya se recogía en la DF 3ª LTRA, y actualmente lo impone el art. 21 LTRHA. Durante todos estos años, los datos de los donantes han sido controlados exclusivamente por cada uno de los centros y servicios autorizados, lo que ha dificultado controlar el cumplimiento del número máximo de hijos nacidos de un mismo donante, que el art. 5.7 LTRHA fija en seis. La puesta en marcha del registro se anunció por el entonces Ministerio de Sanidad, Servicio Sociales e Igualdad en octubre de 2017. Posteriormente, en una respuesta parlamentaria de 26.12.2018, el Gobierno afirmó que el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social trabajaba en el desarrollo de una plataforma informática denominada Sistema de Información en Reproducción Humana Asistida (SIRHA), que albergará este registro, además del de centros y el de actividad, y que en ese momento se disponía del mismo en fase de implantación. Aseguró que esta plataforma permitirá disponer de información integral y en tiempo real de las donaciones de gametos y donantes procedentes de los centros y servicios autorizados de toda España, además de cumplir con los requerimientos europeos en materia de codificación de las donaciones. Además, informó que la plataforma limitará automáticamente las donaciones de gametos por donante a seis, si se trata de óvulos, y a cuarenta, si se trata de esperma, con el objetivo no solo de proteger su salud y evitar los posibles riesgos de un uso continuado o demasiado frecuente de los procedimientos invasivos inherentes a la donación, sino también de velar por el cumplimiento del límite de hijos nacidos por cada donante que establece el art. 5.7 LTRHA. La respuesta parlamentaria, cuya autora es Ángeles Álvarez Álvarez, puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/l12p/e11/e_0118594_n_000.pdf.

Tras el anuncio de la puesta en marcha de este registro, la SEF publicó un interesante manifiesto que examina, entre otras cuestiones, el uso de bancos de gametos extranjeros o el límite del número de embarazos. Aunque no está fechado, es accesible en el siguiente enlace: <http://www.sefertilidad.net/docs/noticias/donacionGametos.pdf> (consultado el 22.1.2018). En relación exclusivamente al número máximo autorizado de hijos nacidos en España y generados con los gametos de un mismo donante, más recientemente, las sociedades científicas SEF, Asociación Española para el Estudio de

Además, el art. 6.5 LTRHA impide a la receptora seleccionar personalmente al donante, pues esta facultad se reserva en exclusiva al equipo médico encargado de llevar a cabo la TRA¹⁰¹, que deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras del donante con la mujer receptora¹⁰². Más

la Biología de la Reproducción (ASEBIR), y Asociación Española de Andrología, Medicina Sexual y Reproductiva (ASESA) han publicado un documento en el que analizan el límite que actualmente impone el art. 5.7 LTRHA, al objeto de proponer la modificación del precepto en los siguientes términos: 1) aumentar la cuota actual de 6 hijos/donante a 25 –en caso de que esta cuota se mida en términos de familias creadas a partir de un donante, que se establezca en 15-; 2) en caso de tratarse de donantes asignados a receptores de otros países o de gametos exportados a países de la Unión Europea, establecer una cuota superior; y por último, 3) contemplar un excepción para parejas o mujeres solas que mantienen embriones criopreservados procedentes de gametos de donantes que hayan sobrepasado dicha cuota, y desean utilizarlos para su reproducción, con la finalidad de que no tengan que destruirlos o donarlos para fines de investigación en contra de su voluntad y, además, para que, en su caso, puedan tener nuevos hijos que sean hermanos biológicos de otros previos. Este documento es accesible en el siguiente enlace: <http://www.sefertilidad.net/docs/noticias/posicionamiento2018.pdf> (consultado el 18.6.2018).

¹⁰¹ A juicio de Díez Soto, la decisión del legislador de atribuir en exclusiva la selección del donante al equipo médico encargado de su realización, así como la de imponerle determinados criterios a la hora de llevarla a cabo, resulta *a priori* razonable y acertada. Sin embargo, considera excesiva la prohibición que impide a la receptora seleccionar en ningún caso al donante, pues excluye completamente la posibilidad de que la donación de gametos se efectúe a favor de persona determinada, lo que podría resultar un obstáculo injustificado –que no ocurre, por ejemplo, en el ámbito de las donaciones de tejidos y órganos entre vivos- a la posibilidad de que se realicen donaciones entre personas próximas: Díez Soto, “Comentario al artículo 6...”, *cit.*, en Lledó Yagüe, Ochoa Marieta (Dir.) y Monje Balmaseda (Coord.), *cit.*, p. 108. Para Serna Meroño, aunque no resultaría acertado reconocer la posibilidad de que en las TRA se propicie la selección del material reproductor «a la carta», parece adecuado que la usuaria pueda tener cierta autonomía para poder decidir sobre algunas circunstancias visibles del genotipo del donante de esperma, si ello es compatible con lograr un correcto y adecuado resultado de la técnica: Serna Meroño, *cit.*, en Cobacho Gómez (Dir.) e Iniesta Delgado (Coord.), *cit.*, p. 210.

¹⁰² Esta tarea del equipo médico es comúnmente denominada como práctica del *matching*. Rivas, que también la denomina «emparejamiento entre donante y receptora», asegura que se utiliza como una estrategia de camuflaje para disimular la donación y facilitar el secreto de la concepción por donación, lo que alienta las dudas de los receptores que acuden a TRA por problemas de infertilidad en relación con la

concretamente, los criterios médicos a seguir por parte del personal médico a la hora de realizar la selección del donante, se establecen en el art. 10 y en el Anexo IV del Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (RDL 9/2014)¹⁰³.

2.4.2. Control e incumplimiento de la normativa en materia de selección de donantes

Con el fin de garantizar que los establecimientos cumplan con los requisitos que impone la normativa en materia de selección de donantes, la autoridad competente de cada CC.AA. efectúa inspecciones periódicas (art. 36 RDL 9/2014). Este control por parte de las autonomías resulta necesario para verificar que los centros y servicios autorizados cumplen con todas las garantías establecidas legalmente¹⁰⁴, ya que la LTRHA advierte expresamente que los equipos

menor autenticidad de sus vínculos con la «descendencia coproducta»: Ana María RIVAS, “Revisando el parentesco: ¿sigue siendo la sangre más espesa que el agua? Nuevas formas de parentesco y familia”, en Herminia GONZÁLEZ TORRALBO (Ed.), *Diversidades familiares, cuidados y migración. Nuevos enfoques y viejos dilemas*, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2015, pp. 39-67, p. 51.

¹⁰³ BOE núm. 163, 5.7.2014.

¹⁰⁴ Más concretamente, para comprobar el cumplimiento efectivo del límite de hijos que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante (art. 5.7 LTRHA), así como si los donantes declaran en cada donación si han realizado otras previas, y dónde, cuándo, y en qué condiciones lo han hecho, las CC.AA. pueden consultar los registros que disponen los centros y servicios autorizados. En las inspecciones también se comprueba si el centro o servicio dispone de un procedimiento estandarizado para garantizar y verificar que el límite establecido por el art. 5.7 LTRHA se cumple, y se realiza una revisión de los contratos de donación que suscriben los donantes con posterioridad a ser informados de la obligación de declarar

biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajan, incurrirán en las responsabilidades legales correspondientes cuando violen el secreto de la identidad de los donantes, realicen mala praxis con las TRA o los materiales biológicos correspondientes, o si, por omitir la información o los estudios establecidos, lesionan los intereses de donantes o usuarios, o transmiten enfermedades congénitas o hereditarias evitables a los descendientes (art. 18.2 LTRHA). Además, la LTRHA califica de infracción grave la ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes (art. 26.2.b).5.^a), lo que comportará para el centro una multa que va desde los 1.001 hasta los 10.000 euros, y que podrá suponer, además, la revocación de la autorización para practicar TRA (art. 23.1)¹⁰⁵.

A fecha de finalización de este trabajo, solo consta reportado en España un caso judicial de condena a un centro o servicio autorizado por mala praxis. Se trata de la SAP de Las Palmas, sec. 5^a, de 16.5.2016

donaciones previas. *Vid.* la respuesta parlamentaria de 26.12.2018 a la que hago referencia en la nota 100.

¹⁰⁵ Además, según INIESTA DELGADO, los perjuicios ocasionados por la revelación de la identidad legítimaría al donante para solicitar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por una intromisión ilegítima en su identidad (art. 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen [BOE núm. 115, 14.5.1982]): Juan José INIESTA DELGADO, “Comentario al artículo 5. Donantes y contratos de donación”, en José Antonio COBACHO GÓMEZ (Dir.) y Juan José INIESTA DELGADO (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 105-177, p. 156. Además, en sede penal, esta conducta por parte del facultativo podría ser constitutiva de un delito de vulneración del secreto profesional (art. 199 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [BOE núm. 281, 24.11.1995] [CP]), o de un delito de revelación de secreto (art. 417.2 CP), si es una autoridad o funcionario público quien realiza la conducta típica: Carlos Manuel DÍEZ SOTO, “Comentario jurídico al artículo 5. Donantes y contratos de donación”, en Francisco LLEDÓ YAGÜE, Carmen OCHOA MARIETA (Dir.) y Óscar MONJE BALSAMEDA (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 88-97, p. 95.

(JUR\2016\159212)¹⁰⁶, que declara la responsabilidad civil del Instituto Canario de Infertilidad por haber seleccionado indebidamente un donante en el año 2007. Según los antecedentes de la sentencia, la mujer acudió al centro para ser inseminada con espermatozoides de su pareja. No obstante, el centro la inseminó con semen de un tercero, y tras el tratamiento, la mujer dio a luz a gemelos. La mujer, en su propia representación y en la de sus hijos menores, reclamó daños y perjuicios al centro autorizado por haber seleccionado indebidamente al donante, y la Audiencia finalmente condenó al Instituto Canario de Infertilidad a indemnizar en las cantidades de 120.000 € en concepto de daños y perjuicios morales y materiales a cada uno de los menores, más los intereses legales, y de 75.000 € a la actora en concepto de daños morales, más los intereses legales.

En otros países también se han producido casos de error en la selección del donante de espermatozoides. Países Bajos ofrece al menos tres ejemplos de mala praxis por parte del centro o servicio autorizado. El primero de ellos tuvo lugar en 1993, cuando el laboratorio de fecundación artificial del Hospital Universitario de Utrecht seleccionó el espermatozoides de un ciudadano de raza negra, en vez del material genético del marido de la receptora –de raza blanca-, lo que provocó que la mujer diera luz a una pareja de gemelos de distinta raza. El segundo se produjo en el año 2002 cuando un banco de gametos de la localidad de Delfzijl mezcló el material genético de dos donantes distintos, lo que provocó que una pareja de mujeres de raza blanca diera a luz a un hijo de raza negra. En el tercero, y también el más reciente, una prueba de

¹⁰⁶ Resolución confirmada por el ATS, 1ª, sec.1ª, de 11.1.2017 (JUR 2017\15077).

ADN ha confirmado que en una clínica de la localidad de Nijmegen, cuarenta y nueve receptoras fueron inseminadas con el espermatozoides del propio director de la clínica, un centro en el que nacieron un total de 400 personas hasta su cierre por irregularidades en el año 2009¹⁰⁷. En Reino Unido, un centro hospitalario de la ciudad de Leeds mezcló erróneamente los óvulos de una mujer con el espermatozoides de un hombre de raza negra, lo que provocó que tras el tratamiento la mujer diera a luz a dos hijos mestizos¹⁰⁸. Algo similar ocurrió en 2011 en el Midwest Sperm Bank, radicado en el estado de Ohio (Estados Unidos), pese a que la receptora y su pareja femenina habían solicitado un donante de raza caucásica¹⁰⁹. Un último ejemplo se produjo en 2017 en Singapur, donde la Corte de Apelaciones declaró la responsabilidad de un hospital privado por haber fecundado *in vitro* los óvulos de la usuaria con espermatozoides de un tercero, y no con el de su marido, tal y como estaba previsto¹¹⁰.

2.4.3. Información disponible acerca del donante y constitucionalidad del anonimato

Pese a la regla del anonimato vigente en España, la normativa permite solicitar cierta información con respecto al donante. Tanto los hijos concebidos mediante donación de gametos, por sí o por sus representantes legales, como las propias receptoras, tienen derecho a

¹⁰⁷ Imane RACHIDI, “El director de una clínica en Holanda inseminó a al menos 49 personas con su propio semen”, *El Mundo*, 12.4.2019: <https://www.elmundo.es/internacional/2019/04/12/5cb0ae9b21efa01f658b46ab.html> (consultado el 19.7.2019).

¹⁰⁸ *Leeds Teaching Hospital NHS Trust v Mr and Mrs A and Others* [2003] EWHC 259 (QB).

¹⁰⁹ *Cramblett v. Midwest Sperm Bank, LLC*, 2017 IL App (2d) 160694.

¹¹⁰ *ACB v Thomson Medical Pte Ltd and Others* [2017] SGCA 20.

obtener información general de los donantes¹¹¹, siempre y cuando estos datos no incluyan su identidad (art. 5.5.II LTRHA). La identidad del donante, por su parte, solo podrá revelarse excepcionalmente en dos supuestos: cuando existan circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo; o bien, cuando proceda con arreglo a la legislación procesal penal. Ahora bien, en todo caso será necesario que la revelación sea indispensable para evitar un peligro concreto, o para conseguir el fin propuesto por la norma en juego¹¹². Sin embargo, el descubrimiento de la identidad del donante siempre tiene carácter restringido, y en ningún caso implica determinación legal de su paternidad (arts. 5.5.III y 8.3 LTRHA). En resumidas cuentas, cualquier mujer o pareja que decida recurrir a TRA heterólogas debe renunciar a la selección del donante de espermia, y los hijos concebidos mediante gametos donados no verán reflejados en certificado o registro alguno los datos de su padre biológico sino únicamente, en su caso, los de aquél que haya asumido voluntariamente su paternidad.

¹¹¹ Como señala ÁLVAREZ, «la única información que podrá revelarse serán características fenotípicas del donante como la talla, peso, color de ojos, color de pelo, grupo sanguíneo y Rh»: Juan G. ÁLVAREZ, “Comentario científico al artículo 5. Donantes y contratos de donación”, en Francisco LLEDÓ YAGÜE, Carmen OCHOA MARIETA (Dirs.) y Óscar MONJE BALSAMEDA (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 83- 88, p. 85.

¹¹² Un ejemplo de peligro cierto sería la necesidad de un trasplante de médula ósea de un familiar que sea histocompatible, mientras que un caso claro en el que podría proceder revelar la identidad con arreglo a la legislación procesal penal sería aquél en el que un donante de gametos oculte malintencionadamente una enfermedad transmisible, lo que le podría hacer incurrir en un delito de lesiones a la descendencia: ÁLVAREZ, *cit.*, en LLEDÓ YAGÜE, OCHOA MARIETA (Dirs.) y MONJE BALSAMEDA (Coord.), *cit.*, p. 86.

La decisión del legislador de imponer el anonimato del donante, que ya se establecía en términos muy similares en el art. 5.5. LTRA, ha sido duramente criticada por parte de la doctrina por considerarse contraria, entre otros, a los arts. 10.1, 15 o 39.2 CE¹¹³. No obstante, el Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad del precepto, argumentado que si bien es cierto que la Constitución ordena al legislador que posibilite la investigación de la paternidad, ello no implica «la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor»¹¹⁴. En el ámbito supranacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no se ha enfrentado directamente a la cuestión del anonimato del donante, si bien en el caso *X, Y y Z c. Reino Unido*¹¹⁵ declaró la existencia de un amplio margen de apreciación por parte de los Estados miembros para establecer la forma en la que se garantiza el

¹¹³ *Vid.*, entre otros, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, “Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española”, en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 99-113, pp. 109-110; Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida”, *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1998, pp. 19-36, pp. 31-33; Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la S.T.C 116/1999, de 17 de junio, al affaire Odièvre)”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 103, núm. 1, 2004, pp. 105-134; Ramón DURÁN RIVACOBIA, “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, núm. 1, 2010, pp. 3-54, pp. 47-52; o José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (Un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, vol. 4, núm. 1, 2018, pp. 301-340, pp. 306-308.

¹¹⁴ STC 116/1999, Pleno, de 17 de junio, FJ 15º, apdo. 2º (RTC 1999/116).

¹¹⁵ Asunto 21830/93, Gran Sala, 22.4.1997.

respeto de los derechos de las partes involucradas en el uso de tecnologías reproductivas¹¹⁶.

2.4.4. Contexto normativo en otros ordenamientos jurídicos

La situación existente en España contrasta con la de otros ordenamientos jurídicos, que desde mediados de los años ochenta, y especialmente a partir del año 2000, han optado por suprimir la regla del anonimato del donante, en aras de proteger el derecho del menor a conocer sus propios orígenes. No obstante, los mecanismos utilizados para abordar esta cuestión difieren en función del ordenamiento. Así, mientras que algunos ordenamientos han impuesto el no anonimato, otros han optado por el sistema denominado de doble vía (*double track*)¹¹⁷, lo que implica que sean los propios donantes quienes decidan si desean ser anónimos o identificables. En el primer grupo se encuentran países como Suecia¹¹⁸, Australia¹¹⁹, Austria¹²⁰, Suiza¹²¹,

¹¹⁶ CHOUDHRY y HERRING consideran improbable que el TEDH requiera a un Estado miembro que implemente legislación con el objeto de eliminar el anonimato del donante para cumplir así con las obligaciones positivas que establece el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en relación con los hijos concebidos con gametos donados, siempre y cuando exista algún mecanismo que garantice que las autoridades nacionales pueden realizar un balance adecuado de los intereses en juego ante cualquier solicitud por parte del hijo de acceder a información identificativa del donante: Shazia CHOUDHRY y Jonathan HERRING, *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland (Oregón), 2010, pp. 196-197.

¹¹⁷ Guido PENNING, “The ‘double track’ policy for donor anonymity”, *Human Reproduction*, vol. 12, núm. 12, 1997, pp. 2839-2844.

¹¹⁸ Este país fue pionero en permitir al menor que ha alcanzado una madurez suficiente acceder a los datos del donante que consten en el registro hospitalario. *Vid.* §5 (*Chapter 6*) de la *The Genetic Integrity Act* (2006:351). Traducción con valor informativo extraída de la web del Consejo Nacional Sueco de Ética Médica: <http://www.smer.se/news/the-genetic-integrity-act-2006351/> (consultado el 20.6.2017).

Noruega¹²², Países Bajos¹²³, Nueva Zelanda¹²⁴, Reino Unido¹²⁵ o Finlandia¹²⁶. En el segundo, en cambio, se sitúan países como

¹¹⁹ En términos generales, todos los estados y territorios australianos permiten al hijo concebido mediante gametos donados acceder a información identificativa del donante una vez haya alcanzado la mayoría de edad –a excepción del estado de Australia Occidental, donde puede solicitarse una vez alcanzados los 16 años–: *vid.*, en Victoria, §§56 y 59 de la *Assisted Reproductive Treatment Act*; en Australia Occidental, §49 de la *Human Reproductive Technology Act 1991*; en Nueva Gales del Sur, §37 de la *Assisted Reproductive Technology Act 2007*; y en el resto de estados y territorios (Australia Meridional, Queensland, Tasmania, Territorio de la Capital Australiana y Territorio del Norte), par. 5.6 y 5.9 de las *Ethical guidelines on the use of assisted reproductive technology in clinical practice and research* del *National Health and Medical Research Council* (2017). En cualquier caso, adviértase que Victoria ha sido el primer ordenamiento jurídico del mundo en reconocer este derecho con efectos retroactivos, de modo que incluso los hijos concebidos bajo un régimen de anonimato (vigente en el estado hasta el 1 de enero de 1998) pueden solicitar acceso a información identificativa del donante. Esta posibilidad es efectiva desde el 1 de marzo de 2017, y se introdujo mediante la *Assisted Reproductive Treatment Amendment Act* de 2016, que puede consultarse en inglés en el siguiente enlace: http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/vic/num_act/artaa20166o2016486/.

¹²⁰ Austria permite que el hijo concebido mediante esperma donado solicite información acerca del donante una vez alcance los 14 años. *Vid.* §20 de la *Fortpflanzungsmedizingesetz am 4 juni 1992* (BGBl nr. 275, 4.6.1992).

¹²¹ El país helvético garantiza constitucionalmente el derecho de toda persona a acceder a los datos relacionados con sus ascendientes (art. 119.2 g de la Constitución suiza). Además, permite al hijo concebido mediante esperma donado acceder a los datos personales de su donante, una vez ha cumplido dieciocho años. Sobre este último extremo, *vid.* art. 27 de la *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée* du 18 décembre 1998 (FF núm. 55, 30.12.1998).

¹²² Noruega permite que cualquier persona nacida a consecuencia de una TRA heteróloga, solicite información sobre la identidad del donante una vez alcance los 18 años de edad. *Vid.* §2-7 de la *Act of 5 December 2003 No. 100 relating to the application of biotechnology in human medicine, etc.* Traducción disponible en la web del gobierno noruego: <https://www.regjeringen.no/no/tema/helse-og-omsorg/innsikt/bioteknologi/act-of-5-december-2003-no-100-relating-t/id229553/> (consultado el 20.6.2017).

¹²³ En 2004, Países Bajos pasó de mantener un sistema de doble vía a suprimir el anonimato del donante. Actualmente, cualquier persona concebida con gametos donados tiene derecho a solicitar información no identificativa acerca del donante a partir de los 12 años. Una vez alcance los 16 años, el hijo podrá solicitar los datos que le permitan identificar al donante. Para más información, *vid.* Pim M.W. JANSSENS *et al.*, “A new Dutch law regulating provision of identifying information of donors to offspring: background, content and impact”, *Human Reproduction*, vol. 21, núm. 4, 2006, pp. 852-856.

Islandia¹²⁷ o Bélgica¹²⁸. Finalmente, existen países en los que, si bien no existe legislación sobre esta cuestión, los tribunales se han posicionado expresamente en contra del anonimato del donante¹²⁹.

¹²⁴ En Nueva Zelanda una persona concebida mediante gametos donados puede solicitar al registro información identificativa del donante a partir de los 18 años. No obstante, los menores que tengan 16 y 17 años también pueden solicitar a la autoridad judicial que les conceda acceso a la identidad de su donante. *Vid.* §§59 y 65 de la *Human Assisted Reproductive Technology Act* 2004.

¹²⁵ En Reino Unido, la persona concebida mediante gametos donados puede, desde 2004 y a partir de los 16 años, solicitar el acceso a datos no identificativos del donante. Una vez alcance la mayoría de edad, puede solicitar información identificativa del donante, así como información relativa a los posibles hermanos genéticos concebidos gracias a los gametos de su donante. *Vid.* §24 de la *Human Fertilisation and Embryology Act* (2008) [HFEA], y *The Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations* (2004). Ambas disponibles, en inglés, en los siguientes enlaces, respectivamente: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> y <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2004/1511/contents/made> (consultados el 5.10.2018).

¹²⁶ En Finlandia, el hijo concebido mediante gametos o embriones donados puede, a partir de los 18 años de edad, solicitar al centro o servicio autorizado encargado de la fecundación una copia del consentimiento al tratamiento y el código de donante, con los cuales podrá dirigirse al registro para conocer la identidad de su donante. *Vid.* §23 de la *Act on Assisted Fertility Treatments* (1273/2006). Una traducción de esta disposición al inglés con valor meramente informativo puede consultarse en: <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2006/en20061237> (consultado el 5.10.2018). Según la prensa francesa, este país establecerá un sistema similar a lo largo del año 2019: *vid.* TATU, *cit.*, 29.6.2019.

¹²⁷ Islandia impone como regla general el anonimato, si bien permite que el donante pueda solicitar ser identificable. En este último caso, el menor que nazca tras la inseminación podrá, una vez alcance la mayoría de edad, solicitar datos acerca de su donante. Al formalizarse tal solicitud, la institución médica deberá igualmente informar al donante de que se ha proporcionado información sobre su identidad. *Vid.* art. 4 de la *Act on Artificial Fertilisation and Use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research*, No. 55/1996. Traducción al inglés con valor informativo extraída de la web del Gobierno islandés: <https://www.government.is/Publications/Legislation/Lex/?newsid=8ef838a3-fbd6-11e7-9423-005056bc4d74> (consultado el 20.6.2017).

¹²⁸ Bélgica impone igualmente el anonimato, salvo que exista acuerdo entre donante y receptora. *Vid.* art. 57 de la *Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes* (Moniteur belge, 17.7.2008).

¹²⁹ Se trata de Alemania y Portugal. En el primer caso, hasta el año 2006 la donación se mantenía en el anonimato. A partir de entonces, de acuerdo con las directrices de la Cámara Médica Alemana (*Bundesärztekammer*) de 2006 [accesibles en alemán en el

Los defensores del anonimato señalan que el derecho a conocer los orígenes no solo colisiona con el derecho a la intimidad del donante, sino también con el derecho a la vida privada familiar de los padres del menor concebido mediante gametos donados. También aducen que el conocimiento del origen biológico podría perjudicar la estabilidad familiar del menor, y que no existe una demanda real de conocer los orígenes que justifique suprimir el anonimato. Otro de los argumentos más recurrentes es que suprimirlo conllevaría la reducción de familias dispuestas a recurrir a la inseminación heteróloga, así como del número de donantes dispuestos a aportar su material genético. Por el contrario, el argumento principal de los partidarios del no anonimato pasa por

siguiente enlace: <https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=51526%20>], por un lado, el donante debe aceptar que pueda proporcionarse su identidad al hijo que eventualmente nazca como consecuencia del uso de su material genético y, por otro, la pareja que va utilizar dicho material genético debe aceptar que el equipo médico pueda proporcionar la identidad del donante si así lo solicita la posible descendencia. No obstante, ninguno de estos extremos se recoge legalmente. Con todo, en 2015, el Tribunal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof*), en sentencia de 28.1.2015 (BGH, 28.1.2015, XII ZR 201/13), reconoció expresamente que un hijo tiene derecho a conocer la identidad de su padre biológico, con independencia de su edad, y que este derecho prevalece sobre el derecho de privacidad del donante. Esta resolución puede consultarse en alemán en el siguiente enlace: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=842b2a044bc613c4f7c32ad403a62068&nr=70419&pos=15&anz=16> (consultado el 10.1.2018). En el segundo, el Pleno del Tribunal Constitucional portugués, en sentencia núm. 225/2018, de 24 de abril, ha declarado la inconstitucionalidad de tres preceptos de la *Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida – “LPMA”)*, en la redacción dada por las *Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto*, al considerar, entre otras cuestiones, que la regla del anonimato, no absoluta en el caso de los donantes de material genético en la fecundación heteróloga, y absoluta en el caso de la mujer gestante en el convenio de gestación por sustitución, es contraria a los derechos a la identidad personal y a la identidad genética (art. 26 de la Constitución portuguesa), y a los principios de dignidad de la persona humana, de igualdad y de proporcionalidad (arts. 1 y 67.2.e), 13 y 18.2 de la Constitución portuguesa, respectivamente). Esta resolución puede consultarse en portugués en el siguiente enlace: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html> (consultado el 10.10.2018).

entender que debe prevalecer el derecho del menor a conocer los orígenes, sobre el derecho a la intimidad del donante o el derecho a la vida privada familiar de sus progenitores¹³⁰.

2.4.5. Datos estadísticos sobre la inseminación artificial y los donantes de esperma

En 2015, según los datos del Registro Nacional de Actividad, se llevaron a cabo 38.903 ciclos de inseminación artificial en centros y servicios autorizados españoles: 26.959 de IAC (69,3%) y 11.944 de IAD (30,7%)¹³¹. Ahora bien, a nivel nacional no existen datos acerca del perfil mayoritario de los donantes de esperma¹³². A nivel autonómico, en cambio, Cataluña dispone una estadística oficial que arroja datos de gran interés al respecto. Se trata del registro FIVCAT.NET¹³³, cuyo último informe, publicado en 2017, da noticia

¹³⁰ En relación con las diferentes posiciones que defienden partidarios y detractores del anonimato, *vid.* Itziar ALKORTA IDIAKEZ y Esther FARNÓS AMORÓS, “Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio”, *Oñati Socio-legal Series*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 148-178, accesible en: <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/676>.

¹³¹ Registro Nacional de Actividad 2015 – Registro SEF, *Informe estadístico de Técnicas de Reproducción Asistida 2015*, pp. 44-49, accesible en: <http://www.cnrha.mscbs.gob.es/registros/actividades.htm>.

¹³² Ello se debe seguramente a que, a fecha de finalización de este trabajo, el Registro de Donantes todavía se encuentra en fase de pilotaje. Para más información, *vid. supra* nota 100.

¹³³ Se trata de un registro telemático del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña que recoge, de manera centralizada y sistemática, datos de los centros y servicios autorizados de reproducción asistida radicados en toda la comunidad. En 1993, se creó el primer registro en papel denominado FIVCAT, que recogía datos relativos al volumen de actividad de los centros, y a las características de los tratamientos y de las mujeres que se sometían a ellos. En 2001, el registro pasó a recoger los datos a través de Internet, lo que provocó un cambio en la denominación del registro que se ha mantenido hasta la actualidad (FIVCAT.NET). Los centros y servicios autorizados catalanes están obligados a suministrar la información, de manera que ello permita a la Generalitat tener constancia de la dimensión de las TRA, así como de los resultados obtenidos tras su aplicación. Los datos se van publicando bianualmente y los objetivos de esta base de datos pasan por mejorar el servicio, sus

del número de donantes que en el año 2014 aportaron su material genético para que pudiera ser utilizado por terceros con fines reproductivos. Del total de 1.169 donantes, 566 contribuyeron con su material genético a inseminaciones artificiales, mientras que 566 lo hicieron a técnicas más complejas como la FIV o la ICSI. El informe también ofrece información acerca del perfil social de los donantes, datos que hasta ahora ningún otro registro ha recogido en España. Así pues, con relación a la edad, el grupo mayoritario de donantes en Cataluña, que representa un 31,4% del total, tiene entre 25 y 29 años, mientras que solo el 0,2% supera los 39 años. Por otro lado, los datos demuestran que un 15,1% de los donantes convive en pareja, frente al 60,2% que no lo hace, aunque tal dato no consta en el 24,6% restante. Respecto a la ocupación, la mayoría de los donantes son estudiantes, que representan un 59,8% del total. A continuación están los asalariados con un 21%, los parados con un 5,6%, los empresarios o profesionales independientes con un 1,7% y, por último, aquellos incluidos en la categoría «otros» con un 1,1%. En relación con el nivel de educación, resulta interesante apuntar que un 69,2% de los donantes posee un título universitario¹³⁴.

2.4.6. La influencia del anonimato en la autoinseminación

El contexto actual existente en España provoca que determinadas mujeres o parejas partidarias del no anonimato se planteen el recurso a métodos reproductivos alternativos como la autoinseminación, práctica

características, así como los resultados obtenidos tras la aplicación de las TRA: <https://scientiasalut.gencat.cat/handle/11351/987>.

¹³⁴ En este sentido, *vid.* p. 41 del último informe publicado: <http://hdl.handle.net/11351/3115>.

que sí les permite seleccionar al donante de gametos, ya sea recurriendo a la compraventa de material genético de un donante identificable, o contactando con un tercero, conocido o amigo, que se preste a aportar su material genético –donante conocido-¹³⁵. No obstante, el fundamento de esta decisión varía en cada caso concreto.

La opción de recurrir a una inseminación con espermatozoides de donante suele considerarse seriamente por parte de la mujer que planea someterse a ella, así como, en su caso, por parte de su pareja, ya que se trata de una persona que irremediablemente dejará una huella genética en el futuro hijo que nazca tras la inseminación. En España no es posible que la usuaria o su pareja seleccionen al donante de gametos, al tratarse de una tarea que corresponde en exclusiva al personal médico encargado de la inseminación, por lo que la receptora y, en su caso, su pareja, deben confiar en que dicho personal haya procurado garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica de la muestra con la usuaria (art. 6.5 LTRHA). Además, si la usuaria o pareja desean obtener información acerca del donante, solo podrán tener constancia de sus características fenotípicas, lo que seguramente no resultará suficiente para disipar todas sus dudas. Por otra parte, el hecho de no poder recibir información del donante en lo relativo a su estado civil, estudios, profesión, gustos personales, cultura o religión, puede resultar igualmente poco alentador para determinadas mujeres o parejas que optarían por la inseminación en un centro o servicio autorizado.

¹³⁵ Sobre la diferencia que existe entre un donante identificable y uno conocido, *vid. supra* apdo. II del presente capítulo.

En cambio, la compraventa de esperma de donante en un banco de gametos extranjero suele permitir el conocimiento de estos últimos datos (estado civil, estudios...), lo que puede ayudar a mujeres o parejas a convencerse más fácilmente de que un hombre en particular es la persona óptima que están buscando para llevar a cabo un proceso reproductivo como el de la autoinseminación. De hecho, algunos bancos permiten acceder a esta información incluso cuando el donante es anónimo¹³⁶. Ahora bien, la posibilidad de acceder a un perfil ampliado de un donante anónimo o identificable plantea un problema, y es que se desconoce hasta qué punto los datos que facilitan los bancos se ajustan a la realidad¹³⁷. En el caso de que el donante sea anónimo, el problema tiene difícil solución dado que no existe forma alguna de verificar esta información. De modo semejante, en el supuesto de que el donante sea identificable, la usuaria o pareja tampoco puede cerciorarse de su autenticidad, pues su identidad solo se revelará bajo petición del hijo nacido llegada una determinada edad

¹³⁶ Así, por ejemplo, el banco de esperma Cryos International no solo permite seleccionar las características físicas o psíquicas del donante, sino que también permite acceder, en determinados casos, a su perfil ampliado. En ellos se incluyen fotografías de la infancia del donante, multitud de respuestas a preguntas sobre su estilo de vida y sus experiencias personales, un árbol genealógico con datos –no identificativos– de sus familiares más cercanos, así como una nota escrita de su puño y letra en la que expone los motivos por los que se ha hecho donante de gametos. *Vid.* un ejemplo (en inglés) de perfil ampliado en el siguiente enlace: <https://dk-es.cryosinternational.com/media/extendedprofiles/1117800836573.pdf> (consultado el 20.7.2017). Nótese, sin embargo, que Cryos no ha sido la primera empresa en ofrecer esta posibilidad, ya que algunos bancos estadounidenses como el California Cryobank (<https://cryobank.com/>) disponen del *extended profile* desde hace años.

¹³⁷ De hecho, en un estudio que analizó 48 perfiles extendidos de donantes publicados en un total de seis de los bancos de esperma más grandes de Estados Unidos, se concluyó que la información proporcionada a potenciales clientes sobre la clase social de los donantes era inexacta, tras haberse detectado varias inconsistencias entre sus descripciones personales y las imágenes que estos proporcionan de su propia infancia. Para más información, *vid.* Ya'arit BOKEK-COHEN, "A visual semiotic analysis of sperm donors' baby photos as major marketing material at the s[u]permarket", *Visual Communication*, vol. 16, núm. 2, pp. 239-263, pp. 250-253-

(generalmente, al alcanzar la mayoría de edad). Tal contexto provoca que muchas usuarias y, en su caso, sus respectivas parejas prefieran optar por un donante conocido, de forma que puedan asegurarse seleccionar a la persona óptima para realizar la donación.

En cualquier caso, en ordenamientos donde la regla es el anonimato del donante de gametos, la selección de un donante identificable o conocido en el seno de la autoinseminación también permite garantizar que el menor que nazca tras dicho proceso pueda conocer su origen biológico de forma análoga a lo que ocurre en el caso de la adopción. Lo cierto es que esta última cuestión resulta de vital importancia para muchas mujeres pero, en especial, para aquellas que asumen la maternidad en solitario o que mantienen una relación con otra mujer¹³⁸. En estos casos, es evidente que un tercero ha contribuido a la concepción, lo que hará que el menor se cuestione necesariamente su origen.

En último término, cabe señalar que la selección de un donante conocido permite optar por un hombre que no solo quiera aportar sus gametos, sino que también pretenda involucrarse en cierta medida en la

¹³⁸ Un estudio llevado a cabo en los años 2000 y 2001 en Reino Unido (período en el que todavía regía legalmente el anonimato del donante en el ámbito de la reproducción asistida –vid. nota 125-) pone de manifiesto que de entre las trece mujeres entrevistadas que habían recurrido a autoinseminación para concebir su primer hijo en el marco de una relación con otra mujer, la mayoría (12) consideró que el hecho de que este método permitiera con posterioridad que el hijo tuviera algún tipo de conocimiento sobre sus orígenes genéticos, constituyó un aspecto clave a la hora de decantarse por este tipo alternativo de inseminación: *vid.* ALMACK, *cit.*, pp. 9-11. Similarmente, otros estudios realizados sobre homoparentalidad en Australia, Canadá o Estados Unidos sugieren que entre un 20 y un 30% de las parejas de mujeres concibe recurriendo al esperma de un donante conocido, siendo la autoinseminación el método de concepción más utilizado por ellas. *Vid.* KELLY, “An alternative conception...”, *cit.*, pp. 150-151 y los estudios que allí se citan.

vida del menor¹³⁹, un extremo que queda descartado de plano cuando se hace uso de un donante anónimo o identificable. En efecto, existe un sector de mujeres solas y parejas de mujeres que busca donantes de esperma dispuestos a mantener cierto contacto con el hijo que nazca tras la inseminación. Los grados de implicación son muchos y muy variados, y pueden suponer desde un mero compromiso de conocer al menor, si este así lo desea¹⁴⁰, hasta el ejercicio de responsabilidades parentales¹⁴¹. Es habitual que estos extremos se pacten inicialmente con el donante mediante la suscripción de un acuerdo verbal o escrito,

¹³⁹ KELLY, “An alternative conception...”, *cit.*, p. 155.

¹⁴⁰ Un estudio llevado a cabo a 382 donantes del sitio web británico Pride Angel pone de manifiesto que los hombres homosexuales y bisexuales expresan una mayor preferencia por la donación no anónima, a la vez que son más propensos a contactar con los hijos concebidos mediante su material genético, mientras que los heterosexuales buscan con mayor frecuencia donar anónimamente: T. FREEMAN, V. JADVA, E. TRANFIELD y S. GOLOMBOK, “Online sperm donation: a survey of the demographic characteristics, motivations, preferences and experiences of sperm donors on a connection website”, *Human Reproduction*, vol. 31, núm. 9, 2016, pp. 2082-2089, p. 2087.

¹⁴¹ En este sentido, *vid.* Copadres.net (<https://www.co-padres.net/>), un sitio web que opera en España y otros países de Latinoamérica, y que pone en contacto a donantes de esperma con mujeres y parejas que buscan una *coparentalidad*. La página define este concepto como un «un acuerdo entre dos o más personas que deciden tener un bebé juntos sin estar en pareja», y añade que «la coparentalidad, hetero u homoparental, se puede concebir como una donación de esperma a través de la cual el donante de semen juega un cierto papel en la crianza del niño(a), definido de antemano por las personas implicadas». A nivel internacional, sitios web como Free Sperm Donations Worldwide (www.free-sperm-donations.com) o DIY Baby (www.diy-baby.com) fueron los primeros en facilitar el contacto entre donantes de esperma y parejas de mujeres o mujeres solas al margen de cualquier centro o servicio autorizado, así como en ofrecer asesoramiento sobre los posibles acuerdos privados que pueden suscribirse en relación con la concepción y crianza de un hijo: An RAVELINGIEN, Veerle PROVOOST y Guido PENNING, “Creating family through connection websites and events: ethical and social issues”, *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 33, núm. 4, 2016, pp. 522-528, p. 523. En la actualidad, existen incluso aplicaciones móviles que facilitan la búsqueda, bien de donantes de esperma conocidos, bien de personas dispuestas a ejercer una coparentalidad: *vid.*, por ejemplo, *Modamily* (<http://www.modamily.com/>).

aunque en la mayoría de casos ello no implica necesariamente que deba quedar determinada legalmente su paternidad¹⁴².

En definitiva, la selección del donante constituye un factor sumamente relevante a la hora de optar por la autoinseminación, dado que no solo permite a la mujer o pareja obtener información relevante acerca del perfil del hombre que aportará sus gametos, sino también garantizar que su futuro hijo podrá conocer sus orígenes, relacionarse con su progenitor biológico, o incluso tener un referente parental.

2.5. Inviabilidad del recurso a la adopción nacional e internacional

Tal y como se ha puesto de manifiesto, las restricciones de acceso a TRA, las listas de espera presentes en los centros públicos para recurrir a la IA, el coste de los tratamientos en el sector privado, o la regla del anonimato del donante han influido de forma relevante en el incremento de casos de autoinseminación en España. Sin embargo, estos no son los únicos motivos que pueden justificar el recurso a este método reproductivo alternativo. En un segundo plano, existe también otra justificación que puede influir, indirectamente, a la hora de optar por este tipo de inseminación: las dificultades existentes en la actualidad para recurrir a la adopción nacional y/o internacional.

¹⁴² Así lo ponen de manifiesto algunos casos resueltos por los tribunales de Australia o Estados Unidos, en los que la controversia principal se centra en el incumplimiento del acuerdo suscrito con motivo de la autoinseminación por mujeres solas o parejas de mujeres y el donante de esperma. En Australia *vid.*, por ejemplo, *Wilson and Anor & Roberts and Anor* [(No. 2) [2010] FamCa 734] o *Reiby & Meadowbank & Anor* ([2013] FCCA 2040); y en Estados Unidos, *Jbordan C. v. Mary K.* ([1986] 179 Cal. App.3d 386) o *Thomas S. v. Robin Y.* [209 A.D.2d 298 (N.Y. App. Div. 1994)].

En España, cualquier persona que cumpla con los requisitos establecidos legamente está legitimada para iniciar un proceso de adopción¹⁴³. Además, cabe la adopción conjunta cuando los adoptantes estén casados o convivan en una relación de afectividad análoga a la matrimonial (arts. 175.4 CC y 235-30.2 CCCat y Ley 58 *in fine* FN [ref. 2019])¹⁴⁴. Ahora bien, las dificultades que presenta la adopción – nacional e internacional- no se centran en los requisitos que debe

¹⁴³ El adoptante debe ser una persona física con plena capacidad de obrar, mayor de 25 años –si se recurre a la adopción conjunta, basta que uno de los dos tenga dicha edad-, no privada o suspendida de la potestad parental y que obtenga la declaración de idoneidad. Además, la diferencia de edad entre adoptante y adoptado debe ser de, al menos, 16 años y no podrá ser superior a 45, salvo en los casos en los que no se requiera propuesta de idoneidad de la Entidad Pública (arts. 175 y 176 CC). En Navarra, se exige la misma diferencia de edad entre adoptante y adoptado (Ley 58, par. 2º, FN [ref. 2019]), mientras que en Cataluña esta se fija en 14 años (art. 235-30 CCCat).

¹⁴⁴ En España, la adopción por matrimonios homosexuales es una realidad desde que se produjo la equiparación de derechos para los matrimonios entre personas del mismo sexo en el año 2005. A su vez, la Ley 13/2005 modificó el art. 175.4 CC al objeto de reconocer la posibilidad de adoptar al hijo del cónyuge cuando el matrimonio se hubiera celebrado con posterioridad a la adopción. Aunque el precepto solo hacía referencia al matrimonio, las parejas de hecho heterosexuales también podían adoptar conjuntamente en España desde la aprobación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (BOE núm. 275, 17.11.1987), cuya DA 3ª advertía que «las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal». Pese a la equiparación de derechos para los matrimonios entre personas del mismo sexo, la interpretación literal de este precepto, referido al hombre y a la mujer, obligaba a excluir la posibilidad de que las parejas del mismo sexo no unidas por vínculo matrimonial pudieran adoptar de forma conjunta. Más recientemente, la aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, 29.7.2015) [Ley 26/2015] ha supuesto de nuevo la modificación del art. 175.4 CC a fin de reconocer, en términos generales, la capacidad de las parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal de adoptar de forma conjunta, lo que elimina definitivamente cualquier discriminación basada en la orientación sexual o el estado civil de los adoptantes. Nótese, sin embargo, que previa reforma del legislador estatal, algunas comunidades autónomas como Navarra (2000), País Vasco (2003), Aragón (2004), Cataluña o Cantabria (2005) ya reconocían esta posibilidad en sus respectivas legislaciones en materia de uniones estables de pareja.

cumplir el/los adoptante/s para iniciar un proceso de adopción, sino en la complejidad del procedimiento y en el cada vez menor número de menores que actualmente son susceptibles de adopción.

Con respecto a la adopción nacional, es importante señalar que son las propias CC.AA. las encargadas de gestionar los procedimientos de adopción en su territorio, lo que implica la existencia de diversidad de requisitos y trámites a considerar en función del territorio en el cual se inicie la solicitud. Asimismo, para poder adoptar, muchas autonomías exigen residir en la propia comunidad, lo que limita todavía más las opciones de los posibles adoptantes, dado que el número de menores susceptibles de adopción se reduce¹⁴⁵. En términos generales, los procedimientos suelen ser complejos y prolongados, lo que sin duda desincentiva la adopción. Por otro lado, la mayoría de las autonomías presenta listas de espera para adoptar, algunas de las cuales incluso están cerradas en la actualidad¹⁴⁶, lo que les impide siquiera iniciar el procedimiento a los interesados¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Foral Navarra, de acuerdo con el art. 74.a) de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia [BOE núm. 147, 14.12.2005].

¹⁴⁶ Esta es la situación actual en Cataluña, donde no se pueden iniciar procedimientos de adopción nacional desde 2011. *Vid.* Resolución BSF/1871/2011, de 19 de julio, de suspensión transitoria de los procesos de valoración para la adopción de menores en Cataluña (DOGC núm. 5930, 28.7.2011).

¹⁴⁷ A nivel nacional, los datos oficiales señalan que en 2017 680 menores fueron adoptados, pese a que 2.730 familias idóneas estaban pendientes de asignación en toda España. La comunidad con más adopciones fue Andalucía (14,56%), seguida de la Comunidad Valenciana (14,41%) y Madrid (10,88%); MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia*, núm. 20, datos 2017, pp. 43, 83 y 89, accesible en: <http://www.observatoriodelainfancia.mscbs.gob.es/estadisticas/estadisticas/home.htm>.

A nivel internacional, el procedimiento de adopción también se caracteriza por ser largo, complejo y costoso¹⁴⁸. Además, a todo ello hay que sumar que, por un lado, cada vez hay menos menores en situación de adoptabilidad en otros países¹⁴⁹ y, por otro, que se está produciendo un cambio en el perfil de los menores susceptibles de adopción, ya que los posibles adoptandos son cada vez mayores¹⁵⁰. Este contexto, unido al hecho de que el procedimiento se prolongue durante muchos años y sea costoso económicamente, además de incierto, desincentiva el recurso a la adopción internacional¹⁵¹.

En definitiva, las dificultades que se plantean en el contexto de la adopción nacional e internacional son un factor que, indirectamente, puede influir en el incremento de casos de autoinseminación, un método que, pese a presentar otros inconvenientes, permite formar una

¹⁴⁸ Dependiendo del país, el coste de la adopción internacional va desde los 5.000 a los 30.000 euros: Pilar ÁLVAREZ, “Las adopciones de niños extranjeros se desploman en España en apenas una década”, *El País*, 30.1.2019: https://elpais.com/sociedad/2019/01/29/actualidad/1548791578_921945.html (consultado el 21.7.2019).

¹⁴⁹ Destaca, por ejemplo, el fuerte descenso experimentado en China y Rusia. En la primera, se ha pasado de 291 adopciones constituidas por ciudadanos españoles en el 2013, a solo 85 en el año 2017. En la segunda, se ha reducido de 349 adopciones en 2013, a únicamente 54 en 2017: MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, *cit.*, p. 108. En términos totales, en poco más de una década el número de adopciones de menores extranjeros en España ha pasado de 5.441 a 531, representando una reducción de más del 90%: ÁLVAREZ, *cit.*, 30.1.2019.

¹⁵⁰ En 2013 el número de menores extranjeros adoptados en España de entre 7 y 10 años representaba únicamente el 8,07% del total, una cifra que ha ascendido hasta el 21,47% en 2017: MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, *cit.*, p. 106.

¹⁵¹ En 2017, 531 menores de otros países fueron adoptados en España. El continente del que provienen la mayoría de los adoptados es Asia (269), seguido de Europa (142), África (71) y, por último, América (49). Vietnam y China son los países en los que se producen más adopciones por ciudadanos españoles: el 18,46% y el 16,01% del total, respectivamente: MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, *cit.*, pp. 92, 97 y 108.

familia sin necesidad de adentrarse en un procedimiento tan largo y costoso. La incidencia indirecta de este fenómeno se debe a que el modelo de familia que recurre a la adopción no tiene por qué ser el mismo que el que recurre a la autoinseminación, en la cual puede tener cierto peso el elemento genético-biológico.

2.6. Decisiones reproductivas privadas

En general, las mujeres que recurren a autoinseminación no padecen problema alguno de esterilidad que les obligue a tratarse en un centro o servicio sanitario, por lo que consideran que la decisión de cuál debe ser el método más óptimo para lograr la concepción se encuadra en la esfera de su vida privada. Más concretamente, algunas argumentan que esta decisión se enmarca en su derecho a controlar la propia fertilidad¹⁵². Entre los motivos que algunas de ellas aducen a la hora de optar por esta vía, son recurrentes aquellos que se refieren a la autoinseminación como un método más íntimo y mucho menos invasivo que cualquier TRA, factores que influyen en gran medida a la hora de tomar una decisión de estas características¹⁵³.

En efecto, el procedimiento a llevar a cabo cuando se recurre a la autoinseminación es más privado o íntimo que cualquiera de los que se realizan en un centro o servicio autorizado, dado que son los propios usuarios los que controlan todo el proceso. Este tipo de inseminación permite seleccionar qué gametos masculinos se van a utilizar, cuántos intentos se van a llevar a cabo, dónde y cuándo se realizarán las inseminaciones y quiénes podrán asistir y participar en el proceso.

¹⁵² MCNAIR *et al.*, *cit.*, p. 44.

¹⁵³ KELLY, “An alternative conception...”, *cit.*, pp. 158-159.

Además, conviene subrayar que esta última posibilidad, en particular, suele ser de gran relevancia en el seno de parejas de mujeres, ya que permite a ambas «participar» en el proceso de concepción del futuro hijo que nazca. En el ámbito de la privacidad como factor determinante, deben incluirse asimismo aquellos supuestos en los que el usuario recurre a este tipo alternativo de inseminación con fines preventivos, esto es, para evitar la transmisión horizontal del VIH al otro miembro de la pareja¹⁵⁴.

Por otro lado, cabe tener en cuenta que este tipo de inseminación resulta una práctica menos invasiva que cualquier TRA. De hecho, se trata de un proceso natural que no requiere una preparación previa. La autoinseminación imita la procreación natural, con la única diferencia de que se recurre a un método instrumental para introducir el espermatozoides en el órgano reproductor femenino. Por esta razón, permite prescindir de tratamientos como la estimulación ovárica, cuya aplicación es habitual cuando se realiza una IA en un centro o servicio autorizado¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Sobre esta cuestión, *vid. supra* apdo. IV.1, relativo a los usuarios.

¹⁵⁵ Conscientes de esta circunstancia, algunos centros o servicios autorizados actualmente ofrecen la posibilidad de que las usuarias se realicen una «inseminación natural» en sus instalaciones. Esta técnica, que prescinde de la estimulación ovárica, se define como el tratamiento «menos intervencionista y medicalizado posible», y se diferencia de la autoinseminación por el hecho de que el espermatozoides se deposita directamente en el útero y no en la vagina. El centro catalán CRA Clínica Sagrada Familia es uno de los que ofrece tal posibilidad y, de hecho, lo publicita como «la alternativa más segura a la inseminación casera»: <https://www.reproduccion-asistida.com/inseminacion-natural-la-alternativa-mas-segura-la-inseminacion-casera/> (consultado el 3.12.2018). En otros ordenamientos jurídicos, en cambio, los centros autorizados han optado por ofrecer un programa de autoinseminación propio, en el que brindan asesoramiento a la usuaria o pareja y le proveen el espermatozoides de donante necesario para su realización proporcionándole, a su vez, instrucciones detalladas sobre cómo realizar el proceso en la comodidad de su hogar. Un ejemplo de ello es el «Home Insemination Program» del centro canadiense *Repromed - The Toronto Institute for Reproductive Medicine*, que lleva operativo al menos, desde el año 2010: https://www.repromed.ca/home_insemination.html (último acceso 15.2.2019).

En definitiva, la capacidad de controlar por completo el proceso, así como el carácter poco invasivo del método, o la posibilidad de utilizarlo con fines preventivos, pueden constituir razones de gran relevancia para los usuarios a la hora de optar por un método como la autoinseminación.

V. Obtención del material genético necesario para la autoinseminación

Una vez se ha delimitado el concepto de autoinseminación, y se han identificado sus posibles usuarios, así como las razones que pueden justificar su utilización, cabe centrar la atención en los medios posibles de adquisición del material genético necesario para su realización. Salvo en el supuesto de pareja heterosexual en que el hombre aporta sus propios gametos para lograr la concepción, la autoinseminación se realiza generalmente con el material genético de un tercero. Dado que ni los bancos ni los centros y servicios autorizados españoles proveen esperma directamente a los particulares¹⁵⁶, en términos generales, son dos las modalidades principales de obtención del material genético necesario para llevar a cabo una autoinseminación: la compraventa y la donación.

Cuando se recurre a la compraventa de material genético, el usuario tiene diferentes posibilidades a su alcance. En primer lugar, el esperma

¹⁵⁶ También ponen de manifiesto esta circunstancia: Flor ARIAS APARICIO, Pilar NICOLÁS JIMÉNEZ y Sergio ROMEO MALANDA, “Aspectos jurídicos de la obtención, utilización y circulación de los gametos humanos”, *Indret* 3/2018, pp. 1-64, p. 29, accesible en: <http://www.indret.com/pdf/1402.pdf>.

puede adquirirse mediante su compraventa en línea en alguno de los bancos de espermatozoides extranjeros que ofrecen esta posibilidad. En el ámbito europeo, los bancos daneses, European Sperm Bank y muy especialmente Cryos International Bank, han monopolizado hasta ahora la venta de espermatozoides online a particulares. Se trata de empresas que operan al amparo de la normativa danesa y de la Directiva Europea 2004/23/CE, de 31 de marzo, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos¹⁵⁷. Estos bancos ofrecen la posibilidad de adquirir material genético de donante anónimo o identificable, a la vez que permiten seleccionar ciertas características físicas del hombre que dona el espermatozoides, tales como su raza, color de ojos, altura o incluso grupo sanguíneo. Una vez se realiza la compra, el banco envía el material genético al domicilio del comprador, acompañado de un kit de inseminación doméstica y de las instrucciones sobre cómo realizar el proceso¹⁵⁸. Se calcula que hasta el año 2017 solo gracias al banco Cryos más de 2.000 mujeres habrían logrado ser madres en España¹⁵⁹. En segundo lugar, el material genético también puede obtenerse mediante su compraventa directa a un tercero¹⁶⁰. Con tal propósito, los donantes

¹⁵⁷ (DOUE L 102, 7.4.2004).

¹⁵⁸ Un análisis sobre la naturaleza de este tipo de contratos puede verse en QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, pp. 371-376, para quien de acuerdo con el ordenamiento jurídico español se trata de transacciones con causa ilícita, al vulnerar reglas y principios imperativos.

¹⁵⁹ YAGÜE, *cit.*, 22.7.2017. Un año antes, otro periódico afirmaba que hasta el año 2016 habrían nacido en España entre 500 y 1.500 bebés gracias al mismo banco danés: *vid.* REGO, *cit.*, 3.1.2016.

¹⁶⁰ Para QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, p. 371 «esta compraventa es nula, por ilicitud de la causa o por ser contraria a reglas imperativas

ofertan su espermia en numerosas páginas web a cambio del pago de una contraprestación económica¹⁶¹.

Por el contrario, cuando se obtiene por donación, el material genético puede proceder de un hombre conocido o desconocido para la usuaria o pareja. Existen numerosas posibilidades en el ámbito de la donación, que van desde solicitar el espermia a un conocido, amigo o familiar, hasta contactar con un hombre que ofrece gratuitamente su espermia con fines reproductivos¹⁶². En ambos casos, el donante conocido –lo es para la usuaria o pareja una vez dona su material genético- puede únicamente aportar su material, o bien comprometerse a jugar un determinado papel en la vida del menor que nazca a consecuencia de la inseminación¹⁶³.

De acuerdo con la legislación vigente, ambos medios de adquisición de espermia resultan problemáticos por diversas razones. Más concretamente, la cuestión central para determinar si la práctica de una autoinseminación puede suponer la infracción de la LTRHA es precisamente si este método reproductivo puede considerarse una TRA. Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, como se verá a continuación, tanto la fase preparatoria del proceso como la propia

(art. 6.3 CC)», como lo es la adquisición onerosa del espermia en un banco de semen internacional.

¹⁶¹ *Vid. infra* nota 97.

¹⁶² QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, pp. 369-370, considera que en el primer supuesto estaríamos ante una verdadera donación o regalo de semen que no es contrario a ninguna norma, y no siendo el segundo distinto al primero -solo cambia el modo en el que la mujer conoce al donante-, tampoco existen problemas para admitir su licitud siempre y cuando la disposición de semen sea gratuita.

¹⁶³ *Vid. supra* nota 141.

inseminación contravendrían diversos preceptos de la normativa. En caso de respuesta negativa, la autoinseminación se encontraría en una situación de ilegalidad, y el hecho de recurrir a ella únicamente tendría consecuencias, como se pondrá de manifiesto en el apartado siguiente y, más detalladamente, en el capítulo tercero, con respecto a la filiación del hijo nacido¹⁶⁴.

De considerarse que la autoinseminación es una TRA y, por ende, que resulta de aplicación lo dispuesto en la LTRHA, en primer lugar, su realización contravendría el art. 4.1 LTRHA, según el cual «la práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida sólo se podrá llevar a cabo en centros o servicios sanitarios debidamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria correspondiente». En segundo lugar, la posibilidad de que la mujer o pareja elija al donante de gametos, ya sea adquiriendo el espermatozoides en un banco o contactando directamente con el mismo, contravendría la regla que impone el art. 6.5 LTRHA, según la cual «en ningún caso podrá seleccionarse personalmente el

¹⁶⁴ También se muestran contrarios a considerar ilegal esta práctica ABAD KOEFOED, *cit.*, pp. 392-405; ARIAS APARICIO, NICOLÁS JIMÉNEZ y ROMEO MALANDA, *cit.*, p. 29; y QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, pp. 367-367, quien asegura que la autoinseminación «(...) como acto consistente en que una mujer introduce semen en su vagina con la ayuda de una jeringuilla, sin que medie relación sexual ni asistencia médica, está permitida al no estar prohibida expresamente por la ley ni contrariar derechos prevalentes protegidos por el Ordenamiento». Y añade que «igual que el Ordenamiento no puede prohibir que una mujer, ejerciendo su libertad sexual, mantenga relaciones que pueden llevar a la reproducción, tampoco puede prohibir que una mujer se reproduzca sin mantener relaciones sexuales, de forma «doméstica», no asistida (...)». El mismo argumento con respecto a Argentina puede verse en Mariana DE LORENZI y Lorena CAPELLA, “Las “TRHAS domésticas”. Una realidad ¿silenciada? por el legislador”, *Congreso internacional de derecho de las familias, niñez y adolescencia. Paradigmas y nuevos desafíos*, Comisión 2. Bioética y familias TRHA. Dignidad, autonomía y derecho al propio cuerpo. Robótica persona, Mendoza (Argentina), 9-11 de agosto de 2018, pp. 1-8, p. 4, accesible en: <https://docplayer.es/94189587-Comision-2-ponencia-las-trha-domesticas-una-realidad-silenciada-por-el-legislador-autoras.html>.

donante a petición de la receptora», ya que «en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación». En tercer lugar, el hecho de que la mujer o pareja pueda optar por un donante identificable o conocido para practicar la autoinseminación, ya sea por compraventa o donación, contravendría la exigencia del anonimato impuesta por el art. 5.5 LTRHA¹⁶⁵.

Por otra parte, si el espermatozoides se adquiere por compraventa, esta práctica también contravendría la exigencia de que el contrato de donación sea gratuito, formal y confidencial entre donante y el centro autorizado (art. 5, apdos. 1 y 5, LTRHA). De acuerdo con la legislación española, el carácter de este tipo de contrato no debe ser en ningún caso lucrativo o comercial, lo que implica que no pueda suponer un incentivo económico para la donación y, por ende, solo se puedan compensarse las molestias físicas, así como los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación (art. 5.3 LTRHA)¹⁶⁶. En la

¹⁶⁵ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que como la normativa española permite a una «pareja» heterosexual no casada tratarse conjuntamente, y a tal efecto no exige acreditar la existencia de una relación estable, ya sea mediante la demostración de un período determinado de convivencia, la residencia en un domicilio común, la inscripción de la pareja en un registro público, o cualquier otro requisito que pruebe la existencia de una relación entre ambos, en la práctica, podría darse el caso de que una mujer acuda a un centro o servicio autorizado con un donante conocido y consiga tratarse con éxito, alegando que se trata de su pareja. Si bien las clínicas no disponen de mecanismos para evitar este tipo de situaciones y probablemente procederán con el tratamiento, tras el nacimiento del hijo, la legislación tratará al donante como un progenitor al que cabe atribuir responsabilidades parentales.

¹⁶⁶ Estas y otras cuestiones ya se pusieron de relieve en una nota informativa publicada en noviembre de 2015 por la SEF, con la colaboración de ASEBIR y de ASES, a raíz de la aparición en prensa de algunas noticias relacionadas con la venta de espermatozoides de donante. Este misiva, titulada «Nota sobre el ofrecimiento de “Inseminación en casa” que realizan algunos bancos de semen», puede leerse en el

obtención del material genético por compraventa, el banco o el propio donante exige el pago de una contraprestación económica a cambio de la entrega del espermatozoides al particular y, a su vez, desaparece la confidencialidad cuando la compraventa tiene lugar directamente entre donante conocido y comprador, sin que en ningún caso intervenga un centro autorizado. En el supuesto de que se adquiriera espermatozoides de donante identificable procedente de un banco de gametos extranjero, a

siguiente enlace: <http://www.sefertilidad.net/newsletter/newsletter19.html> (consultado el 15.7.2017). La publicación de esta nota provocó el inicio de un procedimiento judicial, a raíz de la demanda interpuesta por intromisión ilegítima en el derecho al honor por el banco de gametos Cryos International-Denmark APS contra las tres sociedades suscriptoras: *vid.* Ángel VILLARINO, “El mayor banco de espermatozoides del mundo lleva a España a los tribunales”, *El Confidencial*, 28.10.2016: https://www.elconfidencial.com/espana/2016-10-28/banco-esperma-mundo-tribunales-cryos_1282061/ (consultado el 16.7.2017). Finalmente, la SJPI núm. 45 de Madrid, de 9.4.2018 (esta sentencia no está disponible en ninguna base de datos, por lo que no puede citarse su referencia) desestimó la demanda, al considerar que «las manifestaciones supuestamente lesivas contenidas en la Nota de 5 de noviembre de 2015, emitidas por la SEF, no vulneraban el honor de la Entidad demandante, encontrándose amparadas por el derecho a la libertad de expresión e información». Más concretamente, la sentencia consideró que la nota tenía como objetivo poner en conocimiento del público en general los riesgos que conlleva la autoinseminación desde la perspectiva de la legislación española, por ser este el país en el que se emitía la información y en el que se debe aplicar dicha normativa, estimando inocua la legislación aplicable a su país –Dinamarca-, y si en el mismo Cryos cumple los requisitos que marca su propia legislación. La juzgadora añadió que el hecho de que se discutiese si la autoinseminación es o no una inseminación artificial, no desvirtuaba «el interés público de la Nota en la que se mezclan elementos valorativos e informativos, es decir se expresan pensamientos, ideas y opiniones que se encuentran garantizados por la libertad de expresión, a lo que se unen unos hechos (...) avalados por el derecho a la libertad de información; situación que permite atender al elemento preponderante (libertad de expresión e información)». La sentencia consideró asimismo que la información era esencialmente veraz, habida cuenta de que el 11 de octubre de 2016 el Ministerio de Sanidad había emitido una nota informativa sobre la autoinseminación, en la cual se ponían también de manifiesto los riesgos de esta práctica. Unos días más tarde, la prensa se hacía eco de la resolución: *vid.* Soledad VALLE, “Un juzgado avala la actuación de tres sociedades científicas contra la “autoinseminación”, *Diario Médico*, 17.4.2018: <https://www.diariomedico.com/normativa/un-juzgado-avala-la-actuacion-de-tres-sociedades-cientificas-contra-la-autoinseminacion.html> (consultado el 10.4.2019). Sobre la nota del Ministerio de Sanidad a la que alude la sentencia, *vid. infra* nota 167.

priori la confidencialidad no desaparece, pues la identidad del donante es confidencial para la usuaria o pareja adquiriente del material genético. En estos casos es el hijo el único que eventualmente podrá solicitar el acceso a la identidad del donante, una vez alcance la edad requerida por el banco (en Cryos, por ejemplo, esta edad se fija en 18 años). Por lo tanto, la confidencialidad no se infringe al formalizar el contrato de compraventa, sino únicamente en el caso de que el hijo finalmente acceda a los datos identificativos del donante.

Además, si el espermatozoide se adquiere por compraventa en línea a un banco de gametos extranjero se presume que la empresa, antes de poner en venta el material genético, ha realizado los controles médicos necesarios exigidos por la legislación vigente del Estado en el que radica su sede, si bien estos no tienen por qué coincidir con los que requiere la normativa española. Sin embargo, si el espermatozoide se compra directamente al donante o bien se adquiere por donación no existen garantías de que este se haya sometido a los exámenes médicos preceptivos previa donación, lo que podría suponer el contagio de enfermedades de tipo genético o infeccioso tanto a la mujer que se insemina como a la posible descendencia. Esta cuestión en particular ha sido puesta de relieve por la nota informativa sobre la autoinseminación que publicó la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA) el 11 de octubre de 2015. En ella se señalaba que, de entre los diferentes riesgos que puede implicar este método, «(...) el más destacado es la posibilidad de que de tales prácticas se derive la generación de nacidos que sean sujeto de malformaciones o enfermedades congénitas, o sean portadoras de las mismas, o incluso la transmisión a aquéllas de diferentes enfermedades

infecciosas transmisibles a través del semen, entre las que se encuentran, además de otros, las provocadas por los virus del SIDA, la hepatitis C y otras enfermedades víricas emergentes, como el zika»¹⁶⁷.

En otro orden de cosas, cabe advertir que muchos ordenamientos jurídicos establecen una cuota legal máxima medida en términos de hijos nacidos que hayan sido generados con los gametos de un donante, o de familias creadas a partir de un donante, con el objetivo primordial de evitar la transmisión de enfermedades genéticas a la madre y a la posible descendencia. En España, esta cuota se mide en términos de hijos nacidos de un mismo donante y actualmente se fija en seis (art. 5.7 LTRHA)¹⁶⁸. Cuando se recurre a autoinseminación con contribución de donante, ya sea por compraventa o donación, se hace prácticamente imposible controlar las donaciones que efectúa cada donante, por lo que esta práctica también podría contravenir la cuota máxima establecida por el art. 5.7 LTRHA. Esta es, de hecho, una de las cuestiones más controvertidas con respecto a la actividad del banco

¹⁶⁷ La nota completa puede leerse en el siguiente enlace: <http://www.cnrha.mscbs.gob.es/informacionInteres/autoinseminacion/home.htm> (consultado el 15.7.2017). Frente a este tipo de afirmaciones, ABAD KOEFOED, *cit.*, p. 405 sostiene que todos estos riesgos «son los mismos inherentes a cualquier relación sexual o embarazo, es decir, son parte de los riesgos asociados a la propia reproducción humana».

¹⁶⁸ En el grupo de países que miden la cuota por hijos nacidos de un mismo donante, los límites varían: ascienden a 3 en Hong Kong o Singapur; a 5 en Sudáfrica; a 8 en Portugal y Suiza; a 10 en Francia y Grecia; y hasta 25 en Dinamarca. Entre los que miden la cuota por familias creadas a partir de un mismo donante, los límites se fijan entre 1 y 10 familias: 1 en Taiwán; 2 en Eslovenia; 3 en Letonia y Austria; 5 en China y Finlandia; 6 en Bélgica; y 10 en el Reino Unido o Nueva Zelanda. Además, destacan los casos de Suecia y Canadá, países en los que no existen cuotas que limiten las donaciones. Estos datos se extraen de un documento publicado por la SEF, ASES y ASEBIR titulado “Posicionamiento sobre el establecimiento de la cuota de descendientes por donante a partir de la creación del Registro Nacional de Donantes”, y que puede consultarse en el siguiente enlace (en especial, *vid.* p. 3): <http://www.sefertilidad.net/docs/noticias/posicionamiento2018.pdf> (consultado el 19.9.2018).

Cryos en España. Hasta julio de 2018, esta empresa permitía la adquisición directa de espermatozoides al particular, mientras que su máximo competidor a nivel europeo, European Sperm Bank, requería para ello la remisión de una autorización firmada por un profesional médico que certificase su supervisión en el proceso¹⁶⁹. El banco justificaba esta exigencia en la necesidad de asegurar que se reportase cualquier embarazo, aborto espontáneo o reacción adversa que se produjese como resultado del uso del espermatozoides obtenido en su banco. Por su parte, si bien Cryos incentivaba a los particulares a que comunicasen los embarazos resultantes del uso del material genético adquirido, el registro con el que cuenta el banco es meramente voluntario¹⁷⁰. Este *modus operandi*, unido a las posibles contravenciones de la normativa española en materia de TRA a las que acabo de hacer referencia, ha provocado que su negocio haya sido fuertemente cuestionado, tanto por los centros y servicios autorizados españoles como por el Gobierno central¹⁷¹. Pese a todas las objeciones, el banco ha seguido operando en España y en otros países con éxito. Sin embargo, las facilidades que han

¹⁶⁹ Esta autorización está publicada, en inglés, en el siguiente enlace: https://www.europeanspermbank.com/media/wysiwyg/home_insemination/pdf/C_S_TPL03-03_Authorization_for_Home_Insemination_15Nov2016.pdf (consultado el 12.7.2017).

¹⁷⁰ Al seleccionar un donante concreto, Cryos permite consultar si en un determinado país la cuota máxima de hijos nacidos de un mismo donante ha sido alcanzada. Sin embargo, se desconoce el grado de fiabilidad de los datos que maneja la empresa. Al hacer la consulta, el banco permite acceder a más información acerca de lo que denomina «*pregnancy quotas*», señalando que algunos países tienen una cuota máxima por donante que limita el número de embarazos, hijos o familias para los que este puede ser utilizado. El banco se justifica en este hecho para recordar a los usuarios la importancia de informar acerca de los embarazos, de manera que Cryos pueda seguir comprobando que esta cuota no se ha excedido en un país determinado.

¹⁷¹ *Vid. supra* notas 166 y 167, y las informaciones publicadas por algunos centros o servicios autorizados como, por ejemplo, el Instituto de Reproducción Cefer (Barcelona) (<https://www.institutocefer.com/blog/siete-razones-para-no-hacer-una-inseminacion-casera/>) [consultado el 10.4.2019].

situado a este banco danés como la primera opción para obtener espermatozoides de donante al margen de una clínica en España han desaparecido, ya que el 1 de julio de 2018 entró en vigor en Dinamarca una reforma de la Ley de Tejidos danesa (*Lov om ændring af lægemiddelloven og vævsloven*) que prohíbe el envío de espermatozoides directamente al domicilio de los particulares. En efecto, la regulación actual exige que el material genético, pese a que haya sido adquirido por un particular, sea enviado a un centro o servicio autorizado, a un departamento hospitalario o a un profesional de la salud autorizado (§9A). La reciente prohibición danesa persigue incrementar la trazabilidad del material genético con el fin de administrar el número de embarazos resultantes de cada donante, así como facilitar el seguimiento de cualquier hijo nacido con potenciales enfermedades genéticas¹⁷². Aunque todavía no puede valorarse el impacto de esta normativa en España, es probable que el número de compraventas de espermatozoides en línea se reduzca considerablemente en perjuicio de los usuarios que han decidido optar por la autoinseminación. De hecho, si quieren seguir decantándose por el mismo método para lograr la concepción, se verán obligados a comprar el material genético directamente al donante, o a recurrir a la donación al margen de un centro o servicio autorizado.

¹⁷² Esta disposición es accesible, en danés, en el siguiente enlace: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=188603> (consultado el 17.9.2018). En el portal divulgativo *RHA Profesional*, que recoge artículos y noticias relacionadas con las TRA, se afirma que la prohibición aprobada por la ley danesa «pone fin a una larga historia de desavenencias y reclamaciones realizadas desde hace tiempo por las autoridades sanitarias de algunos países europeos, tras recoger el sentimiento generalizado del sector y de sociedades científicas»: “La legislación danesa prohíbe la autoinseminación o inseminación en casa”, *RHA Profesional*, 18.7.2018: <http://www.rhaprofesional.com/la-legislacion-danesa-prohibe-la-autoinseminacion-o-la-inseminacion-en-casa/> (consultado el 10.4.2019).

En último término, no debe olvidarse que en este ámbito pueden surgir problemas derivados del incumplimiento del contrato de compraventa entre el banco de gametos y el particular¹⁷³, entre este último y el donante, o incluso entre el banco y el donante. Además, cuando el esperma se adquiere por donación, existe la posibilidad de que la mujer o pareja y el donante suscriban un acuerdo privado previamente a realizar la autoinseminación¹⁷⁴, lo que también podría resultar problemático no solo por su dudosa ejecutabilidad en caso de que los pactos afecten a cuestiones relativas a la filiación del hijo nacido, sino también por las consecuencias legales que puedan derivarse del incumplimiento de los mismos ante los más que probables cambios de opinión de las partes.

En cualquier caso, en virtud del art. 2.1 LTRHA, las técnicas de reproducción humana asistida que reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son aquellas relacionadas en el anexo de

¹⁷³ QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, p. 375, tras defender la nulidad de estos contratos por ilicitud de la causa, señala que «siendo realistas, será difícil que (...) se plantee ante los tribunales, y, aun planteándose, que se deriven los efectos de la nulidad absoluta (...). Lo primero porque son contratos que se ejecutan rápidamente (en dos días puede hacerse la entrega del semen adquirido y previamente abonado), y lo segundo porque, en el único caso que, imaginamos, puede llegar a los tribunales (exigencia de responsabilidad por falta de conformidad del bien), la imposibilidad de hacer la restitución y la necesaria protección del consumidor desaconsejarían la aplicación de las reglas sobre nulidad por causa ilícita». Y añade que «probar el incumplimiento de la empresa que entrega el semen es un *probatio diabólica*, pues el bien se habrá consumido sin dejar huella y será imposible probar que el resultado dañoso tiene su causa en la utilización de ese concreto semen».

¹⁷⁴ Estos acuerdos pueden tener por objeto desde la exclusión de la paternidad legal del donante hasta la concreción del rol que este desarrollará en la vida del menor, lo que en algunos casos podrá calificarse de acuerdo de coparentalidad o de multiparentalidad. Un análisis de esta problemática y el planteamiento de propuestas legislativas para tratar de resolverla puede verse *infra* en el capítulo cuarto (*vid.*, especialmente, apdos. I.2, II.4 y II.5).

la norma, entre las cuales no consta la autoinseminación, de manera que entiendo que no cabe considerarla como tal y, en consecuencia, cabe afirmar que su práctica no contravendría ningún precepto de la LTRHA, sin perjuicio de las consecuencias legales que puedan producirse en relación con la filiación del hijo que nazca, y que trataré de identificar a continuación.

VI. Problemática que suscita la autoinseminación en el ámbito de la determinación de la filiación del hijo nacido

La autoinseminación constituye una práctica reproductiva permitida al no estar expresamente prohibida por la ley. Sin embargo, la ausencia de regulación sobre este tipo de inseminación obliga a cuestionarse cuáles son las reglas de filiación que resultan de aplicación a los hijos concebidos por autoinseminación: bien las de la filiación por naturaleza, bien estas últimas en combinación con las especialidades que prevén los arts. 7 a 10 LTRHA (en Cataluña, con las reglas de la filiación derivada de TRA que prevé el CCCat).

Si se parte de la premisa de que la autoinseminación no constituye una TRA por no encontrarse entre las técnicas del Anexo de la LTRHA, tal y como exige el art. 2.1 de dicha norma, a los hijos concebidos por autoinseminación les resultarán de aplicación las reglas de la filiación por naturaleza que prevén las leyes civiles (CC, CCCat y FN)¹⁷⁵.

¹⁷⁵ En el mismo sentido, *vid.* ARIAS APARICIO, NICOLÁS JIMÉNEZ y ROMEO MALANDA, *cit.*, p. 29.

La consecuencia apuntada no es problemática cuando quien recurre a autoinseminación es una pareja heterosexual que pretende concebir con su propio material genético. Sin embargo, en la práctica, las parejas de distinto sexo que recurren a autoinseminación con sus propios gametos constituyen casos aislados que se limitan generalmente a supuestos de parejas serodiscordantes¹⁷⁶. En la mayoría de supuestos, en cambio, es precisa la contribución de un tercero para lograr la concepción, bien porque se trata de una mujer sola o de una pareja de mujeres, bien porque en el marco de una pareja heterosexual el hombre no puede aportar su propio material genético.

En este contexto, cuando el hijo ha sido concebido mediante autoinseminación con contribución de donante, la aplicación de las reglas de la filiación por naturaleza puede plantear problemas relevantes. Por un lado, pueden existir obstáculos para determinar la filiación del segundo progenitor intencional y, por otro, existe riesgo de que la filiación finalmente determinada pueda resultar impugnada en aras de dejarla sin efecto, o incluso de que se establezca la paternidad del donante. En cualquier caso, el elemento principal que debe considerarse para medir la gravedad de los problemas que plantea la filiación derivada del recurso a autoinseminación es el tipo de donante del que se haya hecho uso: anónimo, identificable o conocido¹⁷⁷.

En España, el hombre que aporta sus gametos a los efectos de que una mujer o pareja recurra a reproducción asistida heteróloga en un centro o servicio autorizado, no ostenta vínculo filial alguno con el eventual

¹⁷⁶ *Vid. supra* apdo. IV.1 del presente capítulo.

¹⁷⁷ *Vid. supra* apdo. II del presente capítulo.

hijo que nace. Aunque la ley no lo establezca explícitamente, el art. 8.3 LTRHA es claro al sancionar que la revelación de la identidad del donante en los supuestos excepcionales a los que alude el art. 5.5 LTRHA, no implica en ningún caso determinación de su filiación. Dado que la donación debe cumplir todas las exigencias legales y, además, ser anónima (art. 5.5 LTRHA), el hombre que dona al margen de estos términos, sea anónimo, identificable o conocido, no goza *a priori* de la inmunidad legal que establece el art. 8.3 LTRHA y, por ende, puede eventualmente ser considerado progenitor legal del futuro hijo que nazca. Su vínculo biológico con el hijo nacido es, con arreglo al ordenamiento jurídico vigente, fundamento suficiente para que pueda determinarse legalmente su paternidad, y ello pese a que el donante no haya formado parte del proyecto parental, ni haya mantenido relación alguna con el hijo desde su nacimiento.

En el ámbito supranacional, sin embargo, el donante de gametos, por el mero hecho de serlo, no goza de la protección que brinda el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)¹⁷⁸. El caso de referencia es *J.R.M c. Países Bajos*¹⁷⁹, en el que se señaló que el hecho de que una persona done su material genético con el objetivo de que una mujer logre descendencia mediante inseminación artificial, no da en sí mismo un

¹⁷⁸ (Roma, 4.11.1950).

¹⁷⁹ (Asunto 16944/90, 8.2.1993). El caso fue inadmitido por la Comisión Europea de Derechos Humanos que, desde 1945 hasta la entrada en vigor del undécimo protocolo de la CEDH el 31 de octubre de 1998, revisaba las demandas de los particulares, que no tenían acceso directo al TEDH, con el objeto de determinar si el caso estaba lo suficientemente fundamentado como para ser analizado por el tribunal. La entrada en vigor de dicho protocolo supuso, por un lado, la abolición de la Comisión y, por otro, el reconocimiento del acceso directo de las demandas interpuestas por particulares al TEDH.

derecho al donante de esperma de que se respete su vida privada y familiar con respecto al hijo nacido en los términos del art. 8 CEDH¹⁸⁰. Dicho de otro modo, el vínculo biológico por sí solo no atrae la protección del art. 8 CEDH¹⁸¹, por lo que resulta preciso examinar si existe vida familiar entre el progenitor y el hijo teniendo en cuenta diversos factores, entre los que se incluye la naturaleza de la relación entre los progenitores, o el interés y compromiso demostrable por parte del padre con el hijo antes y después del nacimiento¹⁸². En el caso *X, Y y Z c. Reino Unido*¹⁸³, el TEDH declaró que existe un amplio margen de apreciación de los Estados miembros en casos en los que debe examinarse si la relación social existente entre un hijo concebido mediante IA y la persona que ejerce el rol de padre puede considerarse «vida familiar» en los términos del art. 8 CEDH, dada la inexistencia de un enfoque genérico común por parte de estos en relación a la forma en la que este tipo de relaciones deben ser reflejadas legalmente¹⁸⁴.

¹⁸⁰ En el caso concreto el TEDH consideró que el contacto entre donante y menor había sido limitado sin que constase, además, que el primero hubiera contribuido financieramente o de otro modo a su cuidado, lo que le permitió llegar a la conclusión de que la relación entre ambos resultaba insuficiente para determinar la existencia de vida familiar en los términos del art. 8 CEDH. El TEDH también declaró inadmisibles el resto de infracciones argüidas por el demandante (violación del art. 13 en relación con los arts. 6.1 y 8 CEDH, y violación del art. 14 en relación con el art. 8 CEDH). La decisión de inadmisión del caso puede consultarse en inglés en el siguiente enlace: <http://echr.ketse.com/doc/16944.90-en-19930208/view/> (consultado el 2.5.2019).

¹⁸¹ *Vid.* también el caso *Lebbink c. Países Bajos* (asunto 45582/99, Sec. 2ª, 1.6.2004 [JUR 2004\185243]).

¹⁸² El TEDH utiliza el término «padre natural» y aunque no lo define expresamente, puede asumirse que se refiere al progenitor biológico del hijo: CHOUDHRY y HERRING, *cit.*, p. 172

¹⁸³ *Vid. supra* nota 115.

¹⁸⁴ CHOUDHRY y HERRING, *cit.*, p. 173.

Sea como fuere, para poder identificar los problemas que plantea la autoinseminación en función del tipo de donante que contribuye a la concepción, hay que partir de la premisa de que la filiación por naturaleza persigue la coincidencia entre el vínculo biológico y la filiación legal. En consecuencia, la filiación materna derivada de autoinseminación no plantea problemas, pues la mujer que da a luz no solo es madre gestante, sino que también mantiene un vínculo biológico con el hijo nacido. Como he puesto de manifiesto previamente, los problemas se centran en la determinación de la filiación del segundo progenitor no biológico, y en su posible impugnación, lo que abre la puerta a la posible determinación de la filiación del donante.

En primer lugar, cuando la autoinseminación se realiza con espermatozoides de donante anónimo, la maternidad queda determinada por el mero hecho del parto. Si se trata de una familia monoparental, no existe riesgo de irrupción del donante en la vida del hijo al desconocerse su identidad. Este constituye, por tanto, el supuesto menos problemático desde el punto de vista del derecho de filiación. En cambio, si se trata de una familia biparental, además de la filiación materna, es preciso que se determine la filiación de su pareja que, ante la inexistencia de vínculo biológico con el hijo nacido, se caracteriza por ser puramente intencional. Si el segundo progenitor es un hombre, las reglas de la filiación por naturaleza permiten establecer su paternidad con facilidad (a través de la presunción de paternidad matrimonial, del reconocimiento, etc.). Por el contrario, cuando se trata de una mujer, la determinación de la filiación es más compleja. En el ordenamiento jurídico español, la posibilidad de que una segunda mujer sea

considerada progenitora legal del hijo se materializa por primera vez con la apertura de la adopción a parejas del mismo sexo y, más tarde, como consecuencia de la regulación de la doble maternidad legal¹⁸⁵. Mientras la primera opción está al alcance de parejas con independencia de si están o no casadas, la segunda se limita, a excepción de Cataluña (art. 235-13-1 CCCat), a parejas unidas por vínculo matrimonial (art. 7.3 LTRHA). Lo cierto es que en los territorios sin legislación civil propia y en Navarra, la esposa de la madre podía encontrar dificultades para determinar su maternidad, habida cuenta de que hasta hace poco la operatividad del art. 7.3 LTRHA se circunscribía al recurso previo a reproducción asistida¹⁸⁶. Con la modificación del art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, 22.7.2011) [LRC] por la Ley 19/2015, se introduce un apartado quinto con el siguiente tenor literal: «También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.». Aunque todo parece indicar que con esta reforma se traslada a la

¹⁸⁵ *Vid.* nota 144 respecto a la adopción, y apdo. III.3.2 del capítulo segundo, respecto a la doble maternidad legal.

¹⁸⁶ Adviértase, no obstante, que la modificación del art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, 22.7.2011) [LRC] por la Ley 19/2015 introduce un apartado quinto con el siguiente tenor literal: «También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.». Aunque todo parece indicar que con esta reforma se traslada a la normativa registral el contenido del art. 7.3 LTRHA, el precepto no alude expresamente al previo recurso a reproducción asistida, lo que permite cuestionar si la acreditación de este último extremo resulta actualmente imprescindible para la inscripción de la doble maternidad. La DGRN, en su Resolución de 8.2.2017 (JUR 2018\283287), respondió negativamente a esta cuestión, si bien advirtió que la maternidad legal así determinada no adquiere la condición de inimpugnable. Un análisis más detallado de esta cuestión puede verse *infra* en el apartado II.3.1.1.a) del capítulo tercero.

normativa registral el contenido del art. 7.3 LTRHA, el precepto no alude expresamente al previo recurso a reproducción asistida, por lo que desde su entrada en vigor cabe cuestionar si la acreditación de este último extremo resulta imprescindible para la inscripción de la doble maternidad. La DGRN, en su Resolución de 8.2.2017 (JUR 2018\283287), respondió negativamente a esta cuestión, si bien advirtió que la maternidad legal así determinada no adquiere la condición de inimpugnable¹⁸⁷. En este contexto, puede afirmarse que actualmente la determinación de la doble maternidad legal derivada de autoinseminación no plantea problemas en la práctica, al contrario de lo que ocurre con la mujer no casada con la madre, quien no tiene a su alcance ningún medio alternativo a la adopción para determinar su filiación¹⁸⁸. En Cataluña, la posibilidad de determinar la filiación de la comadre se circunscribe al consentimiento extendido a la fecundación asistida de la mujer por lo que, con independencia del vínculo que una a la pareja, existen obstáculos para determinar su maternidad¹⁸⁹. En suma, si se pone el foco en la impugnación de la filiación, los problemas para las familias biparentales están presentes con independencia de su orientación sexual, y del vínculo que una a la pareja. Si se logra determinar la filiación del segundo progenitor intencional, al no coincidir esta con la verdad biológica, cabe su impugnación con éxito de acuerdo con las reglas de la filiación por naturaleza, dado que el hecho de que *a priori* no resulten de aplicación las especificaciones que contiene la LTRHA en materia de filiación y,

¹⁸⁷ Un análisis más detallado de esta cuestión puede verse *infra* en el apartado II.3.1.1.a) del capítulo tercero.

¹⁸⁸ *Vid. infra* apdo. 3.1.1.b) del capítulo tercero.

¹⁸⁹ *Vid. infra* apdo. II.3.2.1 del capítulo tercero.

muy especialmente, su art. 8.1, impide aplicar la prohibición de impugnar la filiación resultante de una fecundación consentida con esperma de donante¹⁹⁰.

En segundo lugar, cuando el donante que contribuye a la concepción es identificable, *a priori* el contexto descrito no cambia. La única diferencia entre el primer supuesto (donante anónimo) y el presente es que la identidad del hombre que contribuye a la fecundación aportando sus gametos puede ser revelada al hijo, si así lo solicita una vez alcance la edad requerida a tal efecto¹⁹¹. Debe partirse de la premisa de que en España si una mujer o pareja desea hacer uso del esperma de un donante identificable, debe adquirirlo necesariamente mediante su compraventa a un banco de gametos extranjero. Podría argüirse que una vez se revele la identidad del donante, existe riesgo de una eventual reclamación de paternidad, ya la interponga el hijo o el propio donante¹⁹². Sin embargo, en mi opinión, pese a que no debe descartarse completamente, considero que se trata de una posibilidad remota por dos razones. En primer lugar, porque en el momento en el que eventualmente puede plantearse este escenario, el hijo probablemente ya habrá consolidado sus vínculos familiares en el marco de una familia

¹⁹⁰ Por su importancia, analizo esta problemática en el tercer capítulo de la tesis doctoral. En especial, *vid. infra* apdos. II.2.2, II.2.3, II.2.4 respecto a parejas heterosexuales, y apdos. II.3.1.3, II.3.2.2 y II.3.3, respecto a parejas de mujeres.

¹⁹¹ *Vid. supra* apdo. IV.2.4 del presente capítulo, donde hago referencia a algunos de los ordenamientos jurídicos que permiten al hijo concebido mediante gametos donados solicitar información identificativa del donante, aludiendo a los requisitos que exige cada legislación con especial atención a la edad a la que puede formularse tal petición en cada uno de ellos.

¹⁹² Descarto al representante legal como sujeto legitimado para el ejercicio de la acción dado que la mayoría de países no permiten al hijo solicitar el acceso a los datos identificativos del donante hasta que no haya alcanzado la mayoría de edad.

mono o biparental, y sus aspiraciones al solicitar acceso a los datos identificativos del donante generalmente no irán más allá de conocer sus orígenes. Y, en segundo lugar, porque el hecho de que el hijo acceda a la identificación del donante no equivale a establecer contacto personal con el hombre que contribuyó a su concepción, quien además será extranjero y probablemente residirá en otro estado, lo que dificultará sobremanera entablar con éxito una acción de estas características.

En último término, cuando la autoinseminación se lleva a cabo con esperma de un donante conocido, se plantea sin duda el escenario más complejo por cuanto, además de las dificultades que pueden plantearse en sede de determinación e impugnación de la filiación, cabe la posibilidad de que se determine la paternidad del donante¹⁹³. Esto puede suponer que la mujer que ha concebido en solitario vea como se adiciona un progenitor legal en el certificado del nacimiento del hijo, lo que menoscaba o incluso destruye el modelo de familia monoparental creado, y obliga a la madre a compartir todas o algunas de las responsabilidades parentales con el donante. Si se trata de una familia biparental, la determinación de paternidad del donante aniquila automáticamente el modelo familiar creado, pues exige que previamente se haya dejado sin efecto la filiación del progenitor intencional, lo que implica la pérdida tanto de los derechos como de las obligaciones que se derivan de la condición de progenitor legal.

¹⁹³ Esta posibilidad se examina, por su importancia, en el capítulo tercero: *vid.*, respecto a parejas heterosexuales, los apdos. II.2.5, II.2.6, II.2.7 y II.2.8; respecto a parejas de mujeres, los apdos. II.3.1.3, II.3.2.2 y II.3.3; y respecto a mujeres solas, el apdo. II.4.

Los problemas descritos están presentes cuando el donante es ajeno al proyecto parental materializado mediante autoinseminación. Y aunque este suele ser el caso más generalizado, lo cierto es que no puede obviarse el supuesto en el que el donante pretenda desempeñar un papel que va más allá de aportar sus propios gametos, ya sea manteniendo contacto esporádico con el futuro hijo que nazca, o asumiendo el rol de progenitor. Si quien recurre a autoinseminación es una mujer sola, el proyecto parental puede materializarse perfectamente, pues basta que la mujer permita al donante relacionarse con el hijo, o incluso que se determine la filiación paterna. En cambio, cuando se trata de una familia biparental, el derecho de filiación actualmente vigente ni permite que se determine la filiación a favor de más de dos progenitores, ni admite que se atribuyan responsabilidades parentales a terceros con carácter adicional a las que ya ostentan los progenitores legalmente determinados. En este contexto, la autoinseminación con contribución de donante también invita a reflexionar sobre si las reglas actuales de filiación deberían reformularse con el objeto de dar respuesta legal a situaciones fácticas como las descritas, tanto aquellas en las que un tercero desempeña un rol secundario con respecto a un hijo que ya cuenta con dos progenitores que ejercen principalmente todas las responsabilidades parentales, como esas otras en las que el tercero se sitúa *de facto* en una posición equivalente a la de los dos progenitores legalmente determinados, ejerciendo todas las funciones inherentes a la filiación.

Así las cosas, los siguientes capítulos de la tesis doctoral pretenden abordar pormenorizadamente la problemática anteriormente expuesta, con el objetivo último de proponer soluciones legales que puedan dar

respuesta a los retos que plantea actualmente este tipo alternativo de inseminación en España. Para ello, el siguiente capítulo abordará la filiación derivada del recurso previo a reproducción asistida, ocupándose el capítulo tercero de la filiación derivada de autoinseminación. En ambos examinaré tanto la determinación extrajudicial y judicial de la filiación, como su eventual impugnación. El objetivo de estos dos capítulos consiste en identificar las similitudes y diferencias existentes en la filiación derivada de uno y otro método de concepción, con el objetivo último de concluir si está justificada la aplicación de reglas distintas en función del carácter de la generación del hijo. Finalmente, el cuarto y último capítulo, con una mirada en el derecho comparado, pretende recoger posibles propuestas de *lege ferenda* que permitan resolver los retos que plantea en el derecho de filiación vigente en España la autoinseminación con contribución de donante.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DEL RECURSO A TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

I. Estado de la cuestión

El legislador español, al aprobar la LTRA, optó por reconducir el régimen de determinación de la filiación de los hijos concebidos mediante TRA, al de la filiación por naturaleza. Esta decisión se mantiene actualmente en el art. 7.1 LTRHA: a) que remite, en materia de filiación derivada de reproducción asistida, a las reglas tradicionales del CC en materia de filiación natural¹⁹⁴; y b) de ello se exceptúan, por

¹⁹⁴ A excepción de Cataluña y la Comunidad Foral Navarra, donde resulta de aplicación, respectivamente, lo dispuesto en las secciones 1ª y 2ª del capítulo V del Libro II del CCCat, y en las Leyes 51 a 57 del Fuero Nuevo, en la redacción dada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (BON núm. 74, 16.4.2019) [Ley Foral 21/2019]. El derecho de filiación navarro ha sido modificado recientemente por dos disposiciones, una de reforma concreta en materia de filiación, y otra que modifica y actualiza todo el Fuero Nuevo. La primera disposición es la Ley Foral 9/2018, de 17 de mayo, de reforma de la Compilación de Derecho Civil de Navarra en materia de filiación (BON núm. 98, 23.5.2018) [Ley Foral 9/2018], que trae causa en la STC 41/2017, de 24 de abril (RTC 2017\41), que declaró inconstitucional la Ley 71.b) FN por ser contraria a los arts. 24.1 y 39.2 CE. Esta resolución declaró la inconstitucionalidad del precepto por no prever la legitimación del progenitor para ejercer la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, e instó al legislador navarro a reformar esta disposición en el plazo de un año. De hecho, la exposición de motivos de la reforma señala que la Ley Foral aprobada «tiene por objeto el cumplimiento del mandato constitucional», y añade que «resulta también oportuna la modificación de otras cuestiones sobre las que se ha planteado la necesidad reformadora, de manera que, sin perjuicio de aquellas otras que en la prevista futura reforma puedan incidir en esta materia, deben ya comprenderse en el objeto de la presente las que están directamente relacionadas con las acciones de filiación». Por su parte, la segunda disposición es la Ley Foral 21/2019, cuya entrada en vigor se producirá en virtud de su DF 4ª el 19 de octubre de 2019, y que tiene como objetivo, según el apdo. I del preámbulo, «la actualización del Fuero Nuevo mediante su apertura y acercamiento a la realidad social navarra». En materia de filiación, y dada la reciente modificación operada por la Ley Foral 9/2018, la reforma se justifica en la

sus especificidades, los supuestos previstos en los arts. 8, 9 y 10 LTRHA¹⁹⁵. En esencia, el legislador decide mantener únicamente dos

necesidad reorganizar sistemáticamente sus leyes reguladoras de manera que todo el título, hasta ahora IV, pase a componerse de tres capítulos dedicados, respectivamente, a disposiciones generales, filiación por naturaleza y filiación adoptiva. En consecuencia, de ahora en adelante se citarán los diferentes preceptos de la Compilación aludiendo a la nueva numeración establecida por la Ley Foral 21/2019, seguida del indicativo «[ref. 2019]», en alusión a la reforma que se ha producido en el año indicado. El legislador navarro, además, aprovecha la ocasión para modificar dos cuestiones relativas a la filiación por naturaleza de la Compilación, en la redacción dada por la Ley 9/2018, con el objetivo de evitar una posible vulneración del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE. Así, por un lado, añade la prevención de que la madre menor de edad o con la capacidad modificada judicialmente que se oponga al reconocimiento cuente con la asistencia de un defensor judicial, sin perjuicio de que su nombramiento pueda ser formulado directamente por el Ministerio Fiscal (Ley 54.c), par. 3º, FN [ref. 2019]). Por otro lado, reconoce legitimación a la madre para impugnar en nombre e interés propio la paternidad matrimonial, una acción que hasta la aprobación de la Ley Foral 9/2018 esta solo podía ejercitar en interés del hijo (Ley 56.b) *in fine* FN [ref. 2019]).

¹⁹⁵ Nótese que la DF 1ª de la LTRHA establece que el título competencial de los arts. 7 a 10 es el art. 149.1.8.ª CE, precepto que atribuye al Estado la competencia en materia civil pero que, a su vez, reconoce la competencia de las CC.AA. respecto a la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. La única CC.AA. que cuenta con legislación propia en materia de filiación derivada de reproducción asistida es Cataluña, si bien su normativa no abarca todas las cuestiones reguladas en los arts. 7 a 10 LTRHA (en especial, arts. 7.1, 7.2, 8.3, 9.2, par. 2º, 10.1 y 10.3 LTRHA). En consecuencia, y dado el inciso «allí donde existan» del art. 149.1.8.ª CE, cabe interpretar que los arts. 7 a 10 LTRHA también resultan de aplicación en Cataluña aunque solo respecto de todo aquello que no haya sido expresamente regulado por el legislador catalán. Por su parte, Navarra, con la aprobación de la Ley Foral 21/2019, incorpora dos referencias a la reproducción asistida en la regulación de la filiación, aunque no aprovecha la ocasión para desarrollar reglas propias en esta materia. La primera referencia se encuentra en la Ley 51 FN [ref. 2019], que reproduce prácticamente todo el contenido de los dos primeros párrafos de la Ley 68 FN, en la redacción dada por la Ley Foral 1/1987, de 5 de abril por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra (BOE núm. 134, 5.6.1987) [Ley Foral 1/987], aunque ahora se refiere a la filiación en términos generales, sin hacer distinción en función de si es matrimonial o no matrimonial como ocurría hasta la aprobación de la Ley Foral 21/2019 y, a su vez, clarifica que la filiación que puede tener lugar por naturaleza incluye también la derivada de TRA. Por su parte, la segunda referencia se halla en la Ley 53.d) FN [ref. 2019], que reproduce el contenido restante de la Ley 68, en la redacción dada por la Ley Foral 1/1987, pero lo divide en cuatro apartados ([a] filiación matrimonial; [b] filiación no matrimonial; [c] filiación anterior al matrimonio; y [e] disposición común), e incorpora uno adicional bajo la rúbrica «d) Filiación en supuestos de fecundación asistida», según el cual «sin perjuicio de su regulación por Ley Foral especial, la determinación de la filiación en supuestos de fecundación

clases de filiación, la natural y la adoptiva (arts. 108 CC y 231-1 CCCat, y Ley 51 FN [ref. 2019]), y reconducir la de los hijos concebidos mediante TRA a la primera, teniendo en cuenta las reglas especiales contenidas en los arts. 7 a 10 LTRHA¹⁹⁶.

La filiación por naturaleza todavía distingue a su vez dos clases de filiación: la matrimonial y la no matrimonial. Los títulos de determinación legal de la filiación son distintos en cada caso, pero ambas surten los mismos efectos (arts. 108 CC y 235-2.1 CCCat, y Ley 51 FN [ref. 2019]). Tanto en la filiación matrimonial como en la no matrimonial, rige el principio de libre investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), que se concreta en la posibilidad de determinar la relación paternofamiliar a través de la búsqueda de la verdad biológica. Sin embargo, la reproducción asistida no se asienta únicamente en el vínculo biológico, sino también en la voluntad de la mujer o pareja de asumir un proyecto parental. En las técnicas homólogas, voluntad y biología coinciden, de manera que el sistema de filiación natural, pese a presentar algunas deficiencias menores¹⁹⁷, encaja. Por el contrario, en las técnicas heterólogas, el elemento volitivo sustituye el vínculo

asistida de la madre tendrá lugar conforme a lo dispuesto en las Leyes generales». Como puede observarse, el precepto recoge básicamente el contenido del art. 7.1 LTRHA, aunque con su introducción el legislador navarro se guarda, a su vez, una carta para, en su caso, abordar una futura regulación de la filiación derivada de TRA a nivel foral.

¹⁹⁶ En este sentido, BARBER CÁRCAMO señala con acierto que «la aplicación del Código civil no es subsidiaria, sino directa, y sólo queda desplazada en presencia de norma concreta contenida en esta Ley especial»: RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 8, 2010, pp. 25-37, p. 28.

¹⁹⁷ Como, por ejemplo, el hecho de que la LTRHA no contenga regla alguna que, en términos similares a lo dispuesto en el art. 8.1 LTRHA, impida al marido y al hombre no unido por vínculo matrimonial con la madre impugnar la filiación previamente consentida que se deriva del recurso a la fecundación homóloga.

biológico entre progenitor e hijo –al menos con respecto a uno de los progenitores-, lo que provoca disfunciones en el sistema de filiación por naturaleza que el legislador trata de resolver con las especificaciones que prevé la LTRHA en esta materia¹⁹⁸.

La práctica ha venido demostrando que esta decisión legislativa resulta insuficiente para resolver una problemática compleja que se plantea, muy especialmente, en torno a las técnicas reproductivas heterólogas, lo que ha llevado a la doctrina a criticar duramente la decisión del legislador de reconducir la filiación derivada de TRA al régimen de la filiación por naturaleza. Mientras que un sector doctrinal considera que la filiación derivada de TRA es una categoría intermedia entre la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva¹⁹⁹, otro estima que constituye más bien un tercer tipo de filiación²⁰⁰. En cualquier caso,

¹⁹⁸ Un ejemplo de ello es el art. 8.1 LTRHA, que impide a la mujer y al marido que han consentido formal, previa y expresamente una TRA heteróloga impugnar la filiación resultante.

¹⁹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ afirma que «se trata quizás, de un *tertium genus*, entre filiación por naturaleza y filiación por adopción»: FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, “Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, núm. 3, 2005, pp. 1049-1113, p. 1072. Por su parte, GARRIGA GORINA considera que la filiación derivada de TRA, por sus características, se acerca más a la adopción que a la filiación natural, habida cuenta de que se trata de una filiación puramente formal que se determina por una declaración de voluntad y que no tiene como fundamento la biología: MARGARITA GARRIGA GORINA, “Atribució de la paternitat al marit en les tècniques de reproducció assistida. Comentari a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala Civil i Penal) núm. 28/2007, de 27.9.2007 (MP: Sra. Eugenia Alegret Burgués)”, *InDret* 1/2008, pp. 1-13, p. 11, accesible en: http://www.indret.com/pdf/509_cat.pdf.

²⁰⁰ *Vid.*, por ejemplo, JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”, en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 201-229, pp. 227-228; MARINA PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, p. 146; y Esther

existe consenso a la hora de afirmar que la regulación de la filiación derivada de TRA debería haberse articulado, al menos, teniendo en cuenta las diferencias que existen en esta sede entre la fecundación homóloga y la fecundación heteróloga²⁰¹ y que, en base a dicha distinción, el consentimiento a la reproducción asistida debería haberse configurado, siguiendo el ejemplo de otros ordenamientos jurídicos, como un nuevo título de determinación de la filiación²⁰².

En efecto, algunos ordenamientos han optado por soluciones alternativas a la de reconducir la filiación derivada de TRA a las reglas

FARNÓS AMORÓS, “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 68, núm. 1, 2015, pp. 5-61, pp. 51-52.

²⁰¹ Entre otros, *vid.* Ana DÍAZ MARTÍNEZ, “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007, pp. 75-129, p. 101.

²⁰² MORO ALMARAZ señala que «no conviene consagrar falsedades y ya que el fundamento de la filiación es la voluntad o el afecto, no la biología, de *lege ferenda* el consentimiento prestado a la donación deberá ser acto constitutivo de esta filiación legal que no podrá impugnarse por falta de veracidad, aunque sí por vicios en su emisión. Si faltara, no cabe atribución de paternidad»: María Jesús MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación «in vitro»*, Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 288. En un sentido similar, *vid.* Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 141-168, pp. 147-148; y Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, “La reproducción asistida en mujeres solas y en pareja homosexual”, en Ana DÍAZ MARTÍNEZ (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 121-154, p. 148, accesible en: <https://app.vlex.com/#ES/sources/1749>. Para FARNÓS AMORÓS, «debe imponerse el recurso a un sistema basado en el consentimiento por encima del basado en meras presunciones, que se desaconseja especialmente en las parejas homosexuales, dada la necesidad biológica de que una tercera persona de sexo contrario aporte sus gametos». Y para configurar ese sistema, propone que el legislador establezca de forma clara los requisitos formales para que la filiación quede determinada, así como que la formalización del consentimiento se base en criterios poco rígidos y fácilmente asumibles, de forma que baste su prestación en el documento sanitario extendido ante el centro autorizado: Esther FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 130-131.

de la filiación por naturaleza. Uno de ellos es Quebec, cuyo *Code civil du Québec* de 1991²⁰³ distingue desde 2002 tres tipos de filiación: natural, derivada de TRA o adoptiva. Más concretamente, las disposiciones en materia de filiación derivada de fecundación asistida entran en juego cuando la mujer o pareja que se somete a TRA recurre a gametos donados (arts. 538 a 542)²⁰⁴, pues en otro caso se aplican las reglas de la filiación por naturaleza (arts. 523 a 529). Más recientemente, Argentina ha optado por una solución similar, incluyendo una tercera clase de filiación, adicionalmente a la natural y adoptiva, denominada filiación por técnicas de reproducción asistida. El Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994 y promulgado según Decreto 1795/2014²⁰⁵ [CCCN], equipara los efectos de las diferentes clases de filiación (art. 558, par. 2º) y convierte la voluntad procreacional en el elemento clave para determinar las relaciones filiales en el ámbito de la reproducción asistida²⁰⁶. Pese a su diferente configuración, la solución es similar en la práctica, pues los dos modelos atribuyen al consentimiento la consideración de título de determinación legal de la filiación derivada de reproducción asistida.

²⁰³ *Décret* 712-93, 19.5.1993, *Gazette officielle du Québec* 2.6.1993, núm. 23.

²⁰⁴ El Código Civil de Quebec utiliza el término «assisted procreation» y, según LECKEY, incluye las TRA, la autoinseminación e incluso los casos en los que el tercero proporciona su material genérico a la mujer mediante reproducción sexual. No obstante, en este último caso, cabe determinar la filiación paterna durante el año siguiente al nacimiento del hijo (art. 538.2): Robert LECKEY, “Where the parents are of the same sex?: Quebec’s reforms to filiation”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 23, 2009, pp. 62-82, pp. 67-68.

²⁰⁵ *Boletín Oficial de la República Argentina* núm. 32985, 8.10.2014.

²⁰⁶ El art. 562 CCCN señala que «los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre (...), debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos».

A mi juicio, la remisión general a las Leyes civiles en materia de filiación derivada del recurso previo a TRA (art. 7.1 LTRHA), resulta insuficiente para resolver todos los problemas que se plantean en la práctica, lo que conduce en muchos casos a soluciones inadecuadas o absurdas²⁰⁷. El legislador ha tratado de resolver estas cuestiones mediante la introducción de «ficciones legales», que más que zanjar el asunto, abren nuevos puntos de conflicto. En términos generales y siendo consciente de algunas de las deficiencias que presenta, la técnica legislativa utilizada por el legislador español me parece adecuada para regular la filiación derivada de fecundación homóloga²⁰⁸. En la línea seguida por Quebec, basta con reconducir esta filiación a la natural, previendo una serie de especificaciones legales que eviten tener que recurrir a una interpretación normativa forzada para solventar las controversias que puedan plantearse en el ámbito de la filiación así determinada (especialmente, contemplar la imposibilidad de impugnar no solo de los progenitores, sino también del hijo nacido). No obstante, esta solución carece de sentido en sede de fecundación heteróloga, en la que no hay vínculo genético del hijo nacido con al menos uno de sus progenitores. En este ámbito, la voluntad de asumir un proyecto

²⁰⁷ En este sentido, *vid.* también Rafael VERDERA SERVER, “Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”, en José Antonio COBACHO GÓMEZ (Dir.) y Juan José INIESTA DELGADO (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 211-304, p. 218.

²⁰⁸ Como pone de manifiesto INIESTA DELGADO «la inseminación artificial o FIV homóloga no presentan peculiaridades que justifiquen la aplicación de reglas diversas a las ya existentes sobre determinación de maternidad o paternidad»: Juan José INIESTA DELGADO, “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, en Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de la familia, Volumen 5. Las relaciones paterno-filiales (I)*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 883-1019, p. 896.

parental es el título que debería permitir determinar la filiación. Sin embargo, creo que no es suficiente con otorgarle tal consideración, sino que resulta asimismo necesaria la creación de una tercera categoría filial, adicional a la natural y la adoptiva. Aunque el Código Civil y Comercial argentino otorga al consentimiento/voluntad procreacional la consideración de título de determinación de la filiación, a mi juicio, sigue sin resolver el problema de fondo porque aplica las mismas reglas tanto a la filiación derivada de fecundación homóloga como a la derivada de TRA heterólogas. Por el contrario, establecer una nueva categoría filial que regule unos títulos de determinación de la filiación propios, y que cuente con reglas autónomas en materia de reclamación e impugnación de la filiación constituiría, en mi opinión, la solución óptima para incrementar la seguridad jurídica no solo de los sujetos que recurren a este tipo de TRA para lograr descendencia sino también, y especialmente, los del hijo nacido, que es ajeno a la decisión de sus progenitores de engendrarle gracias al material genético de terceros. Además, esta categoría filial adicional podría ir más allá y no limitarse a determinar la filiación derivada de reproducción asistida heteróloga, sino también ser comprensiva de la que se deriva del recurso a otros métodos reproductivos como la autoinseminación, donde la voluntad de asumir un proyecto parental también es el elemento en el que debería asentarse la filiación del hijo nacido. En este último caso, sería necesario articular un sistema que permitiera dejar constancia de esta voluntad, que una vez exteriorizada debería devenir irrevocable.

Con independencia de las reformas legales que estime necesarias en materia de filiación derivada de TRA, lo cierto es que las relaciones paternofiliales se determinan con arreglo a las leyes civiles vigentes con

las especificaciones que contiene la LTRHA (art. 7.1 LTRHA) y, así las cosas, en función de si la mujer se somete sola o en pareja –hombre o mujer- a una determinada fecundación, y en este último caso, también del vínculo que les una, el título de determinación que permitirá establecer la filiación será distinto. En consecuencia, resulta necesario llevar a cabo un examen preliminar del consentimiento a las TRA, para después analizar cada uno de los escenarios que se pueden plantear, de forma que se identifiquen las reglas de filiación que permiten determinar en cada caso la relación jurídica entre progenitor e hijo.

II. El consentimiento a las técnicas de reproducción asistida

Cuando una mujer se somete a una TRA en un centro o servicio autorizado, puede hacerlo sola, junto con su marido o esposa, o junto con su pareja –hombre o mujer-. Cuando quien accede a las TRA es una mujer junto con su marido o pareja, habrá que diferenciar dos situaciones posibles: aquella en la que el marido o pareja aporta su propio material genético para realizar la TRA –fecundación homóloga-, y otra en la que, pese a tratarse el matrimonio o la pareja de forma conjunta, se recurre a los gametos de un tercero –fecundación heteróloga-. En todos los casos, la receptora deberá consentir someterse al procedimiento (arts. 3.1 y 6.1 LTRHA)²⁰⁹, y su aceptación deberá quedar reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que constarán todas las condiciones concretas de la TRA a la que se someta (art. 3.4 LTRHA).

²⁰⁹ Para DÍAZ MARTÍNEZ, *cit.*, en LLEDÓ YAGÜE, OCHOA MARIETA (Dirs.) y MONJE BALMASEDA (Coord.), *cit.*, p. 60, el consentimiento «se configura como presupuesto ineludible para la aplicación de estas técnicas y como manifestación concreta del genérico derecho a la autodeterminación en el ámbito sanitario».

Tras recibir información sobre los posibles riesgos que puedan derivarse de una concreta fecundación (art. 6.2 LTRHA), la receptora deberá otorgar su consentimiento por escrito, de manera libre, consciente y expresa (art. 6.1 LTRHA)²¹⁰. Además, en caso de estar casada con un hombre, será preciso igualmente el consentimiento de su marido, que deberá prestarse previo inicio del procedimiento, salvo que la pareja esté separada legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente (art. 6.3 LTRHA)²¹¹. Tal consentimiento deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal (art. 6.3 LTRHA), y será necesario con independencia de que se recurra a una técnica homóloga o heteróloga²¹². En función del tipo de técnica utilizada, el hijo que nazca fruto de la fecundación estará relacionado

²¹⁰ Consentimiento que podrá revocarse una vez iniciado el procedimiento. De hecho, esta petición deberá atenderse siempre y cuando se lleve a cabo con anterioridad a la realización de la transferencia embrionaria al útero (art. 3.5 LTRHA). La norma no alude a la forma que debe revestir esta revocación del consentimiento, aunque algunos autores como DÍAZ MARTÍNEZ recomiendan que conste por escrito tanto por motivos probatorios, como por sus repercusiones en el ámbito contractual: DÍAZ MARTÍNEZ, *cit.*, en LLEDÓ YAGÜE, OCHOA MARIETA (Dir.) y MONJE BALMASEDA (Coord.), *cit.*, p. 60.

²¹¹ Según SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, pese a que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, no se ha suprimido la necesidad de que, en determinados supuestos, un cónyuge no pueda obrar sin el consentimiento del otro, por lo que esta exigencia constituye uno de esos casos, y deriva de la comunidad familiar que se constituye gracias al matrimonio. Señala, además, que existe otra justificación adicional a esta exigencia, de gran relevancia, y que radica en el hecho de que el hijo que nazca tras la aplicación de la TRA a la que se someta su mujer, se presumirá como suyo propio *ex. art.* 116 CC sin posibilidad de destruir posteriormente la presunción de paternidad: Ángel SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas”, en José Antonio COBACHO GÓMEZ (Dir.) y Juan José INIESTA DELGADO (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 41-57, pp. 52-53.

²¹² En Cataluña, este consentimiento puede constar no solamente en el documento extendido ante el centro autorizado, sino también en documento público (art. 235-8.1 CCCat).

genéticamente, bien con el marido, bien con un donante. La LTRHA requiere el consentimiento del marido con independencia del origen del material genético que se utilice en la fecundación, y la justificación de esta exigencia es que la filiación paterna se le atribuirá en ambos casos por el juego de la presunción de paternidad matrimonial, que opera *ex lege* una vez la mujer dé a luz constante matrimonio o en los 300 días siguientes a su separación, legal o de hecho, o a su disolución (arts. 116 CC y 235.5.1 CCCat, y Ley 53.a).1 FN [ref. 2019]).

Contrariamente, la LTRHA no se pronuncia acerca del consentimiento que deberá prestar el hombre no unido por vínculo matrimonial con la mujer que se someta a una determinada fecundación ya sea esta homóloga o heteróloga²¹³, y tampoco al que deberá expresar la esposa o

²¹³ En la Comisión de expertos constituida previa aprobación de la LTRA, posteriormente sustituida por la actual LTRHA, se discutió la posibilidad de requerir a las parejas no casadas que acreditaran la existencia de convivencia estable para poder acceder a TRA. Sin embargo, finalmente se optó por eliminar este requisito del texto legal definitivo por considerar que su prueba, en la práctica, resultaría harto problemática (*vid.* MORO ALMARAZ, *cit.*, pp. 35 y ss.). Pese a ello, la norma introdujo un precepto referido al consentimiento exigible a la pareja de la madre, concretamente el art. 6.4 LTRA, que disponía «El consentimiento del varón, prestado antes de la utilización de las técnicas, a los efectos previstos en el artículo 8.º, apartado 2, de esta Ley, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.». Por su parte, el art. 8.2 LTRA señalaba «Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad.». Del tenor literal de ambos preceptos se desprendería que el consentimiento exigido por el art. 6.4 LTRA se refería exclusivamente al supuesto de que la pareja se sometiera a una fecundación heteróloga, lo que planteaba dudas sobre qué tipo de consentimiento debía prestar el hombre no casado cuando la fecundación a la que se sometía la pareja era homóloga y, por lo tanto, se utilizaba su propio material genético para lograr el embarazo. En la práctica, pese al silencio de la LTRA y en términos similares a lo que ocurre en la actualidad, los centros y servicios autorizados también solicitaban el consentimiento de la pareja de la madre. Con la aprobación de la LTRHA, se elimina inexplicablemente la previsión contenida en el art. 6.4 LTRA y se mantiene exclusivamente lo dispuesto por el art. 8.2 LTRA,

pareja femenina de la receptora. Pese a este silencio legislativo, en la práctica los centros autorizados facilitan modelos de consentimiento a la esposa o pareja –hombre o mujer- de la usuaria, los cuales se asemejan a aquél que deberá suscribir necesariamente el marido de la mujer que inicie este proceso estando casada²¹⁴. Dicho consentimiento se suscribirá porque la pareja decide tratarse conjuntamente, pues en otro caso bastará con el consentimiento de la mujer que se practique la técnica (art. 6.1 LTRHA).

A mi modo de ver, el consentimiento del marido no puede constituir un requisito para que la cónyuge pueda acceder a la fecundación, habida cuenta de que la LTRHA reconoce expresamente que “la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas (...) con independencia de su estado civil y orientación sexual”. En consecuencia, considero que el consentimiento del marido se configura más bien como una exigencia que despliega determinados efectos sobre la filiación del hijo que nazca, a saber, la asunción irrevocable de los derechos y deberes inherentes a la procreación, y no como un requisito sin el cual la mujer no podrá acceder a una reproducción asistida²¹⁵. Sea cual sea la naturaleza del

aunque los centros y servicios autorizados siguen solicitando el consentimiento del hombre no casado cuando una pareja recurre conjuntamente a TRA.

²¹⁴ *Vid.* los diferentes modelos de consentimiento informado que la SEF pone a disposición de los centros y servicios autorizados: <http://www.sefertilidad.net/index.php?seccion=biblioteca&subSeccion=consentimientoESP> (consultado el 8.10.2018).

²¹⁵ En el mismo sentido se ha pronunciado la mayor parte de la doctrina. Así, por ejemplo, María CARCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 99; PÉREZ MONGE, *cit.*, p. 137; Itziar ALKORTA IDIAKEZ, *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 239; Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 99; DÍAZ MARTÍNEZ, “La doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 97; GARRIGA GORINA, *cit.*, p. 7. En contra, *vid.* Rafael GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, “Aspectos negociales en la aplicación de

consentimiento del marido, la presunción de paternidad matrimonial entrará en juego por el mero hecho del matrimonio, y con independencia de que el marido lo haya o no prestado a la concreta fecundación. Sin embargo, como se verá a continuación, las consecuencias de la existencia o ausencia de su consentimiento serán distintas en función de la técnica que la mujer se haya practicado²¹⁶.

Por su parte, el hombre no casado podrá consentir la TRA a la que se someta la mujer. En efecto, el consentimiento prestado por la «pareja» de la madre no supondrá *per se* determinación de su paternidad aunque tendrá, como se observará en los apartados siguientes²¹⁷, ciertos efectos sobre la filiación del hijo que nazca. Ahora bien, conviene puntualizar que el hecho de que la LTRHA no establezca ningún requisito para que una pareja heterosexual no casada pueda recibir tratamiento conjunto provoca que, en la práctica, los centros y servicios autorizados no lleven a cabo control alguno sobre este extremo, lo que puede permitir a los usuarios eludir la prohibición de seleccionar el donante que impone el art. 6.5 LTRHA. En otras palabras, nada impide que el hombre no casado pueda actuar como un mero donante de esperma si él, la madre y el hijo optan por no reclamar judicialmente la paternidad.

las técnicas de reproducción humana asistida”, en Juan Luis GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE (Coord.), *Homenaje a José María Chico*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, pp. 297-353, p. 318; y Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, “El consentimiento del marido en la utilización de las técnicas de reproducción asistida: su regulación en el Proyecto de Ley 121/000039”, en Ana DÍAZ MARTÍNEZ (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso de legal de reformas*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 177-186, pp. 177-178, accesible en: <https://app.vlex.com/#ES/sources/1749>.

²¹⁶ *Vid. infra* apdos. III.2 y III.3.1 del presente capítulo.

²¹⁷ *Idem*.

En sentido idéntico, en caso de tratamiento conjunto en el seno de parejas de mujeres, la esposa o mujer no casada con la madre podrá consentir al tratamiento al que se someta su pareja. Ahora bien, mientras que si están casadas este consentimiento podrá tener efectos indirectos en la filiación del hijo que nazca²¹⁸, de no estarlo, parece que el consentimiento extendido ante el centro autorizado no será más que una prueba de que el tratamiento se ha llevado a cabo de forma conjunta por ambas mujeres, sin que este surta efecto alguno en la filiación del hijo que nazca²¹⁹. A *contrario sensu*, en Cataluña, el consentimiento de la esposa o mujer no casada con la usuaria sí produce efectos en la filiación del hijo nacido tras el recurso a TRA *ex. arts. 235-8.1 y 235.13.1 CCCat.*

Con todo, en sede de fecundación homóloga, el consentimiento tanto del marido como el del hombre no casado con la mujer sí constituirá requisito *sine qua non* para la realización de la técnica, dado que en este caso el hombre aportará sus propios gametos para posibilitar la fecundación. Lo cierto es que la LTRHA se refiere a la donación de gametos como un contrato gratuito, formal y confidencial entre el donante y el centro autorizado (art. 5.1 LTRHA)²²⁰, que deberá suscribirse por escrito previa información al donante de los fines y consecuencias de dicho acto (art. 5.4 LTRHA). Sin embargo, el marido u hombre no casado con la mujer que se someta a una TRA homóloga

²¹⁸ *Vid. infra* apartado III.3.2 del presente capítulo.

²¹⁹ *Vid. infra* apartado II.3.3 del presente capítulo.

²²⁰ DIEZ SOTO, “Comentario jurídico al artículo 5...”, *cit.*, en LLEDÓ YAGÜE, OCHOA MARIETA (Dirs.) y MONJE BALMASEDA (Coord.), *cit.*, p. 60, considera que no se trata de un verdadero contrato, sino que su naturaleza es más bien la del consentimiento o autorización legalmente exigida para realizar intervenciones sanitarias sobre el propio cuerpo, o para disponer de determinadas partes o productos del mismo.

no realizará una donación de gametos propiamente dicha, sino que aportará su material genético al efecto de que sea utilizado únicamente para fecundarla. En consecuencia, lo que se suscribirá no es un contrato de donación, sino más bien un consentimiento informado por el que se autorizará el uso de gametos propios en la fecundación asistida del cónyuge o pareja²²¹.

En el caso de parejas de mujeres, la fecundación nunca podrá ser homóloga pues siempre será preciso recurrir al espermatozoides de un tercero. Pese a ello, la CNRHA autorizó que dos mujeres «casadas» se sometiesen a una técnica «*quasi* homóloga» conocida como técnica ROPA (Recepción de Ovocitos de la Pareja) en un Dictamen de 4 de diciembre de 2008, no vinculante, que sugirió la reforma de la LTRHA para permitir expresamente su realización, habida cuenta de que conforme a la norma la donación de gametos debía –y debe– ser anónima²²². Esta técnica consiste en que una mujer (madre genética)

²²¹ Como señala INIESTA DELGADO, *cit.*, en COBACHO GÓMEZ (Dir.) e INIESTA DELGADO (Coord.), *cit.*, p. 108, la donación de gametos está ligada a las TRA heterólogas, de forma que no existirá donación ni será relevante el art. 5 LTRHA cuando se aplique una técnica homóloga. La misma conclusión se desprende de los modelos de consentimiento informado que la SEF pone a disposición de los centros autorizados en su página web, que en lo que a la inseminación artificial se refiere, diferencia tres tipos de consentimiento: el de la inseminación artificial con semen de la pareja, el de la inseminación artificial con semen de donante y, por último, el de la donación seminal (*vid. supra* nota 214).

²²² El informe favorable no ha sido publicado o difundido por la CNRHA, pero la prensa se hizo eco de su contenido: --, “El Gobierno quiere evitar ‘interpretaciones restrictivas’ de la ley de reproducción asistida”, *El Mundo*, Suplemento Salud, 16.12.2008:

<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/12/16/mujer/1229447791.html>

(consultado el 27.12.2017). Habida cuenta de la relevancia del dictamen, solicité a la CNRHA que me facilitara su consulta. Sin embargo, por correo electrónico de fecha 19.12.2017, personal del órgano consultivo alegó que no disponía de este informe concreto para su consulta, ni tampoco del resto de pronunciamientos que se han producido por parte de la CNRHA.

aporta sus óvulos, para que estos sean fecundados y transferidos al útero de su pareja (madre gestante). En realidad, se trata de una FIV utilizando los ovocitos de la pareja, de forma que ambas partes del proyecto parental participan en el proceso reproductivo. Esta práctica no se encuentra regulada en la LTRHA y tampoco se incluye en la cartera de servicios de la Seguridad Social, por lo que principalmente se realiza en centros y servicios autorizados del sector privado²²³. En el

²²³ Pese al informe favorable de la CNRHA, la legalidad de la ROPA ha sido objeto de debate dado que el método no está contemplado expresamente en la LTRHA. Algunos consideran que la discusión sobre si este método puede o no practicarse por los centros autorizados se cerró con la reforma introducida por la Ley 13/2005, que equiparó los matrimonios homosexuales con los heterosexuales, ya que la existencia de vínculo matrimonial provoca que la cesión de gametos que tiene lugar cuando se practica el método ROPA no pueda caracterizarse como donación. La justificación de esta afirmación se encuentra en el art. 11.4.a) LTRHA, precepto que establece como uno de los destinos posibles de los ovocitos, su utilización por la propia mujer o su cónyuge. En su virtud, la cesión de óvulos por parte de una mujer casada a su pareja, que resulta necesaria para practicar el método ROPA, estaría permitida por la norma desde la equiparación del matrimonio homosexual con el heterosexual. Para otros, en cambio, sigue existiendo incertidumbre en torno a la legalidad de esta práctica, lo que obliga a los centros, previa su realización, a solicitar autorización a la administración sanitaria correspondiente, y ello porque la LTRHA no solo no contempla esta posibilidad, sino también porque contradice la regla general del anonimato de las donaciones de gametos impuesta por el art. 5.5 LTRHA (*vid.* Isabel Perancho, “Cariño yo te cedo el óvulo y tú pon el útero”, *El Mundo: Suplemento Salud*, núm. 800, 16.4.2009: <http://www.elmundo.es/suplementos/salud/2009/800/1239832803.html> [consultado el 27.12.2017]). En mi opinión, la no regulación explícita del método ROPA no constituye un argumento sólido para dudar de su legalidad, ya que la propia LTRHA (art. 2.2) permite que por autorización expresa de la autoridad sanitaria correspondiente, y previo informe favorable de la CNRHA, se pueda autorizar la realización de otras técnicas adicionales a las que constan en el anexo de la norma. Tampoco lo es el art. 5.5 LTRHA, ya que la regla general del anonimato se vería exceptuada por el art. 11.4.a) LTRHA, que posibilita que una mujer utilice los óvulos de su esposa para fecundarse. En consecuencia, creo que ninguno de estos dos argumentos es base suficiente para poner en entredicho la legalidad de esta práctica. Pero además de este debate, también existen dudas acerca de los requisitos de acceso que deben concurrir en las usuarias interesadas en el recurso a este método. Más concretamente, la controversia se centra en la cuestión de si para poder acceder a la técnica ROPA es preciso que ambas mujeres se encuentren unidas por vínculo matrimonial. En España, la respuesta parece ser afirmativa por dos cuestiones particulares: en primer término, porque el art. 11.4.a) LTRHA señala que los ovocitos pueden ser utilizados por la propia mujer o su *cónyuge*, lo que resulta coherente con el art. 7.3 LTRHA, que únicamente posibilita la determinación de la doble maternidad

ámbito público, solo es posible recurrir a ella cuando existe una indicación médica que lo justifique, y siempre y cuando la CNRHA así lo autorice²²⁴. Es obvio que el recurso a esta práctica no solo requerirá

legal cuando la pareja de mujeres está casada; y en segundo término, porque cuando la CNRHA posibilitó su realización mediante Dictamen de 4 diciembre de 2008, cuyo carácter, dicho sea de paso, no es vinculante, lo hizo en relación con una pareja de mujeres casadas. A mi juicio, se trata de una interpretación correcta y, pese a que no es posible afirmar que todos los centros autorizados españoles restringen la práctica de este método a mujeres casadas, la misma conclusión parece extraerse del contenido de una proposición no de ley, sobre el acceso a la reproducción asistida de todas las personas con capacidad gestante, independientemente de su orientación o identidad sexual y de su situación familiar, presentada el 24 de noviembre de 2016 ante la mesa de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos-Podemos-En Comú Podem-En Marea (*vid. supra* nota 76). Igual conclusión parece extraerse de la información que consta en el sitio web de diversos centros autorizados españoles (sin ánimo exhaustivo, *vid.* las páginas web de los siguientes centros: Instituto Bernabeu (<https://www.institutobernabeu.com/es/faq/en-que-consiste-la-tecnica-ropa/>), Eva Fertility Clinics (<http://www.evafertilityclinics.es/tratamiento/fiv-metodo-ropa/>), Quirónsalud (<https://www.reproduccionquiron.com/pacientes/tratamientos-de-reproduccion-asistida/ropa/>) o Barcelona IVF (<https://barcelonaivf.com/metodo-ropa-maternidad-compartida/>) [consultado el 10.1.2018]. En un sentido análogo, el Grupo de Interés de Asistencia en Reproducción en los Centros Públicos de la SEF, en el documento publicado el 21.12.2016 y titulado “Cuestiones de interés en la asistencia en reproducción en el sistema público de salud”, considera que «la posibilidad de transferir los embriones congelados de una mujer a otra, sólo puede contemplarse cuando se trata de un matrimonio de mujeres, pues el art. 11.4,a) de la ley de reproducción asistida en referencia al destino de embriones o gametos criopreservados contempla en el apartado a) su utilización por la propia mujer o su cónyuge»: <http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/publicos/cuestiones.pdf>. En Cataluña, en cambio, la situación parece ser distinta, pues el art. 235-13.1 CCCat permite determinar la maternidad no solo a favor de la cónyuge mujer de la madre gestante sino también a favor de su pareja. En efecto, cabría interpretar que la vecindad civil catalana permite exceptuar el requisito del vínculo matrimonial que debe concurrir para que una pareja de mujeres pueda someterse al método ROPA. Quizás por ello algunos centros autorizados catalanes no exigen *de facto* el cumplimiento de este requisito para que dos mujeres accedan a este tipo de práctica (según la página web de la Clínica Dexeus de Barcelona, el método ROPA es «una técnica ampliamente extendida pero que, actualmente en España, solo se practica en centros privados cuando clínicamente está indicado y siempre que las mujeres estén legalmente casadas». Sin embargo, añade que «Cataluña es una excepción puesto que el Código Civil Catalán permite la ovodonación intrapareja aún no hallándose casadas pero sí acreditando la vecindad civil catalana»: <http://www.dexeus.com/problemas-fertilidad/metodo-ropa> [consultado 27.12.2017]).

²²⁴ Más concretamente, el Grupo de Interés de Asistencia en Reproducción en los Centros Públicos de la SEF, en el documento citado en la nota precedente, señala que

el consentimiento de la receptora, sino también el de la pareja que aporta sus óvulos para contribuir a la fecundación.

Llegado este punto, procedo a analizar la determinación de la filiación de cada uno de los sujetos implicados, teniendo en cuenta las consecuencias médicas y legales que el consentimiento a las TRA conlleva en cada caso.

III. La filiación derivada del recurso a técnicas de reproducción humana asistida en los ordenamientos jurídicos español, catalán y navarro

1. La filiación respecto de la usuaria o receptora de las técnicas de reproducción asistida

1.1. Determinación de la filiación

La filiación de la mujer que se somete a TRA quedará legalmente determinada por el mero hecho del parto. Es irrelevante el origen del material genético que haya utilizado para lograr el embarazo, pues madre es la que pare por aplicación del principio *mater semper certa est*²²⁵.

La única excepción a este principio se encuentra en el art. 7.3 LTRHA, precepto que posibilita que la comadre, cónyuge de la mujer que se

«solo se podría admitir ROPA en el SNS previa aceptación de la CNRHA en casos de matrimonios y cuando haya una indicación médica que lo justifique. Se consideraría una indicación médica cuando una de las pacientes fuera apta para donar sus ovocitos pero tuviera alguna contraindicación para gestar y que su cónyuge pudiera gestar pero no aportar los ovocitos o viceversa (ejemplo práctico: mujer con Síndrome de Rokitansky y su pareja con insuficiencia ovárica prematura).».

²²⁵ La misma regla se recoge en el art. 10.2 LTRHA para los casos en los que se recurra a gestación por sustitución.

somete a TRA, sea considerada madre legal mediante una declaración de voluntad formalizada ante el encargado del Registro Civil²²⁶. En Cataluña, la doble maternidad legal puede determinarse con independencia del vínculo que una a la pareja, y sin necesidad de realizar una declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil. De hecho, es suficiente que se haya consentido a la reproducción asistida de la mujer en documento público o en el documento extendido ante el centro autorizado para que pueda inscribirse la doble maternidad (arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat).

La filiación materna será matrimonial cuando la madre esté casada con un hombre (arts. 115.1º CC, 235-5 y 235.8.1 CCCat, y Ley 53.a) FN [ref. 2019]) o una mujer (arts. 7.3 LTRHA y 235-8.1 CCCat). En el resto de los casos, la filiación quedará determinada legalmente como no matrimonial (arts. 120.5º CC, 235-9.1.d) y 235-13.1 CCCat, y Ley 53.b) FN [ref. 2019]). Esta distinción no tendrá consecuencias en relación con sus efectos, pero sí con respecto a las acciones de filiación, ya que la forma de determinación ha sido distinta en función del vínculo existente entre los progenitores.

Generalmente la solicitud de inscripción de nacimiento será el instrumento que permita dejar constancia de esta filiación, sin perjuicio de la posibilidad de que en su defecto la maternidad se determine por reconocimiento formal o por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil²²⁷.

²²⁶ Sobre esta cuestión, *vid. infra* apdo. III.3.2.2 del presente capítulo.

²²⁷ Susana QUICIOS MOLINA, *Determinación e impugnación de la filiación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 40.

1.2. Particularidades en caso de recurso en solitario

La maternidad en solitario derivada de TRA es una realidad en España desde la aprobación de la LTRA en 1988, una decisión legislativa que ha sido muy criticada por un determinado sector doctrinal²²⁸, y que contrasta con la situación existente en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno²²⁹.

La maternidad en solitario derivada de TRA conlleva necesariamente el uso de material genético de un donante, que en España solo puede ser anónimo (art. 5.5 LTRHA). La identidad del donante solo podrá revelarse en circunstancias excepcionales y con carácter restringido (art. 5.5 *in fine* LTRHA), lo que no implicará en ningún caso determinación legal de la filiación (art. 8.3 LTRHA). En consecuencia, y pese al silencio de la LTRHA²³⁰, ni la madre ni el hijo podrán ejercer contra él una acción de reclamación en sede judicial²³¹.

²²⁸ Al respecto, *vid.* nota 60.

²²⁹ Es el caso de Alemania, Francia o Italia, países en los que el acceso a TRA por parte de mujeres solas está vetado. En cuanto a Francia e Italia, *vid.* nota 52.

²³⁰ El hecho de que un ordenamiento jurídico no exprese con claridad si puede determinarse o reclamarse la paternidad del donante de gametos puede resultar problemático, sobre todo en el caso de que una mujer recurra a TRA en solitario. Así, por ejemplo, en Australia las relaciones paternofiliales derivadas de TRA se determinan con arreglo a lo dispuesto en la normativa de cada estado o territorio (en Australia Meridional, *Family Relationships Act 1975*; en Australia Occidental, *Artificial Conception Act 1985*; en Nueva Gales del Sur, *Status of Children Act 1996*; en Queensland, *Status of Children Act 1978*; en Tasmania, *Status of Children Act 1974*; en el Territorio de la Capital Australiana, *Parentage Act 2004*; en el Territorio del Norte, *Status of Children Act*; y en Victoria, *Status of Children Act 1974* [SCAV]). Sin embargo, en caso de controversia, resulta de aplicación la normativa federal en materia de filiación derivada de reproducción asistida, concretamente las secciones 60H, 60HA y 60HB de la *Family Law Act 1975*. Pese a que dicha normativa prevé la posibilidad de que se determine la filiación materna o paterna del cónyuge o conviviente de la madre, nada se dice respecto al donante. Ello provoca que, en sede de maternidad en solitario, no exista presunción de maternidad o paternidad que desplace los derechos y obligaciones del donante de gametos, lo que puede conllevar la determinación judicial de su paternidad habida cuenta de que en este país el donante no puede ser

Dada la imposibilidad de que se determine la filiación a favor del donante de gametos, la paternidad solo podría materializarse, bien mediante un reconocimiento de complacencia (arts. 120.1º CC y 235-9.1.a) CCCat, y Ley 54 FN [ref. 2019]²³²), bien mediante el recurso a la adopción.

anónimo –su identidad es conocida tanto por la madre como por el hijo–(vid. nota 130). Esto es precisamente lo que ocurrió en el caso *Groth & Banks* ([2013] FamCa 430), en el que se declaró padre legal al donante del hijo de una mujer sola, concebido mediante una fecundación asistida en la que se había recurrido al material genético de su expareja. Dado que la normativa federal únicamente excluye la paternidad del donante cuando, además de la filiación materna, queda determinada legalmente la filiación de su cónyuge o conviviente, el donante, como progenitor biológico puede ser considerado padre legal: Patrick PARKINSON, *Australian Family Law in Context: Commentary and materials*, 6ª ed., Thomson Reuters, Pyrmont (Nueva Gales del Sur), 2015, p. 712. Como puede observarse, la actual regulación federal australiana resulta ciertamente incoherente, ya que no trata con uniformidad los hijos concebidos mediante TRA, diferenciando a los que nacen fruto de la maternidad en solitario, de aquellos que lo hacen en el seno de una pareja casada o conviviente, lo que produce inseguridad jurídica a todas aquellas mujeres que quieran asumir solas la maternidad mediante el recurso a TRA. Un análisis exhaustivo del problema puede verse en Fiona KELLY, “Parenting outside the normative framework: Australia’s single mothers by choice”, *Australian Journal of Family Law*, vol. 29, núm. 2, 2015, pp. 90-110.

²³¹ Con acierto señala BENAVENTE MOREDA, “Los errores de legislar en paralelo...”, *cit.*, p. 24 que no hubiera estado de más hacer mención a la imposibilidad de reclamar la paternidad al donante, en términos similares a lo dispuesto por el par. 5º del art. 582 del Código Civil y Comercial argentino, pese a que se pueda deducir «de la propia condición y anonimato del donante la ausencia de vinculación filial con el nacido». A *contrario sensu*, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, pese a reproducir casi con literalidad el vigente art. 8.3 LTRHA, incluye asimismo la posibilidad de que se determine la paternidad del donante. En concreto, el art. 223-1.4 señala que «La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda legalmente no implica en ningún caso determinación de la filiación. La filiación solo puede quedar determinada con consentimiento del hijo o de su representante legal, y del donante.»: ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 392, accesible en: http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf.

²³² Adviértase que la institución del reconocimiento ha sido modificada en Navarra por la Ley Foral 9/2018, como señala su exposición de motivos, «en lo que se refiere a la posibilidad de impedir su eficacia en aquellos supuestos en que no se requiera el consentimiento de la persona reconocida y con la finalidad de lograr una regulación más acorde a la naturaleza de lo que hasta ahora se ha denominado «impugnación». Y así, la misma pasa a configurarse como una «oposición», que deberá fundarse en el

Por último, es preciso recordar que la normativa actual no impide que la usuaria de TRA pueda escoger personalmente su donante contraviniendo el principio del anonimato (art. 5.5 LTRHA), así como la prohibición de seleccionar al donante (art. 6.5 LTRHA). Esta práctica puede materializarse si la mujer, tras llegar a un acuerdo con un hombre, acude con él a un centro autorizado y solicita la práctica de una fecundación homóloga. Dado que para que ambos puedan acceder conjuntamente a reproducción asistida no es necesario acreditar formalmente la existencia de una relación de pareja, la fecundación podrá realizarse en cualquier centro o servicio autorizado español. Una vez practicada con éxito la técnica y producido el nacimiento, mientras el hombre no reconozca al hijo o reclame su paternidad, solo quedará determinada legalmente la filiación materna, lo que habrá permitido a la mujer lograr descendencia en solitario gracias al recurso a reproducción asistida practicada con el material genético de un donante conocido. En caso de que este acuerdo se materialice, y posteriormente el hombre, la

superior interés de la persona reconocida (en lugar de en «justa causa»), que se articulará por los trámites de la jurisdicción voluntaria y que, además, conlleva un sustancial acortamiento del plazo para su formalización, un año, en sintonía con el resto de modificaciones de las acciones de filiación que también se operan en la presente Ley. Junto a ello, y en asunción del criterio de la indisponibilidad del estado civil, se suprime la discrecionalidad de la persona reconocida para oponerse al reconocimiento una vez alcanzada la mayoría de edad o recuperada su capacidad». Además, la Ley Foral 21/2019 ha modificado la Ley 69.c) FN, que ha pasado a ser la Ley 54.c), con el objeto de añadir una prevención consistente en que la madre menor de edad o con la capacidad modificada judicialmente que se oponga al reconocimiento sea asistida por un defensor judicial. Con ello se pretende, según el preámbulo de la norma, garantizar que dicha oposición está rodeada de circunstancias adecuadas que excluyen cualquier presión, así como evitar cualquier vulneración del principio constitucional de igualdad consagrado en el art. 14 CE, y todo ello sin perjuicio de la legitimación que ostenta el Ministerio Fiscal para formular directamente su nombramiento (Ley 54.c), par 3º *in fine*, FN [ref. 2019]). Sobre la reforma del Fuero Nuevo, *vid. supra* notas 194 y 195.

madre -como representante legal- o el hijo reclamen judicialmente la paternidad (arts. 133.1 y 2 CC y 235-21.1 y 2 CCCat, y Ley 57.b).1 y 2 FN [ref. 2019]), el «donante» será declarado padre legal con toda probabilidad, a diferencia de lo que ocurriría si se hubiese hecho uso de un donante anónimo en los términos que exige el art. 5.5 LTRHA. En este escenario, el fundamento de la estimación de la acción no será únicamente la vinculación genética entre el progenitor y el hijo nacido mediante TRA, que concurre asimismo en el donante anónimo, sino también el consentimiento prestado por el hombre por el que ha autorizado el uso de sus propios gametos para posibilitar la concepción fuera del supuesto del art. 5.5 LTRHA.

2. La filiación paterna derivada del recurso a fecundación homóloga

2.1. Consentimiento del marido y determinación de su paternidad

El art. 6.3 LTRHA se refiere al consentimiento del marido en términos generales, sin hacer distinción alguna en función de si consiente a una fecundación homóloga o heteróloga, por lo que *a priori* el consentimiento debe expresarse en ambos casos. Ahora bien, en caso de fecundación homóloga, el consentimiento del marido se recogerá en un formulario de consentimiento informado, y no mediante la suscripción de un contrato de donación gratuito, formal y confidencial entre el donante y el centro autorizado.

Mediante dicho consentimiento el marido autorizará la disposición de su material genético y, en su caso, la utilización de las técnicas que sean necesarias para obtenerlo. En este supuesto voluntad y biología

coinciden, pues el hijo que nazca fruto del recurso a TRA no será solo el resultado de un proyecto parental conjunto entre ambos cónyuges, sino que también estará vinculado genéticamente con el marido de la madre. Pese a que con su consentimiento el marido también asume la filiación que pueda resultar de la realización de la TRA, este no opera como título de determinación de la filiación, pues es la presunción de paternidad matrimonial la que permite establecer la relación legal entre padre e hijo²³³. Si el marido ha prestado su consentimiento a la fecundación homóloga pero el matrimonio se separa legalmente o de hecho con posterioridad, la presunción de paternidad matrimonial solo se aplicará si el hijo nace antes de los trescientos días siguientes a dicha separación (arts. 116 CC, 235-5.1 CCCat y Ley 53.a).1 FN [ref. 2019]). En otro caso –piénsese, por ejemplo, en la implantación de preembriones crioconservados-, no se aplicaría la presunción de paternidad. Pese a ello, el hijo podría ser igualmente considerado matrimonial, siempre que concurra el consentimiento de ambos progenitores (art. 118 CC y Ley 53.a).3 FN [ref. 2019]²³⁴²³⁵. En otro

²³³ En Cataluña, pese a que el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer se presenta como un título de determinación de la filiación autónomo (art. 235-3 CCCat), la filiación del marido también queda determinada automáticamente por el juego de la presunción de paternidad matrimonial (art. 235-5.1 CCCat).

²³⁴ El Código Civil catalán no prevé una disposición similar, de forma que en estos casos el hijo será inscrito como no matrimonial.

²³⁵ La doctrina ha discutido ampliamente la cuestión relativa a si existe la necesidad de otorgar un nuevo consentimiento por parte del marido para proceder a la inscripción del hijo como matrimonial o si, por el contrario, basta con el consentimiento extendido ante el centro autorizado. Se muestran favorables a exigir un consentimiento adicional DELGADO ECHEVARRÍA, *cit.*, en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX*, *cit.*, p. 217; y DÍAZ MARTÍNEZ, “La doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 92. En un sentido similar, PÉREZ MONGE, *cit.*, p. 92, propone que el marido preste su consentimiento a TRA en escritura pública, lo que serviría tanto para solicitar y autorizar el uso de TRA, como para inscribir la paternidad matrimonial a modo de reconocimiento, posibilidad ya admitida por el art. 120.1 CC [actualmente art. 120.2º CC, tras la reforma operada por la Ley 9/2015] respecto de la filiación no

caso, nada parece impedir que tanto el propio marido como la madre o el hijo puedan reclamar la determinación judicial de la paternidad (arts. 131 o 132 CC²³⁶ y 235-20.1 CCCat²³⁷, y Ley 57.a) FN [ref. 2019]²³⁸).

2.2. Consentimiento del hombre no casado con la madre y determinación de su paternidad

Por el contrario, la LTRHA no se pronuncia acerca del consentimiento a los efectos de establecer la paternidad del hombre no casado, cuando

matrimonial, de forma que se evite a la madre la necesidad de ejercer una acción de reclamación de la paternidad. En Cataluña la prestación del consentimiento a TRA en documento público es una posibilidad que ya permitía el art. 92.1 CF, y que se mantiene en el vigente art. 235-8.1 CCCat. Según este precepto, «Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado (...) en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento».

²³⁶ Si hay posesión de estado, cualquier persona con interés legítimo ostenta legitimación para reclamar la filiación *ex* art. 131 CC, sin sujeción a plazo temporal alguno. A falta de posesión de estado, los únicos legitimados para ejercer esta acción imprescriptible al amparo de art. 132 CC son el padre, la madre y el hijo –y en su caso, sus herederos–.

²³⁷ La acción de reclamación de la paternidad matrimonial puede ser ejercida durante toda la vida por el padre, la madre o el hijo –por sí mismo o por medio de sus representantes legales–. Dado que la acción se fundamenta en la verdad biológica, esta podrá ejercerse incluso cuando no ha existido consentimiento por parte del marido a la fecundación asistida de su cónyuge: José Ramón GARCÍA VICENTE, “Comentari a l'article 235-8. La fecundació assistida de la dona casada” (traducción de Sergi MORALES MARTÍNEZ), en Joan EGEA I FERNÁNDEZ, Josep FERRER I RIBA (Dir.) y Esther FARNÓS AMORÓS (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convencionals d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 596-599, p. 597. Además, en el derecho civil catalán la posesión de estado es irrelevante para el ejercicio de la acción, a diferencia de lo que ocurre de acuerdo con el Código Civil español o el Fuero Nuevo. No obstante, este concepto sigue teniendo valor en el ordenamiento jurídico catalán al objeto de inferir o deducir la filiación que pretende declararse: Esther FARNÓS AMORÓS, “Comentari a l'article 235-20. Filiació matrimonial”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ, Josep FERRER I RIBA (Dir.) y Esther FARNÓS AMORÓS (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convencionals d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 633-638, p. 634.

²³⁸ Esta acción corresponde al padre, la madre y el hijo, quienes podrán ejercitarla en cualquier tiempo. Además, en caso de que exista posesión de estado, también podrán ejercerla los terceros con interés lícito y directo.

la mujer se somete a una TRA utilizando su material genético²³⁹. Con todo, el hecho de que los arts. 8.2, 9.1 y 9.3 LTRHA se refieran a la determinación de la filiación respecto del hombre no casado con la madre, y que el art. 6.1, par. 2º, LTRHA señale que «la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas (...) con independencia de su estado civil y orientación sexual», unido a la práctica de los centros y servicios autorizados españoles, evidencia que las parejas heterosexuales no casadas recurren habitualmente a este tipo de fecundación²⁴⁰. En este supuesto, pese al silencio de la LTRHA, el hombre deberá autorizar el uso de sus gametos en la fecundación asistida de su pareja, mediante la suscripción del correspondiente modelo de consentimiento informado que pondrá a su disposición el centro o servicio autorizado que lleve a cabo la fecundación. Ahora bien, su consentimiento no operará como título de determinación de la filiación, sino más bien como una prueba directa del carácter de la generación en caso de posterior impugnación de la paternidad. Si el hombre consiente y el procedimiento se lleva a cabo con éxito, el hijo que nazca mantendrá un vínculo genético con su progenitor, si bien su paternidad legal no será determinada automáticamente por el juego de la presunción de paternidad

²³⁹ Según BARBER CÁRCAMO, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *cit.*, p. 33, «el legislador, al no contemplar que el conviviente consienta la fecundación homóloga de la mujer, no está excluyendo dicha posibilidad: antes bien, está admitiendo que lo haga cualquier varón y no sólo el conviviente, pero con asunción entonces de las responsabilidades parentales, de las que sólo se exime al donante anónimo». Cfr. NANCLARES VALLE, “Las técnicas de reproducción asistida en España...”, *cit.*, p. 869.

²⁴⁰ El modelo de consentimiento informado a la inseminación artificial homóloga que la SEF pone a disposición de los centros y servicios autorizados españoles evidencia que esta técnica se está llevando a cabo en el seno de parejas heterosexuales no casadas, por cuanto la pareja debe señalar en el formulario si concurre como matrimonio o pareja de hecho: <http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/consentimientosESP/consentimiento1.pdf> (consultado el 2.2.2018).

matrimonial, sino por cualquiera de los títulos de determinación de la filiación no matrimonial previstos legalmente (arts. 120 CC y 235-9 CCCat, y Ley 53.b) FN [ref. 2019])²⁴¹.

Al objeto de determinar su filiación, el hombre no casado con la madre podrá: declarar su paternidad en el momento de efectuar la inscripción del nacimiento mediante el correspondiente formulario oficial al que se refiere la legislación del Registro Civil [arts. 120.1º CC y 44.4.b) LRC]²⁴²; o reconocer su paternidad, bien ante el encargado del Registro Civil²⁴³, bien en un testamento u otro documento público (arts. 120.2º CC, 235-9.1.a) CCCat²⁴⁴ y Ley 54.a) FN [ref. 2019])²⁴⁵. Igualmente, la

²⁴¹ Dado que la LTRHA no contiene regla especial en materia de filiación del hombre no casado con la madre, debemos remitirnos a las leyes civiles *ex* art. 7.1 LTRHA (en Navarra, Ley 53.d) FN [ref. 2019]), lo que nos conduce a aplicar en esta sede las reglas del CC en materia de filiación por naturaleza (en Navarra, las del Fuero Nuevo). En Cataluña, pese a que el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer tiene la consideración de título de determinación de la filiación (art. 235-3 CCCat), la paternidad del hombre no casado también se determinará con arreglo a cualquiera de las formas previstas para el establecimiento de la filiación no matrimonial (art. 235-9 CCCat).

²⁴² Según la Instrucción de la DGRN de 9.10.2015 sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios, «la firma del formulario por el padre implica reconocimiento de paternidad conforme al artículo 120.1.º del Código Civil».

²⁴³ En este supuesto se requerirá el consentimiento expreso de la madre, y también el de su representante legal, si el hijo es menor de edad, o el suyo propio, si es mayor de edad. Para ello, deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento (art. 44.7 LRC). En Navarra, el reconocimiento de una persona menor de edad no emancipada o con la capacidad modificada judicialmente es directamente inscribible sin perjuicio de la oposición que puede formular quien ostente su representación legal (Ley 54.c), par. 2º, FN [ref. 2019]).

²⁴⁴ En Cataluña, el reconocimiento también puede efectuarse en codicilo.

²⁴⁵ El expediente gubernativo tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil (arts. 120.3ª CC, 235-9.1.b) CCCat y 44.7 LRC) también permite determinar la filiación paterna no matrimonial, si bien la práctica cotidiana de las oficinas de los Registros Civiles ha puesto de manifiesto que este título se utiliza únicamente cuando no son posibles el resto de títulos determinativos, sobre todo por premoriencia de los progenitores: José BAENA DE TENA, “Comentario al artículo 314 del Reglamento de la Ley del Registro Civil”, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Silvia DÍAZ ALABART

filiación no matrimonial del hombre no casado con la madre podrá

(Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo IV, Vol. 5º: Artículos 165 al final del Reglamento de la Ley del Registro Civil, Edersa, Madrid, 1997, accesible en: <https://app.vlex.com/#ES/sources/674>.

No obstante, la ausencia de referencia expresa en la LTRHA al consentimiento del hombre no casado a la fecundación homóloga de su pareja plantea dudas acerca de la posibilidad de iniciar un expediente gubernativo para determinar su paternidad (arts. 120.3º CC y 235-9.1.b) CCCat), pues el párrafo segundo del art. 44.7 LRC exige, a falta de posesión de estado, que exista escrito indubitado del padre en el que expresamente reconozca su filiación. Dado que el art. 8.2 LTRHA sí concede dicha consideración al consentimiento del hombre no casado a la fecundación heteróloga, parece lógico afirmar que dicho precepto también puede aplicarse al supuesto de fecundación homóloga. Como apunta FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción asistida*, cit., p. 98 «de lo contrario, se estarían exigiendo mayores requisitos para establecer la paternidad al varón no casado que aporta sus gametos que al varón que no lo hizo». En el mismo sentido, *vid.* Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “Técnicas de reproducción asistida y su influencia sobre la filiación”, *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 29, 1999, pp. 261-279, p. 269. Más concretamente, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO señala que podrá considerarse como escrito indubitado «cualquier escrito del padre anterior o al tiempo de la inseminación (por supuesto, también posterior) en el que consienta a la misma y/o reconozca su paternidad en relación con el fruto de la inseminación, pero que no pueda ser considerado como reconocimiento a los efectos del art. 120.1.º CC (actualmente art. 120.2º CC, tras la modificación operada por la Ley 9/2015): por no tratarse de una escritura pública (documento público), por no tener como fin dicho reconocimiento expresamente, o por ser anterior a la inseminación si se entiende que no cabe el reconocimiento a favor del *concepturus*»: Rodrigo BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, “La filiación inducida y las clasificaciones legales”, en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 117-139, p. 130. En consecuencia, cuando no quepa determinar la paternidad por cualquiera del resto de títulos de determinación extrajudicial, podrá recurrirse al expediente gubernativo.

En Navarra, el Fuero Nuevo no se refiere expresamente al expediente gubernativo como un título de determinación de la filiación no matrimonial. Sin embargo, según la RDGRN de 17.3.2003 (RJ 2003\4128), en esta comunidad «siguen vigentes las formas de determinación de la filiación no matrimonial reguladas especialmente en la Ley del Registro Civil, como sucede con las hipótesis de los artículos 47 (determinación de la filiación materna por coincidir en ella declaración y el parte médico) y 49 (determinación por expediente de la filiación paterna o materna), respecto de las que guarda silencio el Fuero Nuevo de Navarra». En consecuencia, también cabría recurrir al expediente gubernativo en esta comunidad, presentando el consentimiento extendido por hombre no casado a la fecundación homóloga, al objeto de que se determine extrajudicialmente su paternidad. Ahora bien, en caso de que exista oposición de parte interesada o del Ministerio Fiscal, habrá que recurrir necesariamente a la acción de reclamación (art. 44.7 LRC).

establecerse por sentencia firme (arts. 120.4º CC, 235-9.1.c) CCCat y Ley 53.b) FN [ref. 2019]). Cuando la filiación no se haya determinado por cualquiera de los títulos extrajudiciales a los que me he referido anteriormente, parece lógico que el hombre no casado con la madre pueda ejercer la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial (arts. 131 o 133.2 CC²⁴⁶ y 235-21.2 CCCat, y Ley 57.b).2 FN [ref. 2019]²⁴⁷), aun cuando no haya consentido el tratamiento²⁴⁸. El vínculo

²⁴⁶ Si existe posesión de estado, la acción no estará sujeta a plazo (art. 131 CC). A falta de ella, el hombre dispondrá de un año para ejercer la acción contado desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en los que haya de basar su reclamación, lo que equivale en este caso al momento en el que tenga conocimiento del nacimiento (art. 133.2 CC). Esta última posibilidad se introduce con la aprobación de la Ley 26/2015, y como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 133 CC, que impedía al progenitor reclamar la filiación no matrimonial en casos de inexistencia de posesión de estado (SSTC 273/2005, Pleno, de 27 de octubre [RTC 2005\273] y 52/2006, Pleno, de 16 de febrero [RTC 2006\52]). Un análisis más detenido de ambas resoluciones puede verse en Josep FERRER RIBA, “Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 3, 2006, pp. 729-756.

²⁴⁷ En Navarra, la Ley 71.b).2 FN en la redacción dada por la Ley Foral 5/1987, que con la aprobación de la Ley Foral 21/2019 ha pasado a ser la Ley 57.b), no reconocía a los progenitores legitimación para ejercer la acción de declaración no matrimonial, lo que provocó que el Tribunal Constitucional declarase su inconstitucionalidad (STC 41/2017, 1ª, de 24 de abril [RTC 2017\41]). Más concretamente, la disposición fue considerada contraria a los arts. 24.1 y 39.2 CE, por cuanto impedía a los progenitores la declaración judicial de la filiación no matrimonial. Ahora bien, su carácter excluyente no provocó la nulidad del precepto, sino que el TC concedió al legislador navarro un plazo de un año para regular con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial incluyendo, en su caso, los requisitos que se estimasen pertinentes para poder ejercitar dicha acción. Atendiendo a este mandato, Navarra aprobó la Ley Foral 9/2018 y estableció que los progenitores disponen del plazo de un año desde que hubieran tenido conocimiento de la posible paternidad o maternidad, o razonablemente hubieran podido tenerlo, para reclamar la declaración de su filiación no matrimonial (Ley 71.b).2 FN, que ha pasado a ser la Ley 57.b).2 FN [ref. 2019]). Ahora bien, para el caso de que la filiación no esté determinada se decidió condicionar la posibilidad de accionar a la previa realización de un reconocimiento en la forma establecida en la Ley 69 (precepto que con la aprobación de la Ley Foral 21/2019 ha pasado a ser la Ley 54), y a que la determinación de la filiación conforme el mismo no haya podido tener lugar por falta de consentimiento de la persona reconocida o sus descendientes, o por estimación judicial de la oposición de sus respectivos representantes legales, en términos similares a lo previsto en el CCCat (art. 235-21). En estos supuestos, el plazo para ejercitar la acción se suspende en el momento en el que se realice el reconocimiento, y se

biológico existente entre él y el hijo nacido tras la fecundación constituye fundamento suficiente para justificar su petición²⁴⁹. Del mismo modo, cuando el hombre no casado con la madre no declare o reconozca su paternidad, y tampoco la reclame en sede judicial, podrá la madre ejercer la acción en interés de su hijo menor (arts. 131 o 133.1 CC, 235-21.1 CCCat y Ley 57.b).1 FN [ref. 2019])²⁵⁰. Igual derecho le

reanuda cuando conste la falta de consentimiento, o desde que adquiera firmeza la resolución que estime la oposición. Además, en interés del hijo o de sus descendientes, se prevé la posibilidad de que la sentencia estimatoria de la acción de declaración limite sus efectos conforme a lo dispuesto en la Ley 72 FN (precepto que con la aprobación de la Ley Foral 21/2019 ha pasado a ser la Ley 52). Como señala el legislador navarro en la exposición de motivos de la Ley Foral 9/2018, «de esta manera, sólo en el supuesto de que el reconocimiento no llegara a ser eficaz para determinar la filiación, el progenitor podrá acudir a la correspondiente acción de declaración de la filiación con inclusión de la del hijo ya fallecido en tales circunstancias».

²⁴⁸ Y digo esto porque mientras los conflictos en materia de filiación derivada de TRA deban resolverse, a partir de la remisión del art. 7.1 LTRHA (en Navarra, de la de la Ley 53.d) FN [ref. 2019]), conforme a las reglas en materia de filiación por naturaleza que establece el Código Civil español, el Código Civil catalán o el Fuero Nuevo, el criterio determinante en el proceso debe ser la adecuación de la relación paterno-filial a la verdad biológica, lo que permite afirmar que, pese a la ausencia de consentimiento del hombre no casado, se podrá declarar su paternidad.

²⁴⁹ No existe consenso en la doctrina. A favor, BARBER CÁRCAMO, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *cit.*, p. 33. En contra, RIVERO HERNÁNDEZ, quien considera que este supuesto «apenas se diferencia del mero donante anónimo, que no ha asumido ninguna responsabilidad a priori, y si no efectúa reconocimiento voluntario, es discutible si en un proceso de reclamación de filiación puede declararse su paternidad (el art. 135.i.f. CC se queda un tanto estrecho en este caso). La decisión y responsabilidad única de ese nacimiento corresponde a la madre: atribuir el hijo a su compañero, que ni quiso ni sabía el destino que iba a darse a su material genético, puede parecer demasiado fuerte y quizá injusto»: FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, “§55. Filiación derivada de procreaciones asistidas”, en José Luis LACRUZ BERDEJO, FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA y FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de familia*, vol. 2, 3ª ed., Jose María Bosch Editor, Barcelona, 1989, p. 158.

²⁵⁰ *Vid.*, en la jurisprudencia, la SAP Alicante, sec. 6ª, de 23.12.2014 (AC 2015\275), que resolvió un caso en el que una pareja heterosexual no casada recurrió a una IAP concurriendo el consentimiento de ambos. La filiación paterna no quedó determinada extrajudicialmente, por lo que madre interpuso una acción de reclamación de la paternidad no matrimonial en nombre del hijo. El demandado se opuso alegando la inexistencia de una relación extramatrimonial entre ambos, así como que una donación de espermatozoides no podía considerarse una atribución de paternidad. La

corresponde al hijo (arts. 131 o 133.1 CC y 235-21.1 CCCat, y Ley 57.b).1 FN [ref. 2019]²⁵¹).

2.3. Impugnación de la paternidad del marido o del hombre no casado con la madre

Establecida la filiación paterna del marido u hombre no casado con la madre, cabe preguntarse si puede ser impugnada (arts. 136 CC y 235-23 CCCat, y Ley 56.b) FN [ref. 2019]) con posterioridad. En sede de fecundación homóloga, lo cierto es que la LTRHA no contiene disposición alguna que impida al marido u hombre no casado impugnar²⁵². Sin embargo, creo que precisamente es el consentimiento

Audiencia concluyó que la aportación de material genético que realizó el demandando sí le atribuía la paternidad, a diferencia de lo que ocurre con la donación anónima *ex* art. 5.5 LTRHA.

²⁵¹ En el caso de Navarra, con anterioridad a la aprobación de la Ley Foral 9/2018, la legitimación del hijo para ejercer la acción de declaración de la paternidad no matrimonial estaba condicionada a que concurriera uno de los supuestos que establecía la Ley 71.b) FN, en la redacción dada por la Ley Foral 5/1987. Más concretamente, esta disposición permitía reclamar al hijo solo si concurría alguno de los siguientes supuestos: 1) la madre y el padre presuntos habían convivido notoriamente durante el tiempo de concepción; 2) existía posesión de estado de hijo respecto del demandado; 3) existía declaración del presunto progenitor; o 4) existían pruebas biológicas de la relación paternofilial. Una lista que debía interpretarse como un *numerus clausus* que no permitía al hijo reclamar en otros supuestos (*vid.* Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, “Elementos objetivos de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 6, vol. 1, 1988, pp. 99-108, p. 102; y FJ 4º de la STSJ de Navarra, Civil y Penal, de 16.3.1993 [R] 1993\2526]). Sin embargo, la Ley Foral 9/2018 suprime las circunstancias en las que anteriormente el hijo debía fundar la acción y, a su vez, tal y como señala su exposición de motivos, dadas las dudas que pudo haber suscitado la legitimación de sus descendientes, explícita que la acción también puede ser ejercitada por el representante legal durante la minoría de edad del hijo. Posteriormente la Ley Foral 21/2019 ha mantenido el contenido sustantivo de dicho precepto, si bien lo ha recogido en la Ley 57.b).1 FN, dada la reorganización sistemática de las leyes reguladoras en materia de filiación operada por esta reforma.

²⁵² En cambio, en sede de fecundación heteróloga y únicamente con respecto al marido, el art. 8.1 LTRHA le impide tanto a él como a la mujer impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido, siempre que hayan consentido. A mi juicio, la técnica legislativa utilizada por el Código Civil y Comercial argentino es más adecuada, dado

a la TRA lo que impide la impugnación de la filiación paterna, unido al hecho del vínculo genético existente entre marido u hombre y el hijo nacido²⁵³. Este último extremo, de hecho, justificaría que incluso cuando el marido u hombre no casado con la madre no haya consentido, lo haya hecho con vicios o haya revocado su consentimiento, la acción no prospere²⁵⁴. Ello sin perjuicio de las

que prevé la imposibilidad de impugnar la filiación resultante sin distinguir entre el tipo de técnica utilizada, y con independencia del estado civil de la receptora. Más concretamente, su art. 557, bajo la rúbrica «inadmisibilidad de la demanda», dispone que «no es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos».

²⁵³ Respecto a la imposibilidad de impugnar del marido, señala con acierto FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción asistida*, cit., pp. 93-94 que «si la norma existe en sede de fecundación heteróloga, con más razón el marido que consintió a la utilización de su material genético tampoco podrá impugnar la filiación que pueda resultar». En el mismo sentido, vid. VERDERA SERVER, cit., en COBACHO GÓMEZ (Dir.) e INIESTA DELGADO (Coord.), cit., p. 277. Con respecto al hombre no casado, también se muestra partidaria de impedir la impugnación BARBER CÁRCAMO, «Reproducción asistida y determinación de la filiación», cit., p. 33, al coincidir el consentimiento con el dato biológico.

²⁵⁴ Coincido con la mayoría de la doctrina en entender que la biología debe prevalecer. Respecto al marido, vid. Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Procreación artificial y responsabilidad civil», en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 245-317, pp. 279-280; «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, 1993, pp. 129-160, p. 148; Pilar BENAVENTE MOREDA, «Los errores de legislar en paralelo: la problemática aplicación de las reglas sobre filiación (determinación, acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida», *Oñati Socio-legal Series*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 1-36, p. 27. En cuanto al hombre no casado, vid. CÁRCABA FERNÁNDEZ, cit., pp. 81-82. Respecto a ambos, vid. PANTALEÓN PRIETO, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», en VV.AA., *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Editum, Murcia, 1989, p. 649; PÉREZ MONGE, cit., pp. 112-113 y 173-177; FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción asistida*, cit., 2011, pp. 94 y 98-99; y Eleonora LAMM, «El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida», Programa «El Derecho en una Sociedad Globalizada», Universitat de Barcelona, 2008, pp. 61-62 y 64, accesible en: <http://hdl.handle.net/2445/11381>.

responsabilidades civiles que el marido u hombre no casado pueda exigir al centro y, en su caso, a su mujer por haber llevado a cabo la fecundación sin cumplir con los requisitos legalmente exigidos²⁵⁵.

Cuando, en contra de lo previsto, el nacimiento del hijo se haya producido por la aplicación de una TRA heteróloga o se derive de la reproducción sexual de la mujer con un tercero, y no de la aportación de gametos que ha realizado el marido u hombre no casado²⁵⁶, existe incertidumbre en torno al tipo de acción que debe ejercitarse para dejar sin efecto la filiación paterna: bien puede interpretarse que en estos casos no ha existido consentimiento en absoluto, dado que el marido u hombre consintió a una fecundación homóloga y no a una heteróloga o a la reproducción sexual de su pareja con un tercero, bien puede considerarse que ha existido un vicio al otorgar su consentimiento. Si se opta por la primera interpretación, procedería el ejercicio de una acción de impugnación *stricto sensu* (arts. 136 y 140 CC, y Ley 56.b) FN [ref. 2019]), mientras que si se opta por la segunda, la acción a ejercitar sería la impugnación por vicios del consentimiento, considerando que el consentimiento a la fecundación asistida es asimilable al

²⁵⁵ En cuanto al marido, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, *cit.*, en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX*, *cit.*, pp. 279-280; “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *cit.*, p. 148; CARCABA FERNÁNDEZ, *cit.*, p. 79; y BENAVENTE MOREDA, “Los errores de legislar en paralelo...”, *cit.*, p. 27. Con respecto a ambos, *vid.* Fernando PANTALEÓN PRIETO “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, en VV.AA., *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, *cit.*, p. 649; y FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción asistida*, *cit.*, 2011, pp. 94 y 99.

²⁵⁶ FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción asistida*, *cit.*, p. 95, señala otros casos límite que también deberían permitir al marido impugnar, tales como la apropiación del esperma por la mujer durante una relación sexual para después inseminarse clandestinamente con un método instrumental, o la mala praxis del centro tras inseminar a la mujer con el esperma que el marido donó en su momento con fines no reproductivos.

reconocimiento (arts. 138²⁵⁷ y 141 CC, y Ley 56.c) FN [ref. 2019])²⁵⁸. La cuestión no es pacífica²⁵⁹ si bien, dado que en los escenarios planteados el hombre consiente a un tratamiento reproductivo que finalmente no se produce –ya sea porque la mujer recurre a los gametos de un donante para someterse a la fecundación, o porque mantiene relaciones con un tercero–, considero que no existe consentimiento en absoluto y que la impugnación debe atacar la filiación y no el título que ha permitido su determinación. Con independencia de la acción que proceda, considero que en estos casos la impugnación debe prosperar una vez probada la ausencia de paternidad biológica.

²⁵⁷ Adviértase que con la aprobación de la Ley 26/2015 se extiende la acción de impugnación por vicios del consentimiento a la filiación no matrimonial.

²⁵⁸ A diferencia de lo que ocurre en el resto de territorios, el legislador catalán sí ha previsto expresamente que el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer pueda ser impugnado cuando se haya otorgado sin capacidad o con vicios de la voluntad. El plazo para impugnar es de 2 años, que se contarán, en caso de falta de capacidad, desde su recuperación, en caso de error, desde su otorgamiento, y en el resto de casos, desde que el cese el vicio. Los hijos, descendientes y herederos pueden continuar la acción o incluso ejercerla, si el marido u hombre no casado fallece antes de que hayan transcurrido los dos años, durante el tiempo que quede para completar dicho plazo (art. 235-27.3 CCCat). Según FARNÓS AMORÓS, en tanto que la acción prevista en este precepto únicamente se dirige a invalidar la determinación de una paternidad establecida sin capacidad o con vicios del consentimiento, no le resulta de aplicación el art. 235-28.2 CCCat, que impide la impugnación cuando el consentimiento se prestó con arreglo a los requisitos establecidos legalmente, o cuando la persona cuya filiación se impugna es progenitor biológico del hijo: Esther FARNÓS AMORÓS, “Comentari a l’article 235-27. Impugnació del reconeixement de la paternitat”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ, Josep FERRER I RIBA (Dir.) y Esther FARNÓS AMORÓS (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 660-668, p. 664.

²⁵⁹ A favor de considerar que en estos casos procede una impugnación por vicios del consentimiento: FARNÓS AMORÓS, “La filiación derivada de reproducción asistida...”, *cit.*, p. 55; y BENAVENTE MOREDA, “Los errores de legislar en paralelo...”, *cit.*, p. 27. Por el contrario, consideran que procede una acción de impugnación *stricto sensu*, aunque referidos a supuestos de fecundación heteróloga: DELGADO ECHEVARRÍA, *cit.*, en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX*, *cit.*, p. 217; PÉREZ MONGE, *cit.*, p. 147; e INIESTA DELGADO, *cit.*, en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dir.), *cit.*, pp. 937-938.

En Cataluña, el art. 235-28.2 CCCat impide tanto al marido como al hombre no casado impugnar la filiación resultante del recurso a TRA siempre que hayan prestado su consentimiento. Más aún, tampoco cabe impugnar con independencia de que exista o no consentimiento, si la persona cuya filiación se impugna es progenitor biológico. En consecuencia, pese a que la técnica homóloga se realice sin el consentimiento del marido u hombre no casado, o una vez este haya sido revocado, no cabrá impugnación de la filiación paterna. Un precepto que demuestra, sin duda, que el legislador catalán ha optado por dar prevalencia a la verdad biológica en el supuesto que me ocupa.

En esencia, teniendo en cuenta el principio inspirador del actual Derecho de filiación español, así como del catalán y del navarro, basado en el principio de la verdad biológica, parece posible afirmar que, más allá de las eventuales consecuencias en materia de responsabilidad civil, ni siquiera en casos extremos en los que la mujer haya obtenido los gametos del marido u hombre no casado de forma fraudulenta, cabría la estimación de la acción de impugnación de la paternidad, desplazando así la biología por el consentimiento como criterio de atribución de la filiación. Pese a considerar que cuando el marido u hombre no haya consentido el uso de su material genético resulta difícil imponer responsabilidad procreacional y deberes de asistencia al hijo y de prestación de alimentos, de acuerdo con la normativa vigente, el marido u hombre será considerado progenitor a todos los efectos, con independencia de la falta de voluntad de procrear, debiendo asumir todas las obligaciones que se derivan de su condición. Y es que hasta la fecha el ordenamiento jurídico solo prevé una vía para limitar los efectos de la filiación, a saber, la eficacia limitada, que solamente puede

aplicarse cuando la filiación se determina por sentencia firme como consecuencia de la estimación de una acción de reclamación²⁶⁰, y siempre que concurra alguno de los supuestos tasados legalmente y entre los cuales no se encuentra un uso fraudulento del material genético de la pareja²⁶¹. Así las cosas, no existe previsión legal alguna

²⁶⁰ La jurisprudencia entiende que no cabe aplicar la eficacia limitada de la filiación al progenitor demandante cuya pretensión de impugnación resulta desestimada. Las sentencias que han abordado esta cuestión, conjuntamente con la doctrina que se ha pronunciado al respecto, pueden verse en Josep FERRER RIBA, “Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 297-327, p. 306.

²⁶¹ La eficacia limitada de la declaración de filiación se encuentra regulada en los arts. 111 CC y 235-14 CCCat, y Ley 52 FN [ref. 2019]. Por su parte, Aragón, pese a no contar con normativa en materia de determinación de la filiación, también regula la eficacia limitada de la filiación en el art. 61 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 63, 29.3.2011) [CDFA]. Los cuatro preceptos tienen naturaleza sancionadora y determinan los supuestos en los que cabe su aplicación, por lo que parece posible afirmar que su alcance debe interpretarse restrictivamente y, por ende, no cabe su aplicación analógica. Sobre el art. 111 CC, *vid.* Rafael VERDERA SERVER, “Comentario al artículo 111”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo I (Arts. 1 a 151), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1152-1162. Sobre el art. 235-14 CCCat, *vid.* José Ramón GARCÍA VICENTE, “Comentari a l’article 235-14. Eficàcia limitada” (traducción de Sergi MORALES MARTÍNEZ), en Joan EGEA I FERNÁNDEZ, Josep FERRER I RIBA (Dirs.) y Esther FARNÓS AMORÓS (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 614-616. Adviértase, no obstante, que los apartados 2 a 4 del art. 235-12 CCCat también prevén la limitación de los efectos de la filiación en supuestos de retraso injustificado en el intento de reconocimiento previo al ejercicio de la acción de reclamación.

Sobre la Ley 52, aunque es anterior a las reformas operadas por las Leyes Forales 9/2018 y 21/2019, *vid.*, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, “Ley 72”, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Silvia DIEZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXVI, Vol. 1º: Leyes 42 a 81 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, 2005, accesible en: <https://app.vlex.com/#ES/sources/684>. Nótese que la Ley Foral 9/2018 ha añadido un segundo párrafo a la Ley 72 FN (Ley 52 [ref. 2019]) con el objeto de permitir que el juez, de forma motivada, pueda restringir el alcance de los efectos de la filiación o incluso determinar que estos sean meramente declarativos en dos supuestos concretos: 1) cuando un hijo haya sido reconocido una vez ha fallecido, si así lo solicita su representante legal mediante el ejercicio de una acción de impugnación (Ley 70.d) FN, que ha pasado a ser la Ley 56.d) FN [ref. 2019]); y 2) en interés del hijo o de sus descendientes, cuando la filiación paterna no matrimonial sea determinada

que permita determinar la filiación con efectos meramente declarativos en un supuesto como este²⁶². De hecho, como propuesta de *lege ferenda*,

por sentencia tras el ejercicio de una acción de declaración ejercitada por el propio progenitor, al no haberse podido determinar por reconocimiento previo debido a la falta de consentimiento de la persona reconocida o, en su caso, de sus descendientes, o por estimación judicial de la oposición de sus respectivos representantes legales (Ley 71.b).2 FN, que ha pasado a ser la Ley 57.b).2 FN [ref. 2019]). De esta forma, el legislador navarro adiciona dos supuestos, más allá de la determinación judicial de la filiación contra la oposición del progenitor o en sentencia condenatoria de este, en los que cabe declarar asimismo la eficacia limitada de la filiación determinada. En opinión de FERRER RIBA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 305, mientras que los supuestos de eficacia limitada de la filiación pueden considerarse sanciones en interés privado, «dos supuestos que regula el nuevo derecho navarro (...) no parece, al menos, explícitamente, que (...) tengan un fundamento sancionador», pues se conciben en principio como medidas adoptadas en interés del hijo al margen de la conducta del progenitor.

Finalmente, sobre el art. 61 CDFA, *vid.* José Antonio SERRANO GARCÍA, “Artículo 61. Eficacia limitada de la filiación”, en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (Dir.), María del Carmen BAYOD LÓPEZ y José Antonio SERRANO GARCÍA (Coords.), *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 164-165, accesible en: <https://app.vlex.com/#ES/sources/14342>.

²⁶² Sin perjuicio de que la filiación con efectos meramente declarativos también pueda determinarse, en Navarra, en los supuestos previstos en la Leyes 56.d) y 57.b).2 FN [ref. 2019] (*vid.* lo dispuesto en la nota precedente), y en Cataluña, en los previstos por el art. 235-12, apdos. 2, 3 y 4, CCCat. En esta última comunidad, la filiación meramente declarativa puede determinarse en los siguientes casos: 1) cuando el padre o la madre reclaman judicialmente la paternidad o maternidad no matrimonial tras la denegación del consentimiento por parte del hijo mayor de edad o menor emancipado necesario para la eficacia del reconocimiento (apdo. 2); 2) cuando el progenitor reclama la filiación tras haberse denegado la aprobación judicial necesaria para que el reconocimiento de la persona menor de edad o incapacitado sea eficaz (apdo. 3); y 3) cuando el progenitor reclama la filiación de un hijo ya muerto tras haberse denegado la aprobación judicial necesaria para que su reconocimiento sea eficaz cuando los descendientes del hijo son menores o incapacitados (apdo. 4). En todos estos casos, la filiación meramente declarativa cabe siempre y cuando no se pruebe la razón que justifica el retraso en el reconocimiento (art. 235-12.2. CCCat).

Ahora bien, según FERRER RIBA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 315, el significado de estos preceptos (art. 235-12 CCCat y Leyes 56.d) y 57.b).2 FN [ref. 2019]) dista de ser claro. Respecto al derecho catalán, considera que el hecho de que «también el art. 235-14 describa el régimen general de eficacia limitada con la expresión “(l)os efectos de la declaración de filiación se limitan a la mera determinación de este estado” para luego matizar, en el apdo. 2, que en estos casos la determinación de la filiación no produce ningún efecto civil “a favor del progenitor” pero que sí se mantienen sus obligaciones, invita a interpretar que tampoco el art. 235-12 pretende atribuir efectos declarativos *stricto sensu*». Y añade que, ante la duda, resulta razonable interpretar que los efectos declarativos se producirán únicamente respecto

creo que debería regularse la posibilidad de que se determine una filiación meramente declarativa en supuestos en los que el hijo así lo solicite, así como en aquellos en los que el juez lo estime pertinente atendiendo a las circunstancias particulares del caso. Además, esta vía no debería limitarse a supuestos en los que se determine la filiación judicialmente, sino que debería poder aplicarse a filiaciones ya determinadas, tras el correspondiente proceso de filiación, si existen suficientes motivos que lo justifiquen. La determinación de la filiación declarativa no debería contabilizar a efectos del límite legal de dos progenitores, de manera que no excluya necesariamente otra que resulte contradictoria. Teniendo en cuenta que la maternidad en solitario es una realidad, considerar que la filiación meramente declarativa privaría al hijo de un padre ya no constituye un argumento sólido para negarse a introducir esta posibilidad. De esta forma, pese a que el marido u hombre no casado seguiría siendo padre por coincidir la filiación jurídica con la verdad material, la filiación no produciría ningún efecto y solo supondría la constancia registral de la paternidad al efecto de que el hijo pudiese tener acceso a su origen biológico, lo que permitiría seguir respetando el mandato impuesto por el art. 39.2 CE²⁶³.

del progenitor. En cuanto al derecho navarro, apunta que la Ley 52 FN [ref. 2019] distingue entre determinar que los efectos sean meramente declarativos o restringir su alcance, por lo que considera que la cuestión aquí es todavía más incierta.

²⁶³ FERRER RIBA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 316-317, califica este tipo de acción como «meramente clarificadora de la descendencia genética», señalando que ya está admitida y regulada en el derecho alemán, y que tiene valor informativo y hace efectivo el interés de hijos, padres y madres de cerciorarse de la existencia o inexistencia de vínculos genéticos entre sí. Este autor se muestra partidario de su introducción en el ordenamiento jurídico español, considerando que «la parentalidad genética es relevante para padres e hijos al margen de su traducción o no en parentalidad legal», si bien es consciente de que para ello es preciso poder aplicar la sujeción forzosa a la prueba biológica, como ya lo hace Alemania en supuestos excepcionales, lo que requerirá una reforma legal mediante ley orgánica.

Negada la estimación de la acción de impugnación ejercitada por el marido u hombre no casado cuando la filiación se derive de la aplicación de una técnica homóloga y con independencia de que concurra o no su consentimiento, cabe preguntarse si el hijo puede impugnar (arts. 137 CC, 235-25 CCCat y Ley 56.b) FN [ref. 2019]). La LTRHA no se pronuncia al respecto aunque, dada la remisión que realiza el art. 7.1 a las leyes civiles (en Navarra, la ley 53.d) FN [ref. 2019]), nada impide que el hijo pueda recurrir a las reglas establecidas para impugnar la filiación que prevén el CC, el CCCat y el Fuero Nuevo, y cuyo objeto es el ajuste del vínculo jurídico con el dato biológico. De ejercerse una acción de impugnación por el hijo, creo que lo más sensato y coherente con lo dicho hasta ahora es defender su desestimación, habida cuenta de que el progenitor ha consentido el uso de sus propios gametos para posibilitar la fecundación y, aunque no lo hubiera hecho, existe un vínculo biológico entre él y el nacido, el cual resulta más que suficiente para justificar el mantenimiento de la filiación paterna.

3. La filiación derivada del recurso a fecundación heteróloga

3.1. La filiación del marido u hombre no casado con la madre

3.1.1. Consentimiento del marido y determinación de su paternidad

Como apuntaba con anterioridad, el art. 6.3 LTRHA se refiere al consentimiento del marido en términos generales, sin distinguir en función del origen de los gametos masculinos. Sin embargo, su consentimiento, además de ser necesario para realizar una fecundación homóloga en la que se utiliza su propio material genético, también es preciso en sede de fecundación heteróloga, pese al hecho de que el material genético provenga de un tercero, por el juego de la presunción de paternidad matrimonial. En efecto, mediante su consentimiento el marido autoriza la realización de la técnica concreta como parte del proyecto parental, y asume los derechos y deberes inherentes a la paternidad del hijo que nazca.

Si el matrimonio recurre a fecundación heteróloga, de nuevo, la relación paternofilial no queda determinada por la prestación del consentimiento, sino por la aplicación de la presunción de paternidad patrimonial (arts. 116 CC y 235-5.1 CCCat, y Ley 53.a).¹ FN [ref. 2019)]. Sin embargo, este consentimiento por parte del marido implica la expresión de una voluntad de asumir la paternidad de un hijo con el que no existirá vinculación genética alguna, con la consiguiente

imposibilidad de impugnar (arts. 8.1 LTRHA y 235-28.2 CCCat)²⁶⁴. Si mediando consentimiento no entrara en juego la presunción de paternidad (a causa, por ejemplo, de una separación legal o de hecho), deberá recurrirse al art. 118 CC o a la Ley 53.a).3 FN [ref. 2019], para determinar la filiación paterna matrimonial con el concurso del consentimiento de ambos cónyuges²⁶⁵. En otro caso, será necesario recurrir a la acción de reclamación de la filiación matrimonial. Aunque la LTRHA no prevé expresamente esta posibilidad, sí lo hace con respecto al hombre no casado con la madre (art. 8.2 *in fine*), por lo que creo que cabría fundamentar la pretensión en este último precepto de acuerdo con una interpretación sistemática de la norma²⁶⁶.

²⁶⁴ En relación con el art. 8.1 LTRHA, señala CABALLERO PEREGRÍN que «la ley impone una ficción o presunción “iuris et de iure”, por la que deduce una filiación matrimonial inimpugnable, que cubre desde el punto de vista legal una evidente discordancia entre la paternidad genética y la nueva paternidad creada por la ley»: Pedro CABALLERO PEREGRÍN, “Comentario científico al artículo 8. Determinación legal de la filiación”, en Francisco LLEDÓ YAGÜE, Carmen OCHOA MARIETA (Dirs.) y Óscar MONJE BALSAMEDA (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 117-119, p. 118.

²⁶⁵ Respecto a Cataluña, *vid. supra* nota 234.

²⁶⁶ El Código Civil catalán tampoco se refiere expresamente a la posibilidad de que el marido reclame judicialmente su paternidad cuando esta sea fruto de una fecundación heteróloga consentida, y su filiación no haya quedado determinada por presunción. No obstante, la STSJ Cataluña, Civil y Penal, de 20.7.2017 (JUR 2017\260960) permitió a la pareja femenina de la madre, que había consentido a la fecundación asistida a la que se había sometido la mujer y cuya filiación no había quedado determinada en vía extrajudicial, reclamar judicialmente su maternidad en base al art. 235-13.1 CCCat (*vid. apdo. III.3.2.3 del presente capítulo*). Por esta razón, considero que el marido que ha consentido a la fecundación heteróloga de su esposa también debería poder reclamar su paternidad, si bien esta vez con base en el art. 235-8.1 CCCat.

3.1.2. Consentimiento del hombre no casado con la madre y determinación de su paternidad

En cuanto al hombre no casado con la madre, y a diferencia de lo que ocurre en sede de fecundación homóloga, sí que existe una referencia expresa al consentimiento prestado por él, concretamente en el art. 8.2 LTRHA, que establece que «Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.»²⁶⁷. En efecto, el hombre no casado podrá consentir a la fecundación heteróloga de su pareja, lo que otorgará a dicho consentimiento la consideración de escrito indubitado en los términos que prevé el art. 44.7 LRC. Como el consentimiento desplegará efectos en el ámbito de la filiación, cabe aplicar análogicamente el art. 6.3 LTRHA, de forma que el consentimiento del hombre no casado deberá expresarse libre, consciente y formalmente. Por su parte, la determinación de la filiación paterna podrá hacerse, como ocurre en sede de fecundación homóloga, por cualquiera de los medios previstos legalmente (arts. 120 CC y 235-9 CCCat, y Ley 53.b)

²⁶⁷ La remisión que realiza este precepto al art. 44.8 LRC ha de entenderse hoy hecha al párrafo previo del precepto, esto es, al art. 44.7 LRC. Como acertadamente advierte BENAVENTE MOREDA, “Los errores de legislar en paralelo...”, *cit.*, p. 16, el error «deriva del hecho de que en el texto del art. 44 LRC 2011, en la redacción del Proyecto de Ley de 23 de junio de 2014, aparecía como apartado 9, al venir referido el apartado 7 a los supuestos de inscripción de filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, apartado que fue suprimido posteriormente en trámite de enmiendas, por lo que el apartado 8 pasó a ser, en el texto definitivo, apartado 7, sin que en corrección de errores se subsanara dicha diferencia».

FN [ref. 2019])²⁶⁸. Asimismo, el hombre no casado, la madre -como representante legal- o el hijo podrán recurrir a la determinación judicial de la filiación no matrimonial (arts. 8.2 *in fine* LTRHA²⁶⁹ y 235-13.1 CCCat²⁷⁰). Si el hombre no ha consentido, bastará que no reconozca al hijo, de forma que únicamente quede determinada legalmente la maternidad. En tal supuesto, y habida cuenta de la inexistencia, por un lado, de vínculo biológico entre él y el nacido y, por otro, de consentimiento expreso a la fecundación, no cabría la estimación de una acción de reclamación²⁷¹.

3.1.3. Impugnación de la paternidad del marido u hombre no casado con la madre

Prestado el consentimiento y determinada la filiación paterna matrimonial, entra en juego la regla contenida en el art. 8.1 LTRHA, que impide al marido que ha consentido la fecundación heteróloga de su cónyuge la posibilidad de impugnar su paternidad. El único requisito que exige esta regla para que pueda operar es que se haya consentido al tratamiento formal, previa y expresamente (art. 6.3 LTRHA)²⁷². Por el

²⁶⁸ En Reino Unido, sin embargo, la paternidad del hombre no casado con la mujer derivada del recurso a fecundación heteróloga consentida se determina por presunción (§§ 36 y 37 HFEA).

²⁶⁹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *cit.*, p. 123, refiriéndose al supuesto de que la madre ejercite la acción de reclamación en interés del hijo ante la oposición del hombre no casado a determinar extrajudicialmente su filiación, señala que la acción, basada en la prueba de la IAD y en contra de lo que sucedería en una hipótesis de fecundación natural, prosperará, y ello por cuanto únicamente así entendido tiene sentido el art. 8.2 LTRHA.

²⁷⁰ Respecto al fundamento de la acción, *vid. supra* nota 266.

²⁷¹ *Vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *cit.*, p. 269; y LAMM, *cit.*, p. 64.

²⁷² *Vid.* la SAP Segovia, sec. 1ª, de 30.9.2009 (JUR 2010\120007), que desestimó un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia desestimatoria de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, que había sido ejercitada por un hombre años después de haberse separado de su mujer. De los antecedentes fácticos de la

contrario, determinada la filiación paterna no matrimonial del hombre no casado con la madre, no existe en la LTRHA regla específica que le impida impugnar²⁷³. Sin embargo, parece lógico negar la posibilidad de ejercer la acción de impugnación al hombre no casado cuando efectivamente ha consentido a la fecundación, recurriendo a la aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA²⁷⁴.

En Cataluña, el art. 235-28.2 CCCat impide que la acción de impugnación de la paternidad prospere cuando el marido u hombre no casado haya consentido la fecundación en el documento extendido ante el centro autorizado o en documento público con arreglo a lo dispuesto

sentencia se desprende que el matrimonio se sometió a una fecundación heteróloga con el consentimiento del marido en el año 1994 y que, desde entonces y hasta el inicio del procedimiento judicial, este había contribuido a la manutención del hijo que aceptó como propio. El demandante fundamentó la acción en una supuesta ausencia de consentimiento a la fecundación heteróloga de su entonces esposa y, pese a la inexistencia en el pleito de prueba que documentara su consentimiento -imputable exclusivamente al centro autorizado que había llevado a cabo la fecundación-, la Audiencia consideró que sí había concurrido su consentimiento y que, por ende, resultaba de aplicación lo dispuesto en el art. 8.1 LTRA, lo que le impedía impugnar la filiación de un hijo nacido mediante fecundación heteróloga en la que había mediado el consentimiento de ambos cónyuges.

²⁷³ Por el contrario, en Italia, previamente a la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional italiano de la prohibición de recurrir a técnicas de tipo heterólogo (*vid. supra* nota 52), la *Legge 19 febbraio* 2004, n. 40, ya preveía la imposibilidad de que el marido o el hombre no casado impugnasen la filiación resultante de la fecundación heteróloga consentida, practicada habiendo eludido la prohibición que establecía el art. 4.3 de dicha norma, de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Civil italiano (art. 9.1). El párrafo tercero de este mismo precepto advierte, además, que en caso de que se practique una fecundación heteróloga, el donante no adquiere ninguna relación parental con el hijo nacido y no puede hacer valer ningún derecho sobre su persona, ni ser titular de obligación alguna.

²⁷⁴ En el mismo sentido, *vid.* BARBER CÁRCAMO, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *cit.*, p. 32; FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción asistida*, *cit.*, p. 100; y DE VERDA Y BEAMONTE, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida...”, *cit.*, pp. 321-322. También parece apoyar esta interpretación la jurisprudencia menor: *vid.* FJ 1º, SAP Sevilla, sec. 2ª, de 22.12.2014 (AC 2015\272).

en el art. 235-8.1 o 235-13.1 CCCat²⁷⁵. En consecuencia, con independencia del vínculo que una a la pareja, el hombre que decide consentir a la fecundación heteróloga de la mujer asume la paternidad del hijo que nazca con la consecuente imposibilidad de impugnar posteriormente su filiación²⁷⁶.

²⁷⁵ No obstante, en la STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 7.11.2013, FJ 5º [RJ 2018\1696], el Tribunal Superior de Justicia ha matizado estos requisitos señalando que es suficiente que se informe del consentimiento, que la voluntad sea correctamente formada y libremente expresada, y que haya constancia formal, para que el consentimiento sea válido a los efectos pretendidos. Esta resolución resolvió una acción de impugnación de la filiación paterna no matrimonial interpuesta por el hermano del padre, ya fallecido, contra el hijo de este último y su representante legal. El hijo había nacido fruto del recurso previo a TRA heterólogas, y la paternidad legal había quedado determinada mediante la presentación ante el Registro Civil del consentimiento a TRA extendido por el padre, ya fallecido, por la madre. Dicho consentimiento había sido otorgado oralmente por el padre en el centro o servicio autorizado con carácter previo a la aplicación de la técnica, si bien debido a la enfermedad que padecía había sido documentado con posterioridad fuera del centro o servicio sanitario. El actor impugnó la filiación alegando que el consentimiento prestado por su difunto hermano no cumplía los requisitos exigidos por el art. 97.1 CF, ya que no había sido expreso y previo a las TRA, ni formal. En primera instancia se estimó su pretensión. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona revocó esta decisión, y finalmente el TSJ confirmó esta última resolución por considerar que el consentimiento a las TRA prestado por el difunto padre cumplía con todas las formalidades legales al haber sido expreso, previo a la TRA y haberse documentado, y destacó que ni el derogado art. 97.1 CF tras ser modificado por la Ley 10/2008, ni el vigente art. 235-13.1 CCCat, exigían que el consentimiento a la reproducción asistida de la mujer tuviera que documentarse con carácter previo a la aplicación de las TRA.

²⁷⁶ Así lo puso de manifiesto la STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 27.9.2007 [RJ 2007\8520], que resolvió un caso de impugnación de la paternidad derivada del recurso a fecundación heteróloga ejercitada por la expareja de la madre. El demandante interesó la nulidad del consentimiento a TRA por haber sido prestado por error, y sin cumplir con el requisito formal constitutivo -documento público- que exigía el entonces vigente art. 92 CF. Dado que en el escrito de preparación del recurso el demandante citó como único precepto legal infringido el art. 92 CF, el TSJ dejó de lado la cuestión de la posible existencia de vicios al emitir el consentimiento, y se centró en la interpretación que debía darse a la forma notarial a la que se refería el art. 92 CF. El TSJ coincidió con las sentencias de primera y segunda instancia en considerar que el requisito de forma no era constitutivo sino probatorio, de modo que la falta de forma no llevaba a la nulidad del consentimiento. Para ello, se justificó en que el derecho catalán se rige por el sistema espiritualista; que el derogado art. 92 CF, a diferencia del 97 CF, no exigía que la escritura pública se otorgara antes de la realización de la técnica, de modo que podía admitirse que se formalizase con

Como ocurre en sede de fecundación homóloga, si el marido u hombre no casado ha consentido a la técnica heteróloga pero el nacimiento se deriva de la reproducción sexual de la madre con un tercero también podrá impugnar con éxito su paternidad²⁷⁷ y, en su caso, exigir responsabilidades a su mujer por los daños y perjuicios sufridos²⁷⁸. De

posterioridad a la prestación del consentimiento; en la doctrina de los actos propios y en el principio de la buena fe; y en el interés superior del menor.

Un año más tarde, la STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 22.12.2008 (JUR 2009\295671) volvió a resolver un caso de impugnación de la filiación derivada de TRA, aunque esta vez la paternidad impugnada era extramatrimonial y fue la madre quien ejercitó la acción. La demanda se interpuso como consecuencia de la ruptura de la pareja, y tras varias desavenencias en cuanto al régimen de visitas con el menor del que pretendía disfrutar el demandado, cuya paternidad fue inscrita con el consentimiento de la madre. Aunque el padre no había firmado el consentimiento extendido ante el centro autorizado –en él se indicaba que la firma de la pareja no era precisa-, ni lo había prestado previamente en escritura pública tal y como lo exigía el entonces vigente art. 97 CF, había ejercido como padre desde el nacimiento del menor. En primera instancia se declaró caducada la acción ejercitada al amparo del derogado art. 109 CF. Por el contrario, en segunda instancia se rechazó la caducidad de la acción y se considera que el consentimiento no era válido por no constar en documento público. Finalmente el TSJ, aplicando la doctrina sentada en la sentencia anteriormente comentada, consideró que el consentimiento del hombre no casado había quedado acreditado por otros medios, por lo que casó la sentencia de segunda instancia y desestimó la demanda, recalcando que «la seguridad jurídica y el interés del menor no pueden hallarse al albur de las relaciones afectivas de los padres» (FJ 11º).

²⁷⁷ Con acierto, el art. 539 del Código Civil quebequés prevé expresamente que el cónyuge o pareja de la madre, con independencia de que sea hombre o mujer, pueda impugnar la filiación derivada de reproducción asistida heteróloga cuando el nacimiento se derive de la reproducción sexual de la madre con un tercero. Esta disposición puede consultarse en inglés en el siguiente enlace: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991> (consultado el 19.10.2018).

²⁷⁸ Un ejemplo de la procedencia de responsabilidad en estos supuestos puede verse en la SAP Valencia, sec. 11ª, de 13.11.2014 (AC 2015\228), que resolvió un caso en el que el demandante reclamaba a su entonces esposa una indemnización que ascendía a 100.000 € en concepto de «daños morales causado por la pérdida de una hija, al haber sido engañado sobre el origen de la gestación de la menor». Del relato fáctico de la sentencia se desprende que el matrimonio recurrió a TRA y posteriormente la mujer se quedó embarazada, indicando al demandante que la concepción era consecuencia de la técnica a la que habían recurrido, por lo que el demandante procedió a reconocer la paternidad de la menor una vez se produjo el nacimiento. Un tiempo después, descubrió que su hija nació fruto de una relación sexual que la madre mantuvo con un tercero, lo que le provocó un impacto emocional que requirió de

nuevo no está claro qué acción deberá ejercitar: si la acción de impugnación *stricto sensu*, o la que persigue atacar el título determinante de la filiación ante la existencia de vicios del consentimiento²⁷⁹. Si se opta por esta segunda opción, al margen de Cataluña donde existe una acción prevista expresamente para atacar el consentimiento a TRA expresado con falta de capacidad o viciado (art. 235-27.3 CCCat), habrá que partir de la idea de que el consentimiento a TRA es asimilable al reconocimiento y, por tanto, cabe recurrir a la acción cuyo objeto es impugnar el reconocimiento otorgado con vicios del consentimiento (arts. 138 y 141 CC, y Ley 56.c) FN [ref. 2019]). A mi juicio, y tal y como he defendido en sede de fecundación homóloga, el consentimiento otorgado por el marido u hombre no casado lo es a un

tratamiento psiquiátrico. Previo inicio de este procedimiento, el demandante impugnó la filiación de la menor con éxito alegando la existencia de vicios del consentimiento. En primera instancia se estimó la procedencia de responsabilidad al considerarse probado el padecimiento sufrido por el demandante «como consecuencia del conocimiento del origen natural de la menor y la pérdida de su contacto y de los lazos afectivos que mantenía con ella» (FJ 1º), por lo que la demandada interpuso recurso de apelación contra esta resolución. La Audiencia Provincial, si bien compartió el razonamiento de la *juez a quo* y consideró que existía una acción dolosa por parte de la madre «al hacer creer al actor que la hija se había engendrado por inseminación artificial, y que es la rotura de esa creencia, al descubrirse el engaño de la paternidad biológica, la que genera el daño moral alegado en la demanda» (FJ 3º), estimó parcialmente el recurso y redujo la cuantía indemnizatoria a 30.000. Aplicando la jurisprudencia existente en la materia, la Audiencia consideró que no podía obviarse que el demandante conocía su esterilidad y tuvo conocimiento del engaño cuando la menor tenía aproximadamente tres años de edad, unido al hecho de que la afección psicológica sufrida había sido descrita como un trastorno adaptativo con ánimo deprimido.

²⁷⁹ *Vid. supra* nota 259. Nótese, además, que la SAP Valencia, sec. 11ª, de 13.11.2014 (AC 2015\228), a la que he hecho alusión en la nota precedente, hace referencia a una sentencia previa estimatoria de una acción de impugnación de la filiación ejercitada por el marido al apreciarse la concurrencia de vicios del consentimiento, y que se desencadena una vez este tiene conocimiento de que su hija es fruto de una relación sexual de la madre con un tercero, y no de la técnica heteróloga por ambos consentida. Esta sentencia, en relación a la cual solo consta la fecha (10.3.2011), vendría a confirmar que en estos casos procede el ejercicio de una acción de impugnación en sentido amplio.

tratamiento reproductivo y dado que este no se ha producido –el nacimiento es consecuencia de reproducción sexual-, este hecho constituye argumento suficiente para considerar que no ha existido consentimiento y que la impugnación debe dirigirse a atacar la filiación y no el título que la ha determinado, que no está viciado. De ejercitarla, bastará que el marido pruebe la inexistencia de vinculación biológica con el hijo nacido para que la acción prospere.

Si el marido no ha consentido la fecundación heteróloga de su cónyuge y la filiación se ha determinado por el juego de la presunción, cabe preguntarse si podría impugnar su paternidad (art. 136 CC y Ley 56.b) FN [ref. 2019], en relación con el art. 8.1 LTRHA, y art. 235-23.1 CCCat en relación con el art. 235-28.2 CCCat). A mi juicio, la respuesta a esta pregunta debe ser afirmativa, dado que en este supuesto ni existe vínculo biológico, ni concurre el requisito del consentimiento²⁸⁰. El plazo para ello será de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, término que no correrá mientras el marido ignore el nacimiento o su falta de paternidad biológica (art. 136.1 y 2 CC²⁸¹ y Ley 56.b), par. 1, FN [ref. 2019]). En Cataluña, el plazo será de

²⁸⁰ En este sentido, *vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *cit.*, pp. 267-268; y NANCLARES VALLE, “Las técnicas de reproducción asistida en España...”, *cit.*, pp. 879-880.

²⁸¹ La reforma operada por la Ley 26/2015 introduce una segunda excepción a la regla general que fija *el dies a quo* del plazo de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial (art. 136.2 CC). Así, en los casos en los que el marido conozca el nacimiento pero descubra su falta de paternidad biológica con posterioridad, el plazo de la acción no se iniciará hasta que se produzca tal conocimiento. Esta reforma responde a dos resoluciones del Tribunal Constitucional (SSTC 138/2005, de 26 de mayo [RTC 2005\138] y 156/2005, de 9 de junio [RTC 2005\156]), que declararon la inconstitucionalidad del precepto advirtiendo, sin embargo, que correspondía al legislador trazar de forma precisa el *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción prevista en el art. 136 CC, en términos respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE. Sobre los problemas que plantea actualmente

dos años a partir de la fecha en que conozca el nacimiento del hijo, o descubra las pruebas en las que fundamenta la impugnación (art. 235-23.1 CCCat).

Respecto a si el hijo, una vez alcanzada la mayoría de edad, puede impugnar la filiación paterna derivada del recurso a fecundación heteróloga consentida por el marido u hombre no casado (arts. 137.1 CC y 235-25 CCCat, y Ley 56.b), par. 3, FN [ref. 2019]), la cuestión no es pacífica²⁸², aunque me inclino por negar al hijo esta posibilidad, sin perjuicio de que este pueda conocer sus orígenes biológicos²⁸³. Y es que

el art. 136.2 CC, *vid.* Rafael VERDERA SERVER, *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 233-239.

²⁸² Se muestran contrarios a la impugnación de la paternidad por el hijo: PÉREZ MONGE, *cit.*, pp. 148 y 190; VERDERA SERVER, *cit.*, en COBACHO GÓMEZ (Dir.) e INIESTA DELGADO (Coord.), *cit.*, pp. 278 y 304. En sentido idéntico, aunque refiriéndose exclusivamente a la filiación matrimonial, *vid.* Ramón HERRERA CAMPOS, “Comentario jurídico al artículo 8. Determinación legal de la filiación”, en Francisco LLEDÓ YAGÜE, Carmen OCHOA MARIETA (Dirs.) y Óscar MONJE BALSAMEDA (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 119-121, p. 119; y LAMM, *cit.*, p. 51. En cambio, son favorables a reconocer al hijo la posibilidad de impugnar: DELGADO ECHEVARRÍA, *cit.*, en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX*, *cit.*, pp. 222 y 225; PANTALEÓN PRIETO, “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *cit.*, p. 146; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *cit.*, pp. 127 y 130-131; y BARBER CÁRCAMO, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *cit.*, p. 35. En el mismo sentido, aunque solo con respecto a la filiación matrimonial, *vid.* GÓMEZ SÁNCHEZ, *cit.*, p. 127; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *cit.*, en DÍAZ MARTÍNEZ (Coord.), *cit.*, p. 149; y María Corona QUESADA GONZÁLEZ, “Los retos actuales de la impugnación de la filiación”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 119-183, p. 172.

²⁸³ El derecho a conocer los orígenes biológicos no está reconocido en el ámbito de la reproducción asistida, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la adopción. Téngase en cuenta, no obstante, que en julio de 2019 la prensa española se hizo eco de la noticia de que tanto la SEF como el Comité de Bioética de España estaban preparando sendos informes sobre la conveniencia de mantener o suprimir la regla del anonimato consagrada en el art. 5.5 LTRHA asegurando que, pese a que todavía no se habían hecho públicas las conclusiones de ninguno de ambos organismos, ya se preveía que ambos fueran contradictorios. Se afirma que la SEF sería partidaria de mantener el anonimato del donante, mientras que el Comité de Bioética sería más favorable a levantarlo: Ignacio ZAFRA, “El deseo por conocer el origen impulsa

si el legislador ha permitido que se determine la paternidad de un hombre respecto de un hijo fruto de una fecundación heteróloga consentida por ambos miembros de la pareja, no veo motivos por los que luego deba permitirse al hijo impugnar dicha paternidad. Ello sin perjuicio de que, a falta de previsión expresa en la LTRHA y teniendo en cuenta la remisión general que realiza el art. 7.1 (en Navarra, la Ley 53.b) FN [ref. 2019]) a las leyes civiles, pueda entenderse que actualmente nada impide reconocer legitimación impugnatoria del hijo (arts. 137 y 140 CC, 235-25 y 235-26.1 CCCat, y Leyes 56.b), par. 3º y 56.d), par. 2º, FN [ref. 2019]), salvo que la filiación paterna haya sido determinada por sentencia firme (art. 764.2 LEC). En Cataluña, no obstante, resulta de aplicación la regla contenida en el art. 235-28.2 CCCat, que impide que la acción de impugnación prospere si la persona cuya filiación se impugna consintió a la fecundación asistida de la mujer. Aunque este precepto no hace referencia expresa al hijo, entiendo que la voluntad del legislador catalán fue preverlo para cualquier supuesto de impugnación con independencia del sujeto que ejercitara la acción²⁸⁴. Más aún, si se tiene en cuenta que en un contexto

cambios en la legislación mundial de donantes de esperma y óvulos”, *El País*, 13.7.2019:

https://elpais.com/sociedad/2019/07/11/actualidad/1562841732_322643.html (consultado el 23.7.2019). A mi juicio, el legislador debería adoptar una posición favorable al reconocimiento de este derecho, en la línea de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno como el sueco (*vid.* nota 118), el británico (*vid.* nota 125) o el portugués (*vid.* nota 129). Sobre el derecho a conocer los orígenes, *vid.* el documento de trabajo publicado por el Comité de Bioética de Cataluña, aprobado en la 97ª reunión plenaria, de 24.2.2016, que realiza interesantes recomendaciones en aras de que exista una mayor transparencia en el ámbito de las TRA heterólogas: http://canalsalut.gencat.cat/web/.content/_Sistema_de_salut/CBC/recursos/documentos_tematica/dret_origens_biologics.pdf.

²⁸⁴ BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 125, si bien reconoce que la regla del art. 235-28.2 CCCat comprende también al hijo, la considera muy discutible.

de anonimato del donante (art. 5.5 LTRHA), la estimación de la acción supondría privar al hijo de un padre.

En último término, respecto a la cuestión de que sea la madre quien impugne la filiación resultante de una fecundación heteróloga consentida durante la minoría de edad del hijo como representante legal (arts. 137, par. 2º, y 140 CC en relación con el art. 765.1 LEC, 235-24 y 235-26.1 CCCat, y Leyes 56.b), par. 4º y 56.d), par. 1º, FN [ref. 2019]²⁸⁵), considero que tampoco debería permitirse esta posibilidad por los mismos motivos que he expuesto con respecto al hijo²⁸⁶.

²⁸⁵ En cuanto a la impugnación de la paternidad no matrimonial que prevé el Fuero Nuevo, es importante subrayar que el representante legal solo puede ejercer esta acción cuando se hubiera opuesto al reconocimiento realizado por el hombre no casado y esta oposición se hubiera desestimado, y siempre que el fundamento de la acción sea la falta de paternidad biológica del reconocedor. Aunque la primera condición puede darse, no creo que concurra el fundamento de la acción pues al hombre le bastará con presentar el consentimiento otorgado a la fecundación heteróloga de la mujer para dejar constancia que la filiación determinada por reconocimiento responde a la voluntad de asumir la paternidad del hijo nacido y no al vínculo biológico. Si la madre ejercitase la acción como representante legal del hijo en base a la Ley 56.d), par. 3º, FN [ref. 2019], que otorga legitimación para impugnar a «todos aquellos a quienes perjudique», creo que debería desestimarse por concurrir conflicto de intereses.

²⁸⁶ Cuestión distinta es que el hombre casado no haya consentido. En este sentido, *vid.* la SAP Cantabria, sec. 2ª, de 26.9.2018 (JUR 2018\324034), que estimó el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia desestimatoria de la acción de impugnación de la filiación no matrimonial ejercitada por la madre en interés de sus hijos menores. De acuerdo con los antecedentes fácticos de la resolución, la madre había dado a luz a gemelos fruto del recurso a fecundación asistida heteróloga en solitario, si bien el demandado había sido inscrito como padre legal de ambos menores en el plazo para efectuar la inscripción del nacimiento. La Audiencia consideró que no cabía aplicar el art. 8.1 LTRHA al caso concreto para impedir la estimación de la acción de impugnación, al no constar el consentimiento del hombre no casado a la fecundación heteróloga de la demandante. Así las cosas, razonó que resultaban únicamente de aplicación al caso las disposiciones en materia de filiación del CC y determinó que, tratándose de un reconocimiento de complacencia, cabía el ejercicio de una acción de impugnación por parte de la madre al amparo del art. 140 CC. Por esta razón, la Audiencia estimó el recurso y dejó sin efecto la filiación extramatrimonial del demandado, dada la ausencia de vínculo biológico entre él y los hijos nacidos.

3.2. La filiación de la esposa de la madre

Como ya se ha advertido, la Comunidad Foral Navarra carece de regulación propia en materia de filiación derivada del recurso a reproducción asistida, y tampoco prevé la doble maternidad legal con independencia del estado civil de la usuaria de las TRA, de manera que el análisis que se llevará a cabo a continuación, junto con el del apartado III.3.3 del presente capítulo relativo a la filiación de la mujer no casada con la madre, tendrá por objeto únicamente la LTRHA y el CCCat²⁸⁷.

La ausencia de regulación expresa en Navarra provoca que el art. 7.3 LTRHA, que prevé la doble maternidad legal derivada del recurso conjunto a TRA por parte de parejas de mujeres casadas, resulte de aplicación, además de en los territorios sujetos al CC, en esta comunidad y en las restantes con derecho civil propio pero sin regulación en materia de filiación derivada de TRA (art. 7.1 LTRHA en relación con la DF 1ª de dicha norma).

Por su parte, Cataluña cuenta con regulación propia en la materia y, además de permitir la doble maternidad legal en el seno de matrimonios de mujeres (art. 235-8.1 CCCat), extiende esta posibilidad a parejas de mujeres no unidas por vínculo matrimonial (art. 235-13.1 CCCat).

²⁸⁷ *Vid.*, no obstante, nota 195.

3.2.1. El consentimiento a las técnicas de reproducción asistida

Desde la reforma de la LTRHA operada por la Ley 3/2007, dos mujeres casadas pueden ser consideradas madres legales de un menor nacido tras el recurso a TRA. Sin embargo, la LTRHA no contiene precepto alguno que exija el consentimiento de la esposa de la mujer cuando esta decide someterse a una técnica constante matrimonio, a diferencia de lo que ocurre en el caso de matrimonios heterosexuales, sede en la que el consentimiento del marido resulta indispensable (art. 6.3 LTRHA). La falta de esta exigencia por parte de la LTRHA se explicaría, por un lado, por el hecho de que la doble maternidad legal no se introduce en el art. 7 hasta el año 2007, un año después de su entrada en vigor –y momento en el cual, dicho sea de paso, las parejas del mismo sexo ya podían acceder al matrimonio²⁸⁸- y, por otro, por el hecho de que el ordenamiento jurídico no prevé que opere *ex lege* una presunción de maternidad a favor de la esposa de la madre, en términos similares a la que se aplica a favor del marido en el seno de matrimonios heterosexuales. En esencia, el legislador no tuvo en cuenta esta posibilidad cuando reguló la LTRHA y, al requerir que la esposa realice una declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil con posterioridad al nacimiento para que pueda determinarse su

²⁸⁸ El matrimonio entre personas del mismo sexo se introduce en el ordenamiento jurídico español mediante la Ley 13/2005, en cuya exposición de motivos el legislador anuncia que se ha procedido a una “imprescindible adaptación terminológica” de muchos preceptos del CC referidos al matrimonio, así como de normas que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes. A su vez, indica que no se ha adaptado el binomio formado por el marido y la mujer al que se refieren los arts. 116, 117 y 118 CC, dado que los supuestos de hecho a los que aluden solo pueden producirse en el seno de un matrimonio heterosexual. Nada se dice, sin embargo, sobre la necesaria modificación de otros preceptos contenidos en la diversa normativa que afecta a la institución del matrimonio, línea que el legislador parece haber mantenido al aprobar la LTRHA.

maternidad (art. 7.3), consideró innecesario hacer una referencia expresa a su consentimiento.

Pese a que los centros y servicios autorizados acostumbran a recabar el consentimiento de la esposa de la mujer que se somete a TRA, creo que sería deseable que la LTRHA previera su posible existencia, una vez permitida la determinación de la doble maternidad²⁸⁹. Aunque para que esta filiación se establezca lo relevante es la manifestación de voluntad que la esposa realice una vez se haya producido el nacimiento ante el encargado del Registro Civil (art. 7.3 LTRHA), el consentimiento es relevante como prueba firme del proyecto parental común en el que ambas mujeres se han embarcado. De hecho, la existencia de tal consentimiento adquiere gran relevancia en aquellos casos en los que la esposa, pese haber recurrido a TRA conjuntamente con la madre, decide no realizar la manifestación de voluntad, quedando así únicamente determinada la filiación de la madre gestante, o en aquellos otros en los que tras haberla realizado, impugna su filiación. Es evidente que en escenarios como estos la prueba del consentimiento extendido a la fecundación de su cónyuge facilita, en el primer caso, permitir determinar su maternidad legal aún en contra de su voluntad, y dejarla intacta en el segundo pese a que, por un conflicto con la madre

²⁸⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, “La doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 102, por su parte, se muestra partidaria de extender el mecanismo previsto en el art. 7.3 LTRHA a los matrimonios heterosexuales de forma que el marido pueda, en los mismos términos que puede hacerlo la esposa, decidir libremente si asume la paternidad formal o no. Además, considera que debería ser posible que la mujer casada se someta a un tratamiento reproductivo «sin que su marido haya de expresar su consentimiento de forma necesaria, emprendiendo las reformas legales que sean precisas, en su caso, en materia de presunción de paternidad».

gestante, ya no quiera seguir asumiendo sus obligaciones como progenitora del hijo nacido.

3.2.2. Determinación extrajudicial de la filiación

Desde marzo de 2007 dos mujeres casadas pueden ser consideradas madres legales de un menor nacido tras el recurso a TRA (art. 7.3 LTRHA). Mientras que la filiación de la gestante se determina, con arreglo al principio *mater semper certa est* por el mero hecho del parto, la filiación de su esposa se determina mediante declaración ante el encargado del Registro Civil, en la que ha de manifestar su voluntad de ser tenida como madre (art. 7.3 LTRHA)²⁹⁰. Ello bastará para ser inscrita como madre legal del menor que ha dado a luz su cónyuge, lo que hasta entonces solo era posible mediante el recurso a la adopción²⁹¹. De manifestarse dicha voluntad, el menor tendrá dos madres legales y será calificado como hijo matrimonial²⁹². En esencia, el legislador introduce un nuevo título de determinación legal de la maternidad, que se asienta en una mera ficción legal, y lo une al resto de títulos de atribución de la filiación que contempla el CC²⁹³. Esta

²⁹⁰ El reconocimiento de la doble maternidad, por la vía del art. 7.3 LTRHA, ha sido duramente criticado por un sector doctrinal: *vid.*, por ejemplo, BARBER CÁRCAMO, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *cit.*, pp. 28 y ss.

²⁹¹ *Vid. supra* nota 144.

²⁹² El art. 7.3 LTRHA no se pronuncia acerca de si la filiación determinada será matrimonial o no matrimonial, al contrario de lo que ocurre con el art. 44.5 LRC, que señala expresamente que «también constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

²⁹³ Señala QUICIOS MOLINA que se trata de «un título tanto de constitución de la filiación como de determinación legal, pues la declaración de voluntad de la esposa de la madre funciona como fundamento del establecimiento de la filiación y también como medio que permite el establecimiento de esa filiación»: Susana QUICIOS MOLINA, “Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: estado de la

filiación materna matrimonial, que no puede calificarse como natural o adoptiva, tiene su fundamento en la voluntad de la esposa de la mujer gestante. Pese a ello, surte los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, por mucho que en la práctica puedan no resultarle de aplicación determinadas reglas que contiene el CC en sede de acciones de filiación²⁹⁴.

En Cataluña, la doble maternidad está al alcance de parejas de mujeres con independencia de su estado civil y, a diferencia de lo que ocurre en el resto del país, el título que permite atribuir legalmente la filiación no es la manifestación de voluntad realizada ante el encargado del Registro Civil, sino el consentimiento formalizado en un documento extendido ante un centro o servicio autorizado o en documento público (arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat)²⁹⁵. De esta forma, por un lado, se ha tenido

cuestión”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 185-227, p. 189.

²⁹⁴ Así, por ejemplo, la STS, 1ª, de 5.12.2013 (RJ 2013\7566) matizó que, en orden al ejercicio de una acción de reclamación de la maternidad de la esposa de la madre, no es necesaria la impugnación de la ya determinada, al no ser contradictoria con la que se establece por ley (FJ 3º).

²⁹⁵ Parto de la idea de que, pese a que el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer es lo que permite determinar la filiación, y a que cabe realizar la solicitud de inscripción de nacimiento desde propio el centro sanitario en el que se produce el nacimiento, en la práctica la determinación de la maternidad de la esposa o de la mujer no casada con la madre se condiciona a la previa acreditación documental de su consentimiento ante el encargado del Registro Civil. Sobre la solicitud de inscripción de nacimiento desde el propio centro sanitario en casos de parejas de mujeres casadas, la LRC no se pronuncia al respecto, y tampoco lo hace la Instrucción de la DGRN de 9.10.2015 sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios, si bien algunos centros, como el Hospital Sant Joan de Déu de Barcelona, informan expresamente sobre esta posibilidad en su página web. Sorprende, no obstante, que este centro concreto circunscriba la comunicación electrónica al supuesto de que la pareja de mujeres esté casada, dado que en Cataluña la mujer no unida por vínculo con la madre también puede determinar su maternidad legal tras el recurso conjunto a TRA *ex* art. 235-13.1 CCCat: <https://www.sjdhospitalbarcelona.org/es/como-inscribir-al-recien-nacido-en-el-hospital> (consultado el 18.6.2019).

en cuenta el matrimonio entre personas del mismo sexo a la hora regular la filiación matrimonial derivada de TRA, optando por utilizar el término “cónyuge”, sin hacer diferenciación expresa en función de si la mujer está casada con un hombre o una mujer (art. 235.8.1 CCCat)²⁹⁶. Y, por otro, se ha superado la limitación de acceso a la doble maternidad que impone el art. 7.3 LTRHA, permitiendo que las parejas de mujeres no unidas por vínculo matrimonial también puedan recurrir a esta posibilidad (art. 235-13.1 CCCat).

Cabe señalar que previa reforma del párrafo tercero del art. 7 LTRHA por la Ley 19/2015, se exigía que la cónyuge manifestará su consentimiento ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, tras la celebración del matrimonio, pero con anterioridad al nacimiento²⁹⁷. En efecto, la ley parecía excluir la posibilidad de que la esposa de la madre fuera considerada madre legal del menor nacido a consecuencia del recurso a TRA, si la declaración de voluntad se había efectuado fuera del tiempo legalmente habilitado para ello²⁹⁸. Sin

²⁹⁶ Este artículo reproduce literalmente el contenido del art. 92.1 CF, en la redacción dada por la Ley 10/2008.

²⁹⁷ Antes de ser modificado, el párrafo tercero del art. 7 LTRHA disponía: «Cuando la mujer estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta 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.».

²⁹⁸ La línea de la DGRN ha sido cambiante respecto al cumplimiento de este requisito. El primer grupo de casos que se plantea ante este órgano tenía por objeto no solo decidir sobre la relevancia del requisito temporal, sino también sobre un problema adicional relacionado con la aplicación retroactiva del art. 7.3 LTRHA (nótese que la Ley 3/2007 no contiene ninguna regla de derecho transitorio al respecto). La Dirección tuvo que resolver tres supuestos (RRDGRN de 17.4.2008 [JUR 2009\388655], de 14.10.2008 [JUR 2009\443280] y de 24.11.2008 [JUR 2010\2732]), en los que el nacimiento se produjo con posterioridad a la entrada en vigor de la norma y, por ende, la manifestación de voluntad de la esposa se realizó fuera plazo. La DGRN mantuvo un criterio uniforme en su resolución, permitiendo

embargo, la reforma de 2015 elimina esta exigencia²⁹⁹, siguiendo la interpretación no formalista del consentimiento por la que había optado el Tribunal Supremo en las SSTs, 1ª, de 5.12.2013 (RJ 2013\7566) y de 15.1.2014 (RJ 2014\1265)³⁰⁰, y actualmente permite realizar esta declaración en cualquier momento posterior al nacimiento³⁰¹. Ahora bien, la Ley 19/2015 no solo modifica el art. 7.3

la inscripción de la maternidad de la esposa apoyándose en el hecho de que la declaración realizada tras el nacimiento, constituía una circunstancia que no podía alterar la finalidad pretendida por la norma. Por su parte, el segundo grupo de casos planteado ante la DGRN presenta idéntica controversia, esto es, realización de la manifestación de voluntad de la esposa con posterioridad al nacimiento, con la única –y relevante– diferencia de que se producen una vez ya ha entrado en vigor el art. 7.3 LTRHA. Contrariamente a lo que ocurrió con los primeros, la DGRN resolvió tres supuestos análogos disparmente: la RDGRN de 22.5.2008 [JUR 2009\389849] permitió la inscripción de la maternidad acogiéndose de nuevo al criterio de la finalidad de la norma, mientras que, *a contrario sensu*, las RRDGRN de 26.11.2008 (RJ 2010\459) y de 5.8.2013 (JUR 2014\206945) impidieron la inscripción argumentando que «no hay razón para que la repetida manifestación sobre la filiación de la cónyuge no gestante, no se hubiese hecho y formalizado del modo previsto en nuestro Ordenamiento jurídico con anterioridad al nacimiento». A mi juicio, esta última interpretación es excesivamente restrictiva, sobre todo teniendo en cuenta que permitir la inscripción de la maternidad hubiese supuesto el reconocimiento legal de un segundo progenitor, lo que creo que en último término beneficia el interés del menor.

Por lo que respecta a la posición de la doctrina, la interpretación mayoritaria pasaba por entender que, pasado dicho período, no cabía asumir con posterioridad la maternidad legal o formal: *vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, “La doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 87; Pilar BENAVENTE MOREDA, “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*, vol. 64, núm. 1, 2011, pp. 75-124, p. 101; y Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014, pp. 93-136, p. 106.

²⁹⁹ Contrariamente, la última Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil opta por recuperar la exigencia de prestación del consentimiento previa al nacimiento del hijo por parte de la esposa de la madre (art. 223-3.2): ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 393.

³⁰⁰ Un análisis de ambas sentencias puede verse en el apdo. III.3.2.3 del presente capítulo.

³⁰¹ En cuanto a la eliminación del requisito temporal, señala FARNÓS AMORÓS, “La filiación derivada de reproducción asistida...”, *cit.*, p. 16 que «la posibilidad de consentir la filiación respecto de un ya nacido, además de asimilar el consentimiento a un reconocimiento, tampoco guarda coherencia con la planificación de la procreación

LTRHA, sino también el art. 44 LRC, lo que ha supuesto la adición de un apartado quinto cuyo tenor literal es el siguiente: «También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge». El contenido del art. 44.5 LRC coincide sustancialmente con lo dispuesto por el art. 7.3 LTRHA, si bien el primero determina con claridad que se trata de una filiación matrimonial, cuestión sobre la que el segundo no se había pronunciado³⁰². En esencia, el art. 44.5 LRC fija una serie de requisitos para que la doble maternidad pueda determinarse legalmente, a saber: 1) vínculo matrimonial entre dos mujeres³⁰³; 2) inexistencia de separación legal o de hecho; y 3) declaración de voluntad de la comadre

y la existencia de un proyecto parental previo al nacimiento, que es inherente a la filiación derivada del recurso a las TRA y que protege el interés del menor desde el mismo día de su nacimiento». En términos muy similares, BENAVENTE MOREDA, “Los errores de legislar en paralelo...”, *cit.*, pp. 13-14 afirma que la reforma del art. 7.3 LTRHA, por un lado, asimila más si cabe este consentimiento a la figura del reconocimiento, pero sin las garantías y límites que se prevén para este último (art. 124 CC) y, por otro, se distancia de la idea de consentimiento como manifestación de la voluntad procreacional que se puede desprender de los arts. 6.3 y 8.2 LTRHA, lo que califica de «chocante» por dejar al arbitrio de la esposa de la madre, una vez el hijo ya ha nacido, decidir si quiere o no vincularse al mismo. En cuanto al momento en el que debe realizarse la manifestación de voluntad, en atención al silencio de la norma, son partidarios de limitar la misma a los plazos previstos para practicar la inscripción de nacimiento: INIESTA DELGADO, *cit.*, en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dir.), *cit.*, pp. 960, 965 y 966; y QUICIOS MOLINA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, pp. 201-203.

³⁰² VERDERA SERVER, *La reforma de la filiación...*, *cit.*, p. 120.

³⁰³ Según QUICIOS MOLINA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, 195-196, este requisito puede tener una incidencia distinta en la determinación de la filiación tras la reforma de 2015, dado que la remisión a la legislación registral, que hace coincidir la declaración de voluntad con la inscripción del nacimiento dentro de plazo, permite entender que es en ese momento cuando la comadre debe estar casada con la madre gestante, de manera que el hecho de que estuvieran casadas o no en el momento de someterse a TRA deviene en la actualidad totalmente irrelevante.

consistente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. Sorprendentemente, este precepto no se refiere al hecho de que el nacimiento se derive de la aplicación de TRA, al contrario de lo que se deduce del art. 7.3 LTRHA dada la ley en la que se encuentra situado³⁰⁴, lo que abriría la puerta a una interpretación amplia del mismo, en el sentido de considerar que la doble maternidad legal puede determinarse igualmente cuando el embarazo se derive de autoinseminación o reproducción natural³⁰⁵. En efecto, esta última interpretación es la que sorprendentemente ha adoptado la DGRN en su Resolución de 8 de febrero de 2017 (JUR 2018\283287), que ha permitido la inscripción de la maternidad legal de la esposa de la madre sin necesidad de acreditar el consentimiento a la reproducción asistida de su cónyuge, aunque ello tendrá, como se verá, consecuencias³⁰⁶.

³⁰⁴ Según BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 103, el hecho de que este precepto esté ubicado en un Ley especial y no en el Código Civil, su propia rúbrica («filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida»), así como su carácter excepcional para las reglas de la LTRHA, permiten concluir que al encargado del Registro Civil debe constarle la intervención de técnicas de reproducción asistida en la concepción del nacido. Una interpretación que confirma la RDGRN de 7.1.2009 (JUR 2010\98662), que resuelve un caso de autoinseminación en el seno de una pareja de mujeres e impide la inscripción de la maternidad de la esposa de la madre al no haber acreditado ante el encargado del Registro Civil la extensión de su consentimiento a la reproducción asistida de su cónyuge en un centro o servicio autorizado. Previamente las RRDGRN de 17.5.2008 (JUR 2009\389880), de 22.5.2008 (JUR 2009\389849), y de 28.2.2011 (JUR 2012\74939) ya habían vinculado la aplicación del art. 7.3 LTRHA al recurso previo a reproducción asistida, en casos en los que el nacimiento del hijo que pretendía ser inscrito derivaba efectivamente de la aplicación de una técnica reproductiva. Cfr. RDGRN de 8.2.2017 (JUR 2018\283287) (*vid. infra* nota 306).

³⁰⁵ En sentido contrario se pronuncia VERDERA SERVER, *La reforma de la filiación...*, *cit.*, p. 122, al afirmar que «la ubicación del art. 7.3 LTRHA permite presuponer que su ámbito de aplicación está supeditado a esta circunstancia, pese a que su tenor literal tampoco matice la cuestión».

³⁰⁶ Esta resolución es analizada pormenorizadamente en el apdo. II.3.1.1.a) del tercer capítulo.

Por otra parte, conviene puntualizar que la reforma de 2015 sigue sin aclarar si la comadre, a la hora de manifestar su voluntad ante en el encargado del Registro Civil en los términos que exige el art. 7.3 LTRHA para que se determine su filiación, debe contar con el consentimiento de la madre gestante. A mi juicio, este consentimiento es necesario aunque la ley no lo explicita y, en caso de que la madre gestante se niegue, no cabrá la inscripción de la filiación, al menos extrajudicialmente³⁰⁷.

³⁰⁷ Ya lo pusieron de manifiesto, en relación con la legislación anterior a la reforma de 2015, los magistrados Francisco Marín Castán, Antonio Salas Carceller e Ignacio Sancho Gargallo en el voto particular formulado a la STS, 1ª, de 15.1.2014 (RJ 2014\1265), al señalar que «se desprende de la interpretación literal de lo dispuesto por el artículo 7.3 LTRHA que para que la mujer no progenitora pueda “consentir” que se determine a su favor la filiación es necesario que previamente esté de acuerdo con ello la madre biológica, pues en caso contrario se daría la paradoja de que podría elegir libremente la no progenitora mientras que la madre biológica no podría imponer ni evitar tal consecuencia, que siempre quedaría al libre arbitrio de su cónyuge» (FJ 4º). Con respecto a la legislación actual, QUICIOS MOLINA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 201, señala que «de la nueva regulación podemos deducir que si la esposa de la madre gestante no manifiesta al inscribir al nacido dentro de plazo su consentimiento, no debería haber una determinación posterior de la maternidad, ni extrajudicial ni judicial». También se muestra partidario de considerar el consentimiento de la madre gestante como necesario para la inscripción de la comaternidad: DE LORA DELTORO, *cit.*, en GARCÍA AMADO (Dir.), GUTIÉRREZ SANTIAGO, y ORDÁS ALONSO (Coords.), p. 216. *Cfr.* la SJPII núm. 2 de San Vicente del Raspeig (Alicante) de 28.11.2018 [La Ley 202726/2018], que desestimó una acción de impugnación de la filiación por vicios del consentimiento ejercitada por la madre gestante contra la manifestación de voluntad realizada por la comadre en los términos del art. 7.3 LTRHA. Si bien la desestimación de la demanda se debió a la falta de legitimación activa de la demandante (madre gestante) para ejercitar una acción de impugnación de la filiación por vicios del consentimiento al amparo de los arts. 138 y 141 CC, respecto al título previsto en el art. 7.3 LTRHA, la resolución puso de manifiesto que «el reconocimiento o prestación de consentimiento no lo hace la madre gestante, sino que lo otorga la cónyuge de ésta, no siendo requerido el consentimiento de la madre biológica para llevar a cabo dicho reconocimiento». En el caso objeto de enjuiciamiento la madre gestante alegaba haber otorgado su consentimiento para que la filiación de la comadre se inscribiese, si bien el Juzgado consideró este hecho irrelevante y aclaró que el mismo no era preciso para que la filiación quedase determinada legalmente. También se muestra contraria a considerar necesario el consentimiento de la madre gestante para la inscripción de la doble maternidad Roncesvalles BÁRBER CÁRCAMO, “Retos actuales de la acción de reclamación de la filiación”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES

Como puede observarse, pese a que la reforma operada por la Ley 3/2007 equipara los matrimonios entre mujeres con los celebrados entre personas de distinto sexo en cuanto al establecimiento del doble vínculo de filiación, la LTRHA sigue manteniendo ciertas diferencias notables según se trate de uno u otro³⁰⁸, que se concretan en la exigencia de mayores formalidades en los primeros³⁰⁹. Al marido se le

DE DERECHO CIVIL, *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 69-117, p. 73.

³⁰⁸ Este tipo de diferencias también están presentes en otros ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, en Países Bajos –nótese que en este país el donante debe ser necesariamente identificable (al respecto, *vid.* nota 123)-, mientras que la filiación del marido se determina automáticamente por el juego de la presunción de paternidad matrimonial con independencia de que la técnica heteróloga se haya llevado a cabo o no en un centro autorizado neerlandés, la cónyuge de la madre gestante solo es presumida madre legal si puede acreditar, mediante una petición al Registro de Donantes (*Donor Data Foundation*), que la técnica se ha producido en un centro autorizado con esperma de donante registrado (lo que significa que el matrimonio no lo conoce aunque su identidad podrá revelarse si así lo solicita el hijo). En otro caso, la cónyuge debe recurrir necesariamente a la figura del reconocimiento, para cuya eficacia se requiere el consentimiento de la madre gestante: Masha ANTOKOLSKAIA, “Legal embedding planned lesbian parentage. Pouring new wine into old wineskins?”, *Family & Law*, 2014, pp. 1-14, p. 8, accesible en: <http://www.familyandlaw.eu/tijdschrift/fenr/2014/02/FENR-D-13-00002.pdf>.

³⁰⁹ En este sentido, *vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, “La doble maternidad legal...”, *cit.*, pp. 99 y ss. En cambio, QUICIOS MOLINA considera que la exigencia de una forma solemne para asumir la maternidad es una «opción legislativa razonable», al asegurar «que se trate de una decisión meditada, teniendo en cuenta los importantísimos efectos asociados a tal declaración (apellidos, nacionalidad, patria potestad, derechos sucesorios...), y otorga garantías a la determinación extrajudicial de la filiación», lo que justifica que el art. 7.3 LTRHA no pueda considerarse discriminatorio del cónyuge mujer respecto del marido de la madre gestante: Susana QUICIOS MOLINA, “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz a 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 (Sentencias, Resoluciones, Comentarios)*, núm. 95, 2014, pp. 1-14, p. 9, accesible a través de la base de datos *Aranzadi-Westlaw* (BIB 2014\1929); *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 194. En mi opinión, este argumento no es convincente ya que para la asunción de la paternidad no se exige forma solemne alguna que asegure que el hombre ha meditado suficientemente la decisión de ser padre, pese a ser esta igual de importante que si se tratara de una pareja formada por dos mujeres.

considera padre legal del menor que nazca a consecuencia de TRA por el juego de la presunción de paternidad matrimonial³¹⁰, sin necesidad de expresar otro consentimiento que el que ha otorgado en el documento extendido ante el centro o servicio autorizado, y solo como garantía de que dicha paternidad no podrá ser impugnada. Por el contrario, en el caso de la esposa de la mujer que recurre a TRA, resulta facultativa la extensión de dicho consentimiento ante el centro o servicio autorizado, siendo necesario para ser considerada madre legal acudir al Registro Civil y realizar una manifestación de voluntad³¹¹. En consecuencia, sin la manifestación del consentimiento ante el encargado del Registro Civil y por más que se haya suscrito el consentimiento a la fecundación asistida de la cónyuge, no cabe determinación de la filiación, pudiendo quedar únicamente determinada la de la madre gestante –y biológica, cuando no haya recurrido a los óvulos de su cónyuge o a los de una donante-, cuya maternidad será calificada como no matrimonial. Es obvio que la presunción de paternidad matrimonial tiene una base biológica que resulta inexistente en el seno de matrimonios de mujeres. Sin embargo, en sede de fecundación heteróloga y con independencia

³¹⁰ En otros ordenamientos jurídicos, en cambio, la presunción no opera exclusivamente cuando se trata de matrimonios heterosexuales. Así, por ejemplo, en Quebec, la presunción se extiende igualmente a la esposa o pareja registrada (*civil partnership*) de la mujer que se somete a TRA, siempre que haya consentido al tratamiento (art. 538.3 del Código Civil de Quebec, accesible en inglés en el siguiente enlace: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991> [consultado el 19.10.2018]). En Europa, también sirve como ejemplo el Reino Unido, ordenamiento en el que también opera *ex lege* una presunción de maternidad a favor de la mujer, casada o no, que ha consentido la técnica a la que se ha sometido su pareja (§42 HFEA).

³¹¹ Para QUICIOS MOLINA, “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer...”, *cit.*, p. 10, el hecho de que el legislador restrinja la forma para determinar la doble maternidad a la declaración en sede registral resulta poco razonable. En su opinión, el consentimiento extendido por la esposa de la madre en documento público permitirá asimismo la inscripción de la segunda maternidad, en términos similares a lo que prevén los arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat.

de la orientación sexual, lo que fundamenta la filiación es la voluntad de asumir un proyecto parental manifestada por el consentimiento a las TRA, de forma que en aras de evitar diferencias hubiese sido más deseable prever un solo mecanismo para determinar la filiación en ambos casos.

En Cataluña, en cambio, el título que permite determinar la maternidad de la esposa es el consentimiento a la fecundación asistida de su cónyuge (art. 235-3 CCCat). En consecuencia, a *priori* no resulta exigible manifestación de voluntad alguna en sede registral en los términos que establecen los arts. 7.3 LTRHA y 44.5 LRC³¹². En efecto, el art. 235-8.1 señala que «los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del *cónyuge* formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento». Pese al tenor literal del precepto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha ido matizando los requisitos necesarios para que se aprecie la existencia de su consentimiento. Así, el TSJ ha declarado que la redacción del art. 235-13.1 CCCat (y, en consecuencia, también la del art. 235-8.1 CCCat), en la línea de la doctrina establecida por la STSJ Cataluña, Civil y Penal, de 27.9.2007 [RJ 2007\8520], ha suprimido la necesidad de que el consentimiento se realice en escritura u otro documento público y que la documentación del consentimiento sea previa a la realización de las técnicas (STSJ Cataluña, Civil y Penal, de 7.11.2013 [RJ 2018\1696]). Al mismo tiempo, el Tribunal ha advertido que basta con que el consentimiento

³¹² *Vid.*, no obstante, nota 295.

sea informado, la voluntad correctamente formada y libremente expresada, y exista constancia formal, para que el consentimiento sea válido a los efectos pretendidos (STSJ Cataluña, Civil y Penal, de 20.7.2017 [JUR 2017\260960], FJ 6º), y no pueda impugnarse por desconocer las consecuencias de la generación (STSJ Cataluña, Civil y Penal, de 7.11.2013 [RJ 2018\1696]). En esencia, la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña evidencia que la prueba del consentimiento a la fecundación asistida de la mujer por parte de su cónyuge resulta flexible, por lo que bastará que conste la existencia de una voluntad procreacional conjunta y consentida en su momento por ambas mujeres para que proceda la inscripción de la filiación.

Llegado este punto, cabe preguntarse si es posible recurrir a otros títulos extrajudiciales para determinar la maternidad de la esposa de la madre que recurre a TRA³¹³. En primer lugar, respecto a la posibilidad de recurrir al expediente gubernativo previsto en el art. 44.7 LRC, es preciso señalar, por un lado, que el art. 8.2 LTRHA solo otorga la

³¹³ MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, en un trabajo que aborda el reconocimiento de complacencia ante notario, considera que «no cabe el reconocimiento de comaternidad que la determine conforme a la ley extrajudicialmente -ni acción que la reclame judicialmente-», y, por tanto, tampoco es posible un reconocimiento de complacencia al respecto. El autor defiende que las únicas dos vías al margen de la adopción conjunta o sucesiva como pareja casada o de hecho para que ambas mujeres accedan a la comaternidad legal son (refiriéndose únicamente a los territorios sujetos al CC) la del art. 7.3 LTRHA y la del art. 44.5 LRC, por lo que todo reconocimiento de maternidad realizado por una mujer estando determinada legalmente la maternidad de otra mujer supone un reconocimiento de complacencia y además no es posible jurídicamente fuera de los supuestos de los artículos mencionados, en los que lo que existe es un consentimiento diferente al reconocimiento. Por todo ello, como notario, se muestra contrario a escriturar un reconocimiento de complacencia que pretenda determinar la maternidad de la esposa o pareja de la madre, que califica como «reconocimiento de complacencia imposible»: LUIS MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “El reconocimiento de complacencia ante notario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, núm. 4, 2017, pp. 237-264, pp. 258-259.

consideración de escrito indubitado al consentimiento a la fecundación heteróloga de la mujer prestado por el hombre no casado y, por otro, que el expediente registral constituye un título de determinación de la filiación no matrimonial (art. 120.3º CC), de manera que no parece posible acudir a este mecanismo para determinar la filiación de la comadre³¹⁴. Sin embargo, a mi juicio, nada impediría que se aplicara por analogía el art. 8.2 LTRHA a las parejas de mujeres no casadas, en caso de que el art. 7.3 LTRHA, en términos análogos al art. 235-13.1 CCCat, les permitiera también determinar su doble maternidad. Y en segundo lugar, tampoco creo que la filiación materna pueda establecerse por la vía del reconocimiento *ex* art. 120.2º CC (en Navarra, Ley 53.b) FN [ref. 2019])³¹⁵. Aunque puedan aplicarse algunas de las reglas del reconocimiento al título regulado en el art. 7.3 LTRHA, como por ejemplo el art. 138 CC, se trata de un título de determinación distinto. En mi opinión, la introducción del mecanismo previsto en el art. 7.3 LTRHA evidenció la voluntad del legislador de no reconducir la determinación de la comaternidad a la figura del reconocimiento, ni a otras reglas de la filiación por naturaleza.

3.2.3. Determinación judicial de la filiación

Determinada la filiación, ¿la declaración de voluntad de la esposa deviene irrevocable? La mayoría de la doctrina parece responder

³¹⁴ Según INIESTA DELGADO, *cit.*, en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dirs.), *cit.*, pp. 959-960, partiendo de la idea de que en la doble maternidad «la única conexión posible con el nacido es la libre voluntad de la cónyuge», no cabe recurrir ni al reconocimiento ni al expediente registral porque ambos presuponen la realidad biológica. Para QUICIOS MOLINA, “Determinación legal de la maternidad...”, *cit.*, pp. 20-21, debería admitirse de *lege ferenda* esta posibilidad cuando «la que podría haber sido madre de intención fallece antes del nacimiento del ya concebido».

³¹⁵ En el mismo sentido se pronuncia BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 116.

afirmativamente a esta cuestión³¹⁶. Ahora bien, en caso de que no se haya podido determinar la filiación mediante un título extrajudicial, cabe cuestionarse si es posible el ejercicio de una acción judicial de reclamación al objeto de que se determine la maternidad de la esposa de la madre³¹⁷. La LTRHA no contiene ninguna norma al respecto y, a mi juicio, la remisión que realiza el art. 7.1 LTRHA a las leyes civiles no resulta aplicable a la doble maternidad³¹⁸. Aun así, si la esposa de la

³¹⁶ *Vid.*, sin ánimo exhaustivo, BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 114; y QUICIOS MOLINA, “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer...”, *cit.*, p. 9.

³¹⁷ Para BENAVENTE MOREDA, “Los errores de legislar en paralelo...”, *cit.*, p. 24 «el art. 7.3 LTRHA es claro al respecto, por lo que en principio parecería obvio que, pese a lo discriminatorio de la situación, debería quedar excluida la posibilidad de ejercer cualquier tipo de acción de reclamación, ni por vía del art. 131 ni por la del 133 CC». En sentido análogo, *vid.* MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “El reconocimiento de complacencia...” *cit.*, p. 258.

³¹⁸ El art. 7.1 LTRHA dispone que «la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos». Si bien es cierto que este precepto se refiere exclusivamente a los arts. 8 –determinación de la filiación–, 9 –premorienza del marido– y 10 –gestación por sustitución– LTRHA, creo que el art. 7.3 LTRHA, introducido en la norma de 2006 mediante la Ley 3/2007, determina una maternidad basada en el consentimiento que, pese a que puede ser genética –no biológica–, no puede producirse por naturaleza, lo que la convierte en una regla específica en materia de filiación derivada de TRA que, por ende, excepciona la remisión general que contiene el art. 7.1 LTRHA. En el mismo sentido, *vid.* FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción asistida*, *cit.*, p. 110; “La filiación derivada de reproducción asistida...”, *cit.*, pp. 27-28; BENAVENTE MOREDA, “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo...”, *cit.*, pp. 94-95; “Los errores de legislar en paralelo...”, *cit.*, p. 24; y Alma María RODRÍGUEZ GUTIÁN, “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España”, en Pilar BENAVENTE MOREDA y Esther FARNÓS AMORÓS (Coords.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*, Monográfico, BMJ, año LXIX, núm. 2179, junio 2015, pp. 85-174, p. 131. En sentido contrario, *vid.* SSTS, 1ª, de 5.12.2013, FJ 3º (RJ 2013\7566) y de 15.1.2014, FJ 2º (RJ 2014\1265), y SAP Madrid, sec. 22ª, de 12.3.2015 (JUR 2015/108975). Según esta última resolución, «de la atenta lectura de ambos preceptos [refiriéndose a los arts. 7 LTRHA y 108 CC] no cabe colegir que fuera intención del legislador contemplar un nuevo supuesto de filiación (...): pero es que además el examen del contenido del párrafo primero del artículo 7 claramente rechaza la especificidad de una nueva filiación acogida y contemplada en el apartado tercero del mismo precepto por cuanto aquel tenor literal establece que las especificaciones salvadas de ese régimen general del artículo 108 y sss.. del CC son las

madre ha cumplido con los requisitos exigidos por el art. 7.3 LTRHA y su filiación no ha sido determinada legalmente porque no se ha accedido a ello en sede registral, entiendo que nada le impide acudir a sede judicial para que se declare su maternidad³¹⁹. Y en caso de que no se haya realizado la declaración de voluntad ante el encargado del Registro civil, ¿cabe ejercer una acción de reclamación para que se determine su filiación? A mi juicio, el legislador no ha querido posibilitar esta vía ni para la madre gestante ni para su cónyuge³²⁰, lo

que se contemplan en los tres artículos siguientes no la mención reseñada en su propio apartado tercero, que no se configura sino como una mera norma de carácter, naturaleza y finalidad claramente registral, sin afectar ni concernir a la configuración de la filiación materna exclusiva, o de otro carácter» (FJ 4º).

³¹⁹ Coincido en este punto con BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 119, quien defiende que el art. 7.3 LTRHA, «como título formal y voluntario de determinación de la filiación, (...) otorga una acción para defender su validez, tal y como se ha diseñado legalmente, y por consiguiente exigir judicialmente su inscripción en caso de que no se haya atendido a tal petición en sede registral». Para ello, propone que cualquier persona que tenga un interés legítimo vigente pueda ejercitar esta acción de naturaleza declarativa que, al contrario de lo ocurre con las acciones de reclamación de la filiación *stricto sensu* contempladas en los arts. 131 a 134 CC, no caduca.

³²⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, “La doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 85, también descarta esta posibilidad al considerar que los requisitos formales establecidos por el art. 7.3 LTRHA son insustituibles. Por su parte, BARBER CÁRCAMO, también partidaria de rechazar esta posibilidad, se basa en la imposibilidad de aplicar analógicamente a este supuesto el art. 8.2 *in fine* LTRHA. Esta autora argumenta que no existe identidad de razón en ambos supuestos por las siguientes razones: «Uno: porque no se trata de determinar la paternidad, sino una doble maternidad que puede compartir con aquella su carácter ficticio, formal o meramente legal, pero no su radical imposibilidad. Dos: porque el art. 8.2 atiende a la filiación extramatrimonial y el art. 7.3 LTRHA a la matrimonial, en un punto en que la diferenciación legislativa entre ambas, la determinación de la filiación, ha recibido el respaldo del Tribunal Constitucional. Tres: porque el consentimiento previo no es necesario ni exigible para el caso de la doble maternidad. Cuatro: porque, de prestarse, ni afecta ni modaliza en modo alguno la extraordinaria determinación de la maternidad contemplada en el art. 7.3»: BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 119. También niega la posibilidad de recurrir a sede judicial para reclamar la maternidad: QUICIOS MOLINA, “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer...”, *cit.*, p. 12. Cfr. VERDERA SERVER, *cit.*, en COBACHO GÓMEZ (Dir.) e INIESTA DELGADO (Coord.), *cit.*, p. 290, quien considera que cabe ejercer una acción de reclamación cuando la cónyuge de la madre haya consentido a TRA, el nacimiento efectivamente derive de TRA, y esta se

que en cambio sí tuvo en cuenta en el seno de parejas de personas de distinto sexo no casadas que recurren a fecundación heteróloga (art. 8.2 *in fine* LTRHA)³²¹. Ahora bien, el Tribunal Supremo ha adoptado una interpretación distinta a la que hasta ahora había defendido la doctrina mayoritaria permitiendo que la comadre ejercite la acción prevista en el art. 131 CC cuando, pese a no haber cumplido con lo dispuesto en el art. 7.3 LTRHA, exista posesión de estado. Una postura que, dicho sea de paso, ha merecido todo tipo de críticas³²². El TS, en la STS, 1ª, de 5.12.2013 (RJ 2013\7566)³²³, y poco después en la STS, 1ª, de 15.1.2014

niegue a consentir en los términos del art. 7.3 LTRHA o a determinar extrajudicialmente su maternidad por otro medio y, además, añade que «aun siendo dudoso (...) si es la mujer progenitora quien ejercita la acción de reclamación, esa actuación equivale al consentimiento que subyace en la atribución de maternidad en los casos de técnicas de reproducción asistida y, por tanto, se le debe imputar esa maternidad, aunque en su momento no hubiera consentido la práctica de determinada fecundación».

³²¹ El art. 8.2. *in fine* LTRHA advierte que «queda a salvo la reclamación judicial de paternidad», de forma que el hombre no casado que ha consentido la fecundación heteróloga de su pareja puede ejercitar una acción de reclamación al objeto de que se determine judicialmente su paternidad, pese a la inexistencia de vínculo biológico entre él y el nacido.

³²² *Vid.*, entre otros, BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal...”, *cit.*, pp. 93 y ss.; QUICIOS MOLINA, “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer...”, *cit.*, pp. 4-7; *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, pp. 211-220; y FARNÓS AMORÓS, “La filiación derivada de reproducción asistida...”, *cit.*, pp. 19-30.

³²³ La sentencia de 5 de diciembre de 2013 resolvió un caso de doble maternidad en el seno de una pareja casada, estimando la acción de reclamación interpuesta por la exesposa de la madre al amparo del art. 131 CC. En abril de 2008, la cónyuge de la madre, previamente a contraer matrimonio, adoptó a la hija de su pareja, concebida mediante FIV y nacida en marzo de 2005. En marzo de 2007, ambas recurrieron conjuntamente a reproducción asistida, firmando la esposa el correspondiente consentimiento informado a la FIV de su cónyuge. En agosto de 2007, la pareja contrajo matrimonio y unos meses después, concretamente en diciembre de ese mismo año, nacieron dos hijas fruto de reproducción asistida. Las menores fueron inscritas únicamente con la filiación de la madre gestante. Esta última inició expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales con el objetivo de que se constatare que el estado civil de la madre era el de casada y no soltera, así como para que se identificara a su cónyuge como madre legal de los menores. El expediente finalizó con un auto que solo accedió a modificar el estado civil de la

(RJ 2014\1265)³²⁴, concede legitimación a la pareja -en el primer caso cónyuge y en el segundo únicamente conviviente- de la madre y estima la acción de reclamación de la maternidad por posesión de estado, ejercitada al amparo del art. 131 CC en relación con el art. 767.3 LEC.

En la STS, 1ª, de 5.12.2013, FJ 3º (RJ 2013\7566), el Tribunal Supremo consideró que la remisión del art. 7.1 LTRHA «posibilita (...) el ejercicio de la acción que aquí se ejercita al amparo del artículo 131 del Código Civil, sobre posesión de estado, que constituye una causa para

interesada, no estimándose el resto de las solicitudes. Contra dicho auto se interpuso recurso de apelación y la DGRN resolvió desestimándolo íntegramente. En junio de 2009, la pareja puso fin a su relación y la comadre abandonó la vivienda familiar, interponiendo demanda de divorcio. Con posterioridad, la esposa de la madre interpuso una acción de reclamación al amparo del art. 131 CC al objeto de que se declarase su maternidad legal y pudiera así ostentar la potestad parental de ambas menores. En primera instancia se estimó su pretensión, por lo que se rectificó la inscripción y se hizo constar la filiación de la esposa. Esta sentencia fue recurrida en apelación por la madre gestante pero su recurso fue desestimado por entender que existía prueba suficiente de la posesión de estado a la que se refiere el art. 131 CC. La madre gestante recurrió en casación la sentencia y el TS desestimó en su integridad el recurso, por considerar que la posesión de estado quedó más que acreditada en ambas instancias, lo que legitima la estimación de la acción de reclamación.

³²⁴ La sentencia de 15 de enero de 2014 resolvió un caso de doble maternidad en el seno de una pareja no casada, estimando la acción de reclamación interpuesta por la expareja de la madre en virtud del art. 131 CC. Ambas mantuvieron una relación desde enero de 1996 hasta junio de 2006 sin llegar a contraer matrimonio, y en noviembre de 2003 nació un menor concebido mediante fecundación asistida consentida por ambas. Se inscribió únicamente la filiación de la madre gestante, quien optó por poner como segundo nombre del menor el primer apellido de su pareja. En 2011, la comadre solicitó un derecho de relaciones personales respecto al menor en su condición de allegada *ex* art. 160.2 CC, que se le concedió tras un largo proceso judicial que culminó con la STS, 1ª, de 12.5.2011 (RJ 2011\3280). Posteriormente, la comadre interpuso una acción de reclamación de la maternidad no matrimonial por la vía de la posesión de estado *ex* art. 131 CC, y en primera instancia se estimó su pretensión, inscribiendo su filiación materna y otorgándole la potestad parental del menor. La madre gestante recurrió en apelación y la Audiencia revocó la sentencia de instancia, por lo que la expareja de la madre interpuso recurso de casación. El TS estimó el recurso pese al voto particular suscrito por tres magistrados, que contrarrestó la mayoría de los argumentos expuestos y se posicionó en contra no solo de estimar la acción, sino también de reconocer legitimación alguna a la pareja de la madre para su ejercicio.

otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida» (FJ 3º). Para el éxito de la acción entablada, advirtió que no era necesario el ejercicio simultáneo de una acción de impugnación, ya que la filiación determinada a favor de la madre gestante no era contradictoria con la que se pretendía reclamar (FJ 3º)³²⁵. En la segunda, de 15 de enero de 2014, el TS fue un poco más allá y desarrolló la doctrina sentada en la sentencia anteriormente referenciada, declarando haber lugar al recurso de casación y, por ende, confirmando la sentencia de instancia que estimó la acción de reclamación ejercitada al amparo del art. 131 CC.

Más concretamente, en la STS, 1ª, de 15.1.2014 (RJ 2014\1265), el TS consideró que existía compatibilidad entre la figura de la posesión de estado y la LTRHA, habida cuenta de la remisión general que realiza a las leyes civiles el art. 7.1 LTRHA. La Sala 1ª interpretó que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de TRA, como antecedente o causa de la filiación reclamada, «integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada» (FJ 2º). Añadió que esa razón de compatibilidad era relevante asimismo para abordar la existencia del «interés legítimo» que debe presidir la legitimación

³²⁵ Un estudio más detallado de esta resolución puede verse en Ana DÍAZ MARTÍNEZ, “Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante. Nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1, núm. 10, 2014, pp. 37-50.

derivada de la posesión de estado³²⁶. Señaló que para estimar su presencia deben existir hechos reveladores del *tractatus*³²⁷ como su elemento impulsor, sobre todo en supuestos en los que se reclama una filiación no matrimonial. Por último, recordó que la resolución debía tener en cuenta primordialmente el interés superior del menor, criterio que, además, constituía un «control o contrapeso» para advenir el alcance del consentimiento prestado por la pareja de la madre³²⁸.

³²⁶ En el caso concreto, el TS consideró que concurría interés legítimo por existir recurso conjunto a TRA, consentimiento de la pareja de la madre y unidad familiar posterior entre las dos mujeres y el hijo nacido (FJ 2º).

³²⁷ El *tractatus* es uno de los tres elementos que integra la posesión de estado, y concurre cuando alguien es tratado por otro como hijo. Los otros dos elementos son el *nomen*, que se traduce en el uso de los apellidos del supuesto progenitor, y la *fama* o *reputatio*, que tiene lugar cuando en su círculo social alguien tiene la consideración de hijo del supuesto progenitor: Susana QUICIOS MOLINA, “Comentario al artículo 113”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 246-249, p. 248.

³²⁸ La sentencia contó con un voto particular formulado por tres magistrados integrantes de la Sala 1ª, que se fundamentó en cinco razones concretas: 1) que no se habían respetado los hechos probados en su totalidad –no se había probado si la decisión de recurrir a TRA fue tomada o no de forma conjunta por la pareja-; 2) que las sentencias que la Sala había citado como precedentes en realidad conducían a la solución opuesta o, lo que era lo mismo, a la desestimación del recurso y, en consecuencia, a la desestimación de la acción de reclamación; 3) que no se aplicaba la LTRHA, pese a tratarse de la norma en la que se había amparado el recurso por presentar interés casacional en su modalidad de aplicación de norma con no más de cinco años de vigencia y sobre la que no existía doctrina jurisprudencial; 4) que el TS trató de justificar que no analizaba el caso valorando la posesión de estado de filiación como medio de determinación de la filiación propiamente dicho, o como título de legitimación de la misma, sino más bien centrándose en las facetas que esta figura desempeñaba en el curso de la determinación judicial de la filiación, pero lo cierto es que acababa estimando el recurso con fundamento exclusivo en la posesión de estado; y, por último, 5) que este único fundamento no se ajustaba a las previsiones del ordenamiento jurídico para casos como el presente. Los disidentes con la sentencia pusieron de manifiesto, entre otras cuestiones, que el art. 7.3 LTRHA «se apoya en el mero consentimiento de la mujer, prestado bajo unas condiciones de tiempo y estado civil», y al basarse este título de determinación de la filiación en dicho consentimiento, «no cabe en ningún momento que se le pueda imponer esta maternidad, de tal forma que no podría prosperar ninguna reclamación de filiación contra ella, ni siquiera por parte del hijo, aunque se cumplieran el resto de los requisitos legales y durante años se hubiera comportado como madre». En segundo lugar, los magistrados señalaron que no cabía recurrir a la posesión de estado para

Pese a la opinión de la doctrina mayoritaria, mientras el TS no cambie su doctrina, la esposa femenina que ha consentido el recurso a TRA de su pareja, puede reclamar su maternidad en virtud del art. 131 CC³²⁹, siempre que exista posesión de estado, pese a no haber realizado la declaración de voluntad en sede registral que exige el art. 7.3 LTRHA³³⁰.

En la jurisprudencia menor, sin embargo, existe alguna resolución posterior que ha optado por no aplicar estrictamente la doctrina del TS. Se trata de la SAP Madrid, sec. 22^a, de 30.11.2018 (JUR 2019\15949), que si bien reconoció legitimación activa a la expareja de la madre para reclamar la filiación extramatrimonial al amparo del art. 131 CC, y declaró probada la existencia de posesión de estado, desestimó la acción por considerar que ello era lo más acorde con el interés superior del menor³³¹. Creo que va en la buena dirección considerar el interés

reclamar la filiación al amparo del art. 131 CC, dado que la misma no acredita por sí la filiación, sino que constituye una situación de hecho que permite presumir quiénes pueden ser los progenitores. Por otro lado, advirtieron que invocar el interés del menor como principio constitucional «no legitima su aplicación en cualquier sentido, sino en aquel en que de veras se evidencie que opera en beneficio de dicho menor, pues de lo contrario sería un mero ejercicio de voluntarismo jurídico». Para los magistrados suscriptores del voto, el recurso no había satisfecho el interés superior del menor, sino más bien la «aspiración de ser madre» de la demandante.

³²⁹ En Navarra, entiendo que la acción a ejercitar sería la prevista en la Ley 57.a) FN [ref. 2019].

³³⁰ Sin embargo, QUICIOS MOLINA considera que esta doctrina «es tan excepcional, y apegada a las circunstancias del caso concreto resuelto, que no debería extenderse por los tribunales de instancia a casos distintos»: QUICIOS MOLINA, “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer...”, *ibid.*, p. 12.

³³¹ La expareja de la madre interpuso una acción de reclamación de la filiación no matrimonial con el objeto de que se declarase su maternidad legal con respecto al hijo nacido fruto de una IA practicada con el consentimiento de ambas, y solicitó asimismo que se estableciese un régimen de visitas y comunicación con el menor. La demandante y la madre gestante, si bien recurrieron conjuntamente a TRA en 2008,

superior del menor como un argumento suficiente para decidir sobre la pertinencia o impertinencia de una acción de filiación, si bien estimo que la decisión carece de base legal suficiente. Es curioso que la resolución acoja alguno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo en sus SSTS, 1ª, de 5.12.2013 (RJ 2013\7566) y de 15.1.2014 (RJ 2014\1265), y que finalmente opte por no aplicar su doctrina. Asimismo, resulta cuanto menos sorprendente que la Audiencia considere contrario al interés superior del menor el establecimiento de la filiación, y reconozca al mismo tiempo un amplio régimen de relaciones personales a favor de la demandante, lo que no hace más que evidenciar que la relación entre ambos se juzga, además de necesaria, como beneficiosa para el menor. En mi opinión, el argumento correcto que la Audiencia debería de haber esgrimido para desestimar el ejercicio

no habían contraído matrimonio. En 2009 nació el hijo, quien fue inscrito únicamente con una filiación materna. Si bien es cierto que el menor convivió sus primeros años de vida con ambas mujeres, la pareja puso fin a su relación y el menor pasó a convivir exclusivamente con la demandada. En noviembre de 2015, la madre gestante contrajo matrimonio con otra mujer, conviviendo el menor desde entonces con ambas. En la exploración practicada al menor en el curso del proceso, este identificó a la madre gestante y a su cónyuge como sus respectivas madres, aunque puso de manifiesto haber tenido una amiga -refiriéndose a la demandante- con quien le gustaba pasar tiempo, a la que no veía desde que tenía 5 años, y a la que le gustaría ver si no fuera porque cada vez que le iba a visitar al colegio le decía cosas feas sobre su madre. Por su parte, el informe médico solicitado concluyó, por un lado, que el menor mantenía recuerdos cariñosos de la demandante pero que el hecho de dejar de verla no le había representado un hecho traumático y, por otro, que era consciente de la conflictividad que estaba provocando en su madre y que, por esta razón, había optado por renunciar a verla sin que ello pareciera repercutirle anímicamente. En primera instancia, se desestimó la acción de reclamación reconociéndose, no obstante, un amplio régimen de visitas y comunicación a favor de la demandante, consistente en disfrutar de su compañía un fin de semana al mes y la mitad de las vacaciones escolares, así como de contactar con él una vez por semana. La sentencia resultó impugnada sin éxito por ambas, pues la Audiencia Provincial confirmó el pronunciamiento de instancia, considerando que la estimación de la demanda era contraria al interés superior del menor. En suma, la sentencia aprovechó la ocasión para puntualizar que el régimen otorgado a favor de la demandante por el juez *a quo* era de relaciones personales (art. 160.2 CC) y no de visitas, dado que el uso de este último término queda restringido exclusivamente al de los progenitores legales.

de la acción era simple y llanamente el incumplimiento de los requisitos que establece el art. 7.3 LTRHA. He tildado de discriminatoria esta disposición con respecto a las parejas heterosexuales, y esta resolución nuevamente pone de manifiesto tal discriminación, si bien mientras la norma no se reforme, esta es la única vía posible para determinar la filiación más allá de la adopción. De esta forma, si la pareja no estaba casada y, por ende, la comadre no pudo manifestar la voluntad de ser tenida como madre legal en sede registral, no cabe determinar su filiación, por más que haya formado parte del proyecto parental materializado mediante el recurso a TRA, y que haya convivido con el menor durante varios años ejerciendo como tal. Esta es para mí la interpretación correcta, aunque habrá que ver si la sentencia resuelta por la Audiencia Provincial de Madrid llega hasta el Tribunal Supremo para poder conocer su postura definitiva: bien el mantenimiento de su tan criticada doctrina, bien la interpretación estricta del art. 7.3 LTRHA.

Cuestión más compleja, si cabe, constituye determinar si cuando dos mujeres casadas recurren a la técnica ROPA cabe el ejercicio de una acción de reclamación por parte de la comadre donante del material genético que ha permitido concebir al hijo nacido tras el recurso a TRA. Lo cierto es que en estos casos existe, además, un vínculo genético entre ella y el hijo cuya filiación se reclama y, teniendo en cuenta que la pareja está casada, habría que plantearse si es posible el ejercicio de las acciones previstas en los art. 131 y 132 CC. De aplicarse la doctrina del Tribunal Supremo, parece que la comadre podría acogerse al art. 131 CC (en Navarra, Ley 57.a) FN [ref. 2019]) para reclamar su maternidad, siempre y cuando exista posesión de estado.

En este escenario, pese a que ya existe una filiación materna previamente determinada, el vínculo genético entre la comadre y el hijo podría llegar a justificar el ejercicio de la acción incluso en ausencia de posesión de estado (art. 132 CC). En el supuesto en el que la madre gestante o el propio hijo sean quienes ejerciten la acción, la respuesta no varía³³².

En Cataluña, el Código Civil catalán tampoco contiene reglas especiales en materia de reclamación de la filiación de la esposa de la madre, lo que obliga asimismo a cuestionarse si cabe tal posibilidad. Pues bien, una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha arrojado luz sobre esta cuestión, y pese a que en el caso la pareja no estaba casada, sus conclusiones resultan extrapolables a los matrimonios entre mujeres. Se trata de la STSJ Cataluña, Civil y Penal, de 20.7.2017 (JUR 2017\260960), que estimó una acción de reclamación de la maternidad ejercitada por la expareja de la madre al amparo del art. 235-13.1 CCCat³³³. En primera instancia se estimó la

³³² DÍAZ MARTÍNEZ, “Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante...”, *cit.*, p. 439 afirma que resulta complejo pronunciarse por la suerte de una acción de reclamación de la filiación entablada por la mujer no gestante que aporta su material genético para la concepción, dado que en estos casos existe tanto vínculo biológico como posesión de estado. Y añade que «sería deseable que en una futura reforma de la Ley 14/2006 se acogiera expresamente la licitud de esta técnica y, desde luego, se aprovechara la ocasión para regular la posibilidad de que la mujer no gestante asumiera legalmente, mediante la expresión de su consentimiento, la maternidad legal del hijo que nazca, aunque no estuviera casada con la que lleva adelante el embarazo». En opinión de BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 121, como la mujer gestante será madre, se excluye de la misma condición a toda mujer que no se ajuste al art. 7.3 LTRHA, y añade que las acciones del Código Civil se limitan a la determinación de la paternidad, por lo que entiende que no resultan aplicables a una doble maternidad biológica que excede de sus planteamientos.

³³³ Las protagonistas del caso son dos mujeres que se constituyeron en pareja estable en septiembre de 2011, estando una de ellas embarazada de siete meses tras el recurso a reproducción asistida. Si bien la pareja de la madre no consintió el tratamiento

acción de reclamación y se consideró probado que había existido consentimiento de la comadre a la fecundación asistida de su pareja, por lo que no resultaba preciso que constase en el documento extendido por el centro autorizado, ni tampoco que se hubiera otorgado con carácter previo a la aplicación de la técnica. La Audiencia Provincial de Barcelona, pese a confirmar la decisión de instancia, esgrimió otros argumentos para estimar la acción de reclamación de la maternidad de la expareja de la madre y, por ende, desestimar el recurso de apelación interpuesto por esta última. Más concretamente, consideró aplicable al caso el art. 7.3 LTRHA, además del art. 235-13.1 CCCat, norma que posibilita, pese a la inexistencia de consentimiento previo, la determinación de la filiación de quien es esposa o pareja estable de la gestante por el consentimiento a la inscripción. Finalmente, el TSJ desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia pero nuevamente se opuso al razonamiento de la misma, coincidiendo fundamentalmente con el juicio efectuado por el juzgador de instancia. El Tribunal reiteró la doctrina establecida en sus

inicialmente –la madre firmó un formulario previsto para parejas heterosexuales en el que no constaba la firma de su pareja-, si lo hizo oralmente en un momento posterior –previo o simultáneo a la implantación de los óvulos fecundados a la madre-. A finales del año 2011, la madre dio a luz a gemelos y seis días después la pareja compareció ante el encargado del Registro Civil, manifestando su condición de pareja estable, así como su voluntad de inscribir a los menores como hijos de ambas. El Registro Civil admitió la solicitud y realizó la inscripción, aunque posteriormente la Jueza Encargada del mismo solicitó documentación adicional a la pareja. Ante tal petición, la madre gestante acudió al centro autorizado en el que se practicó la fecundación al objeto de solicitar un documento que acreditase que ambas habían consentido el tratamiento, a lo que la doctora encargada de realizar la fecundación accedió. La pareja presentó este documento en sede registral pero la jueza denegó la inscripción solicitada, al considerar que no se había presentado el consentimiento de la pareja de la madre formalizado ni en el documento extendido ante el centro autorizado, ni en documento público. En consecuencia, los menores fueron inscritos únicamente como hijos de la madre gestante. Tiempo después, la pareja se separó y la comadre decidió reclamar su maternidad legal en sede judicial.

sentencias de 27.9.2007 (RJ 2007\8520), 22.12.2008 (JUR 2009\295671) y 7.11.2013 (RJ 2018\1696), recordando que cuando la gestación y el nacimiento derivan de TRA, el principio de verdad biológica paternofilial carece de toda relevancia, primando en esta sede el principio del consentimiento. Asimismo, y respecto a los fundamentos de la Audiencia, señaló que «La completa regulación en Cataluña de la determinación de la filiación en estos casos (arts. 111-1, 111-3 y 111-5 CCCat) no permite acudir sin más al art. 7.3 de la Ley 14/2006 (...), máxime cuando parece que esta norma limita el reconocimiento de la filiación en la doble maternidad a que las mujeres se encuentren casadas (...). Todo ello sin perjuicio de la interpretación que al efecto realiza el TS, Sala 1ª en la Sentencia de 14-1-2014, no exenta de cierta polémica»³³⁴.

El TSJ recordó que el derecho catalán se rige por el sistema espiritualista, lo que significa que el requisito de forma en los actos y negocios jurídicos solo tiene carácter constitutivo y condiciona la validez del acto de forma excepcional, así como que el consentimiento regulado en el art. 235-13.1 CCCat no debe realizarse en escritura u otro documento público, ni debe ser previo. El Tribunal consideró probado que la voluntad procreacional fue conjunta y consentida en su momento por ambas y, a partir de tales hechos, razonó que no era exigible que la documentación debiera ser igualmente previa. Y ello

³³⁴ En este punto coincido totalmente con el razonamiento del Tribunal. En Cataluña, la filiación derivada de TRA se determina por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer (art. 235-3 CCCat), de forma que en caso de que este no quede acreditado, no cabe recurrir al art. 7.3 LTRHA y, por ende, sustituir el consentimiento por la declaración de voluntad formalizada en sede registral, título que exclusivamente determina la filiación de la pareja de la madre en territorios sujetos al CC, y siempre y cuando ambas estén unidas por vínculo matrimonial.

porque, por un lado, no lo impone la norma y, por otro, porque la mención “previamente” que contenía el derogado art. 97.1 CF no se ha reproducido en la regulación posterior.

En consecuencia, cuando el consentimiento prestado no permita determinar extrajudicialmente la filiación, la mujer que ha consentido a las TRA de su cónyuge o pareja podrá ejercer una acción de reclamación al amparo del art. 235-8.1 -si está casada- o del art. 235-13.1 CCCat -si no lo está-, al objeto de que quede determinada legalmente su maternidad³³⁵.

En último término, tampoco se pronuncia la LTRHA sobre la posibilidad de que el hijo reclame la maternidad de la comadre que ha consentido el tratamiento. Como he apuntado con anterioridad, la remisión que realiza el art. 7.1 LTRHA a las leyes civiles, no resulta de aplicación al precepto que posibilita la doble maternidad –art. 7.3 LTRHA-³³⁶, de forma que no cabe acudir al Código Civil para obtener respuesta. Sin embargo, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo al supuesto en que sea el propio hijo quien reclame, parece posible afirmar, siempre que haya existido posesión de estado, que tendrá legitimación para ello *ex* art. 131 CC, pues nadie pone en duda que exista un interés legítimo por su parte. A falta de posesión de estado,

³³⁵ De acuerdo con la jurisprudencia del TSJ de Cataluña, entiendo que la madre gestante también podría reclamar judicialmente la determinación de la filiación de su esposa o pareja (arts. 235-8.1 o 235-13-1 CCCat), siempre que esta haya consentido formalmente a la fecundación asistida, y que su maternidad no haya podido quedado determinada en vía extrajudicial.

³³⁶ Al respecto, *vid.* nota 318.

debería recurrirse a los arts. 132 CC y ss.³³⁷. En cualquier caso, impedir al hijo el ejercicio de esta acción por falta de posesión de estado carece de sentido, pues su ausencia no le es imputable. Lo que sí que es discutible es que un tribunal permita reclamar la maternidad al hijo cuando no solo no se ha cumplido con las exigencias del art. 7.3 LTRHA, sino que además no existe posesión de estado que pueda justificar la determinación legal de la maternidad de la comadre. No obstante, a falta de un segundo progenitor, parece posible acogerse al principio del interés superior del menor para posibilitar la reclamación al hijo.

En Cataluña, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, parece posible afirmar que el hijo también podría solicitar la determinación judicial de la filiación de la comadre que consintió formalmente a la fecundación mediante la cual fue concebido al amparo del art. 235-8.1 o 235-13.1 CCCat.

3.2.4. Impugnación de la filiación

En cuanto a la posibilidad de impugnar *stricto sensu* la maternidad determinada, creo que debe negarse esta posibilidad tanto a la madre gestante como a su cónyuge, si su determinación ha respetado los requisitos legales que establece el art. 7.3 LTRHA, y el fundamento de la acción es la ausencia de relación biológica³³⁸. Y ello porque no

³³⁷ En cuanto a Navarra, *vid. supra* 329.

³³⁸ En el mismo sentido, *vid.* INIESTA DELGADO, *cit.*, en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dirs.), *cit.*, p. 968; Javier NANCLARES VALLE, “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *Aranzadi civil: revista quincenal (Estudio)*, núm. 1, 2008, pp. 2243-2270, p. 2261; BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 123; y FARNÓS AMORÓS, “La filiación derivada de reproducción asistida...”, *cit.*, pp. 16-17.

tendría sentido que, habiéndose determinado la filiación con arreglo a derecho, esta quede posteriormente al albur de la voluntad de cualquiera de las madres, lo cual resultaría contrario no solo al interés del hijo, sino también al principio de estabilidad del estado civil. Todo ello sin perjuicio de que la filiación pueda resultar impugnabile cuando hayan concurrido vicios en la manifestación de voluntad realizada conforme al art. 7.3 LTRHA³³⁹, o no se hayan respetado sus requisitos formales³⁴⁰.

³³⁹ Nótese que el art. 138 CC, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, al permitir impugnar la filiación por vicios del consentimiento se refiere no solamente al reconocimiento, sino también «a los demás actos jurídicos que determinen conforme a la ley una filiación matrimonial o no matrimonial», lo que evidencia que también se debe considerar incluido en este precepto el consentimiento al que se refiere el art. 7.3 LTRHA. Dado que el art. 141 CC únicamente otorga legitimación para impugnar el reconocimiento por vicios «a quien lo hubiere otorgado», es evidente que para dejar sin efecto el título que ha determinado la filiación materna matrimonial solo puede accionar la comadre. De hecho, este último extremo ha sido confirmado por la SJPII núm. 2 de San Vicente del Raspeig (Alicante) de 28.11.2018 [La Ley 202726/2018], que desestimó la demanda de impugnación del consentimiento al que se refiere el art. 7.3 LTRHA ejercitada al amparo del art. 141 CC por la madre gestante, al considerar que la demandante carecía de legitimación activa para el ejercicio de la acción.

El Fuero Nuevo, a diferencia del art. 138 CC, solo prevé la impugnación por vicios del consentimiento del reconocimiento (Ley 53.c) [ref. 2019]). En consecuencia, a mi juicio, para poder aplicar este precepto en sede de doble maternidad legal, sería preciso considerar asimilable la declaración de voluntad de la comadre manifestada en los términos del art. 7.3 LTRHA a la figura del reconocimiento.

³⁴⁰ Precisamente la SAP Baleares, sec. 4^a, de 5.12.2012 (AC 2013\76), estimó el recurso de apelación interpuesto por la madre gestante contra la sentencia de instancia que había desestimado una demanda de impugnación de la maternidad interpuesta frente a su cónyuge. Según los antecedentes fácticos de la sentencia, la demandante se sometió a una inseminación artificial y dio a luz a un hijo, si bien durante el proceso no se logró constatar el consentimiento informado de la pareja a dicha fecundación. El 15 de diciembre de 2010, tras el nacimiento del menor, ambas mujeres contrajeron matrimonio y ese mismo día la demandada realizó una declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil al objeto de ser considerada madre legal del hijo de su cónyuge, de forma que fuera inscrito con doble filiación materna. La Audiencia advirtió, con acierto, que no existían precedentes jurisprudenciales que pudieran aplicarse directamente al caso, y constató la existencia de una laguna legal en relación con la posibilidad de que la madre gestante ejercitase una acción de impugnación frente a su esposa, cuando la filiación se ha determinado por el consentimiento prestado en sede registral por la segunda -a juicio del tribunal, la imposibilidad de

En caso de que el matrimonio recurra a la técnica ROPA, parece lógico negar igualmente a la cónyuge de la madre la posibilidad de impugnar su filiación. Y ello no solo porque ha manifestado su consentimiento en sede registral con arreglo a los requisitos que establece el art. 7.3 LTRHA, sino también porque, además, mantiene un vínculo genético con el hijo nacido³⁴¹. Cuestión distinta es que la esposa crioconserva previamente sus óvulos y, una vez fecundados con esperma donando, estos sean implantados a la madre gestante sin su consentimiento, escenario en el cual considero que debería poder impugnar con éxito al amparo del art. 136 CC (en Navarra, Ley 56.b) FN [ref. 2019]), dada la ausencia de consentimiento.

impugnar prevista en el art. 8.1 LTRHA resulta aplicable únicamente a parejas heterosexuales-. En el caso objeto de enjuiciamiento, el matrimonio se celebró con posterioridad al recurso a reproducción asistida, la inseminación se llevó a cabo sin el consentimiento de la pareja, y la declaración de voluntad en sede registral realizada por esta última se produjo tras el nacimiento. En consecuencia, la Audiencia consideró que el consentimiento determinante de la filiación resultaba ineficaz en derecho por no haber dado cumplimiento a los requisitos establecidos por el art. 7.3 LTRHA, en la redacción dada por la Ley 3/2007, de forma que se instó la rectificación del asiento de filiación relativo a la demandada. Un comentario de esta resolución puede verse en Antonia PANIZA FULLANA, “Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 4, 2013, pp. 49-55.

³⁴¹ FARNÓS AMORÓS, “La filiación derivada de reproducción asistida...”, *cit.*, p. 18, considera que «aunque la voluntad, expresada a través del consentimiento, tiene un papel esencial en la determinación de la filiación derivada del recurso a las TRA, el elemento genético –de existir- no puede ser totalmente irrelevante», ya que «(...) en la mayoría de ocasiones, si existe vínculo genético entre la mujer no gestante y el nacido es porque, con toda probabilidad, ésta consintió (cuanto menos, tácitamente) a la TRA y a la posible filiación resultante, lo que excluye la impugnación, tanto de la filiación como del «reconocimiento» realizado concurriendo vicios». Y añade que «permitir que prospere una acción de impugnación en estas circunstancias resultaría contrario al principio de buena fe en el ejercicio de los derechos».

Ahora bien, en aquellos casos en los que la madre ha dado a luz a un hijo fruto de la relación sexual con un tercero, y su esposa ha realizado la manifestación de voluntad al objeto de ser considerada madre legal creyendo que dicho nacimiento era consecuencia del recurso conjunto a TRA, parece lógico permitir a la madre legal la impugnación de la filiación *ex art. 136 CC* (en Navarra, Ley 56.b) FN [ref. 2019]), en términos idénticos a lo que he defendido en sede de parejas entre personas de distinto sexo dado que, a mi juicio, no ha existido consentimiento en absoluto, pues el prestado por la esposa lo fue a un tratamiento reproductivo que finalmente no se ha producido³⁴². El plazo para ello será de un año desde que conozca que el nacimiento es fruto de la reproducción sexual de su esposa con un tercero en virtud del art. 136.2 CC³⁴³. Para que la acción se estime, será preciso probar que el nacimiento no deriva de la técnica a la que la pareja recurrió de forma conjunta, lo que puede resultar complicado si la esposa no ha logrado identificar al padre biológico y la madre gestante se niega a aportar este dato. Pese a ello, el centro o servicio autorizado tiene constancia de todos los embarazos producidos tras la aplicación de las

³⁴² En cambio, DÍAZ MARTÍNEZ, “La doble maternidad legal...”, *cit.*, pp. 88-89 considera que en estos casos el consentimiento está viciado por error, de manera que procede una acción impugnatoria en sentido amplio, cuyo plazo será de un año fijándose el *dies a quo* el momento en el que la comadre descubra que la generación no es consecuencia del recurso conjunto a reproducción asistida, ya sea por aplicación directa del art. 141 CC o del art. 136 CC. En este sentido, *vid.* la SAP Baleares, sec. 4ª, de 31.3.2014 (AC 2014\654), que ilustra un intento fallido de impugnación de la filiación materna por vicios del consentimiento, al haberse considerado, por un lado, que la determinación de filiación se efectuó dando cumplimiento a todos los requisitos establecidos por el art. 7.3 LTRHA y, por otro, que de la prueba practicada no se desprendería la existencia de vicio alguno del consentimiento por parte de la demandante.

³⁴³ En Navarra, el plazo también será de un año aunque comenzará a correr, bien en el momento en el que la comadre tenga conocimiento de que el nacimiento del hijo es fruto de la relación de su esposa con un tercero, bien en el momento en que hubiera podido razonablemente tenerlo (Ley 56.b), par. 1º in fine, FN [ref. 2019]).

TRA, por lo que creo que esta circunstancia podría llegar a constatarse, permitiendo así la estimación de la acción. En efecto, su constatación será fácil si la gestante asegura que es el nacimiento se ha producido fruto del recurso previo a TRA, y el centro acredita que no se le practicó ninguna técnica en el período de concepción del hijo. Más difícil será, en cambio, y quizá dependerá de la prueba biológica, si se puede acreditar que durante el período de concepción la gestante tuvo relaciones sexuales con un tercero pero, al mismo tiempo, estaba sometándose a una TRA.

En Cataluña, la acción de impugnación *stricto sensu* no podrá prosperar cuando la esposa de la madre haya consentido al tratamiento (art. 235-28.2 CCCat)³⁴⁴. Nótese que lo relevante no será que la madre haya realizado una declaración de voluntad en sede registral conforme a lo dispuesto en el art. 7.3 LTRHA, sino que haya otorgado su consentimiento a la fecundación en el documento extendido ante el centro autorizado o en documento público, lo que constituye el título legal para la atribución de la filiación en virtud del art. 235-8.1

³⁴⁴ En el caso de que la esposa haya consentido a la fecundación en los términos legalmente establecidos, pero el nacimiento del hijo no sea consecuencia del recurso a TRA, escenario en el que *a priori* no cabría la impugnación de su filiación, FARNÓS AMORÓS propone permitir su ejercicio a partir de una interpretación conjunta de los arts. 235-28.2 y 235-27.3 CCCat, ya que, a su juicio, se trataría como mínimo de un consentimiento hecho por error o bajo la influencia dolosa de un tercero: Esther FARNÓS AMORÓS, “Comentari a l’article 235-28. La prova en la impugnació de la paternitat”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ, Josep FERRER I RIBA (Dir.) y Esther FARNÓS AMORÓS (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 668-674, pp. 673-674. En mi opinión, en cambio, no ha existido consentimiento en absoluto por parte de la madre gestante, de manera que procedería una acción de impugnación en sentido estricto *ex art.* 235-23 CCCat.

CCCat³⁴⁵. Al mismo tiempo, tampoco podrá impugnar si ha recurrido al método ROPA y, por ende, es progenitora genética del hijo cuya filiación se impugna (art. 235-28.2 *in fine* CCCat). En cuanto a la impugnación de la maternidad por vicios del consentimiento, cabe destacar que el legislador catalán ha previsto expresamente esta posibilidad en el art. 235-27.3 CCCat, permitiendo que la esposa de la madre impugne su filiación cuando haya consentido a la fecundación asistida de su cónyuge sin capacidad o por error, violencia, intimidación o dolo. El plazo para ejercitar esta acción es de dos años y empieza a contar, en caso de falta de capacidad, desde su recuperación, en caso de error, desde su otorgamiento y, en el resto de los casos, desde que cesa el vicio. Además, esta acción puede ser continuada por sus hijos, descendientes y herederos, o incluso ejercitada por ellos, si esta muriera previo transcurso del plazo arriba mencionado durante el tiempo que reste para completarlo (art. 235-7.2 CCCat).

Por último, cabe analizar si debe reconocerse o no acción al hijo para impugnar la maternidad de la comadre. En el supuesto al que me he referido anteriormente en el que la madre manifiesta su voluntad bajo la creencia de que el menor ha nacido a consecuencia de una TRA pero, en realidad, es fruto de una relación sexual, creo que nada debe impedir al hijo impugnar la filiación de su madre legal, ejerciendo conjuntamente la acción de reclamación de paternidad frente al hombre con el que la madre gestante mantuvo la relación sexual (art. 132 CC en

³⁴⁵ Ahora bien, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia de 22.12.2008 (JUR 2009\295671), si el consentimiento consta por otros medios, el hecho de que no se haya recogido en el documento extendido en el centro autorizado o en documento público, no es óbice para que se aplique lo dispuesto en el art. 235-28.2 CCCat y, por ende, la acción de impugnación no pueda prosperar.

relación con el art. 134 CC, art. 235-21.1 CCCat en relación con el art. 235-22 CCCat³⁴⁶, y Ley 57.b).1 FN en relación con la Ley 55, par. 2º, FN [ref. 2019]). En cambio, si el nacimiento es consecuencia de un proyecto parental común, bajo el que ambas mujeres han acudido conjuntamente al centro para que una de ellas se someta a una fecundación, creo que no debe reconocerse legitimación impugnatoria, habida cuenta de que el vínculo filial se ha basado en todo momento en la voluntad, por lo que no hay razón para dar prioridad a la verdad biológica en sede judicial³⁴⁷.

3.3. La filiación de la mujer no casada con la madre

A excepción de Cataluña, no cabe doble maternidad legal por consentimiento si la pareja de mujeres que se somete a TRA no está vinculada matrimonialmente³⁴⁸. Pese a las enmiendas presentadas al

³⁴⁶ En igual sentido, *vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, “La doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 89.

³⁴⁷ A favor, *vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, “La doble maternidad legal...”, *cit.*, pp. 90-91; INIESTA DELGADO, *cit.*, en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dirs.), *cit.*, p. 968; y QUICIOS MOLINA, “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer...”, *cit.*, p. 9. En contra, BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal...”, *cit.*, pp. 123-124, para quien el hijo «puede impugnar tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial un año después de alcanzar la mayoría de edad (arts. 137.1 y 140.3 Cc.), mediando posesión de estado. Sin ésta, la acción es imprescriptible para el hijo y sus herederos (arts. 137.3 *in fine* y 140.1 CC.)». Según esta autora, «no existe justificación lógica ni de sistema para considerar al hijo irrevocablemente vinculado por una declaración de voluntad ajena que le concierne íntimamente y es manifiestamente falsa». Y añade que «este supuesto muestra de la manera más evidente la indefinición y desatención en que el legislador ha incurrido respecto del hijo, aportando nuevos argumentos a la numerosa doctrina que desde la primera LTRHA de 1988 viene defendiendo su legitimación para impugnar la filiación»; y NANCLARES VALLE, “Reproducción asistida y doble maternidad...”, *cit.*, p. 2263.

³⁴⁸ Si bien la DGRN ha confirmado que el requisito del matrimonio para acceder a la doble maternidad es inexcusable (RDGRN de 12.1.2011 [JUR 2012\64031] y RDGRN de 28.2.2011 [JUR 2012\74939], la STS, 1ª, de 15.1.2014 [R] 2014\1265) determinó la maternidad legal de la mujer no casada con la madre, tras el recurso conjunto a reproducción asistida, a consecuencia de la estimación de una acción de reclamación ejercitada al amparo del art. 131 CC. *Vid.* un análisis crítico de esta sentencia en el apartado III.3.2.3 del presente capítulo.

proyecto de la LTRHA³⁴⁹, el art. 8.2 LTRHA prevé únicamente la atribución de la filiación no matrimonial al hombre no casado con la usuaria³⁵⁰. Salvo que en este supuesto quepa la aplicación analógica o la interpretación extensiva del art. 8.2 LTRHA³⁵¹, la pareja deberá casarse al objeto de que el art. 7.3 LTRHA pueda resultar de aplicación³⁵². De no ser así, la mujer no casada deberá recurrir necesariamente a la adopción³⁵³. En cualquier otro caso, en el supuesto de ruptura la

³⁴⁹ Me refiero a las enmiendas núm. 27 y 37 presentadas al articulado del Proyecto de Ley de técnicas de reproducción humana asistida, por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana respectivamente, que solicitaron sin éxito una modificación del artículo 8.2 LTRHA consistente en sustituir la expresión «varón no casado» por «persona no casada», con el objetivo de no excluir la maternidad compartida entre dos mujeres. Las diferentes enmiendas presentadas al proyecto de LTRHA pueden consultarse en el BOCG, Serie A, núm. 39-8, 28.9.2005, accesible en: http://www.senado.es/legis8/publicaciones/pdf/congreso/bocg/A_039-08.PDF.

³⁵⁰ Decisión legislativa que ha sido criticada por buena parte de la doctrina por considerarla injustificada, discriminatoria, o incluso inconstitucional: DÍAZ MARTÍNEZ, “La doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 106; VERDERA SERVER, *cit.*, en COBACHO GÓMEZ (Dir.) e INIESTA DELGADO (Coord.), *cit.*, p. 285; NANCLARES VALLE, “Reproducción asistida y doble maternidad...”, *cit.*, p. 2257. Cfr. BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 103. Por su parte, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil opta por seguir limitando la doble maternidad a parejas de mujeres casadas (art. 223-3): ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 393.

³⁵¹ Defendida por autores como DÍAZ MARTÍNEZ, “La doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 108, o Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “La “comaternidad”: matrimonio entre mujeres y filiación”, en María Paz GARCÍA RUBIO, M^a del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dirs.), Laura LÓPEZ DE LA CRUZ y Marta OTERO CRESPO (Coords.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 423-450, p. 447.

³⁵² A mi juicio, lo relevante es que la declaración de voluntad se manifieste constante matrimonio, por lo que no es necesario que exista vínculo matrimonial entre ambas cuando recurren conjuntamente a reproducción asistida. BENAVENTE MOREDA, en cambio, se muestra partidaria de que el matrimonio exista no solamente en el momento de manifestar el consentimiento ante el encargado del Registro Civil, sino también con anterioridad a la fecha de la fecundación. Con todo, esta autora advierte que nada de ello se exige por el art. 7.3 LTRHA: BENAVENTE MOREDA, “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo...”, *cit.*, p. 98.

³⁵³ Un procedimiento en el que no será necesaria la propuesta previa de la entidad pública (art. 176.2.2^a CC), pero que requerirá que la adoptante sea mayor de 25 años

expareja de la madre podrá, a lo sumo, solicitar el establecimiento de un régimen de relaciones personales con el hijo nacido, en calidad de allegada, *ex art.* 160.2 CC³⁵⁴.

La desigualdad de trato que otorga el legislador estatal a las parejas del mismo sexo no casadas frente a las de distinto sexo³⁵⁵, contrasta con el criterio seguido por el legislador catalán que, desde el año 2008, permite a la mujer no unida por vínculo matrimonial con la madre determinar su filiación, siempre que haya consentido a la fecundación asistida de su pareja en documento público o en el documento extendido ante el centro autorizado (*art.* 235-13.1 CCCat)³⁵⁶.

salvo que lo sea la otra (*art.* 175.1 CC). Sin embargo, como pone de manifiesto QUICIOS MOLINA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, pp. 192-193, la adopción no siempre es posible, dado que si la relación entre ambas mujeres se rompe, la madre gestante puede frustrar la adopción negándose a otorgar el asentimiento que exige el *art.* 177.2.2º CC.

³⁵⁴ *Vid.* STS, 1ª, de 12.5.2011 (RJ\2011\3280).

³⁵⁵ BENAVENTE MOREDA, “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo...”, *cit.*, p. 115, considera que la omisión del legislador no ha sido involuntaria, ya que cuando se aprobó la LTRHA tampoco se admitía la doble maternidad en el seno de parejas casadas, una posibilidad que se incorporó con posterioridad mediante una reforma de la referida norma.

³⁵⁶ *Vid. supra* nota 49. Otros ordenamientos jurídicos como Países Bajos, Reino Unido o Suecia también permiten que se determine la filiación de la pareja no casada con la madre. En Países Bajos, se trata de una opción que solo está disponible para parejas registradas en virtud del *art.* 1:198.1.b del Código Civil neerlandés [CCN] (accesible en neerlandés en: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2018-09-19> [consultado el 19.10.2018]). Una traducción no oficial al inglés de este cuerpo legal puede consultarse en: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm> [consultado el 19.10.2018]. En Reino Unido, *vid.* §42 HFEA, si se trata de una pareja registrada (*civil partnership*) y, en cualquier otro caso, §§43 y 44 HFEA. En Suecia, de acuerdo con la §9, *Capítulo I*, de la *Föräldrabalk* (1949: 381), la doble maternidad legal está al alcance de cualquier pareja de mujeres, con independencia de que ambas estén casadas, se hayan registrado o constituyan una pareja de hecho (accesible en sueco en: <http://rkrattsbaser.gov.se/sfst?bet=1949:381> [consultado el 21.10.2018]).

La prestación del consentimiento, además de conllevar la determinación legal de la filiación a favor de la pareja de la madre (art. 235-13.1 CCCat), implica la posterior imposibilidad de impugnar con éxito la maternidad (art. 235-28.2 CCCat). En este supuesto, es la prestación del consentimiento en los términos exigidos legalmente lo que impide que la acción pueda prosperar. En cambio, cuando la pareja recurre al método ROPA, la imposibilidad de impugnar con éxito, además de explicarse por el hecho de haber prestado el consentimiento en los términos exigidos por el art. 235-13.1 CCCat, se fundamenta también en el vínculo genético existente entre la comadre y el hijo nacido. Por este motivo, la acción de impugnación no prosperaría incluso en el caso de que la técnica ROPA se haya practicado sin el consentimiento de la pareja.

Esta imposibilidad de impugnar no es absoluta, ya que el legislador catalán, mediante la extensión del régimen impugnatorio del reconocimiento de la paternidad al consentimiento dado a la fecundación asistida de la mujer, otorga a la pareja de la madre legitimación para impugnar en caso de que su consentimiento se haya otorgado sin capacidad o por error, violencia, intimidación o dolo (art. 235-27.3 CCCat). El plazo para ejercitar la acción es de dos años y el *dies a quo* depende de si el consentimiento se ha hecho sin capacidad, por error o está viciado (art. 235-27.2 CCCat).

En caso de que la filiación no haya quedado determinada extrajudicialmente cabe recurrir a la acción de reclamación al amparo del art. 235-13.1 CCCat. Lo cierto es que este precepto no se pronuncia al respecto, pero el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su

reciente sentencia de 20.7.2017 (JUR 2017\260960), ha reconocido expresamente esta posibilidad al amparo del mismo precepto que permite a la pareja determinar extrajudicialmente su maternidad³⁵⁷. Sin embargo, la resolución no se pronuncia acerca de quiénes son los legitimados, además de la propia pareja de la madre, para interponer esta acción *ex art. 235-13.1 CCCat*, y tampoco señala cuál es el plazo en el que la misma debe ser ejercitada. Pese a ello, entiendo que la acción no debe estar sujeta a plazo, y que están legitimadas para su ejercicio las partes interesadas (mujer no casada con la madre, madre gestante e hijo). Para que esta acción se estime, será necesario: 1) el recurso conjunto a TRA; 2) el consentimiento de la mujer a la fecundación asistida de la pareja, aunque fuera implícito; y, por último, 3) que exista constancia formal del consentimiento, pese a la no suscripción del documento extendido ante el centro autorizado, o la no formalización del consentimiento en documento público.

En definitiva, el ordenamiento jurídico catalán ha introducido una regulación más completa y uniforme en materia de filiación derivada de TRA, que permite tanto al cónyuge como a la pareja de la madre determinar su filiación mediante el consentimiento prestado a una concreta fecundación. Pese a que pasa a tener un peso fundamental en la determinación de las relaciones paternofiliales cuando media recurso a TRA, el consentimiento no constituye el único criterio a considerar,

³⁵⁷ Un análisis de esta resolución puede verse en el apdo. III.3.2.3 del presente capítulo.

dado que el vínculo biológico sigue teniendo relevancia en determinados supuestos³⁵⁸.

³⁵⁸ Esther FARNÓS AMORÓS, “Comentari a l’article 235-28...”, *cit.*, en EGEA I FERNÁNDEZ, FERRER I RIBA (Dir.) y FARNÓS AMORÓS (Coord.), *cit.*, pp. 673-674.

CAPÍTULO TERCERO

LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DEL RECURSO A AUTOINSEMINACIÓN

I. ¿Procreación natural, técnica de reproducción asistida o *tertium genus*?

El art. 2.1 LTRHA señala que las técnicas de reproducción asistida que reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son las tres que relaciona el anexo de la norma: 1) IA; 2) FIV e ICSI con gametos propios o de donante, y con transferencia de preembriones; y 3) transferencia intratubárica de gametos. La autoinseminación no se encuentra en dicha relación, y de la interpretación literal del art. 2.1 LTRHA se desprende que esta lista constituye un *numerus clausus* que solo puede ampliarse, bien cuando se autorice la práctica provisional de otra técnica experimental (art. 2.2 LTRHA), bien cuando el Gobierno la actualice para adaptarla a los avances científicos y técnicos que se vayan desarrollando en la sociedad (art. 2.3 LTRHA)³⁵⁹. Por otra parte, las TRA solo pueden llevarse a cabo en centros o servicios sanitarios debidamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria

³⁵⁹ En el mismo sentido se pronuncia REBOLLEDO VARELA, para quien el art. 2.1 LTRHA, en la remisión que realiza al anexo, más que enumerar meramente las técnicas, establece una lista cerrada de los procedimientos que se pueden aplicar, de forma que no pueden utilizarse técnicas de reproducción asistida no incluidas en el anexo, y para las que el centro no esté concretamente autorizado (arts. 4 y 17 LTRHA), o que no hayan sido expresamente autorizadas de forma provisional como técnica experimental: Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, “Comentario jurídico al artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida”, en Francisco LLEDÓ YAGÜE, Carmen OCHOA MARIETA (Dirs.) y Óscar MONJE BALSAMEDA (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 48-53, p 49.

correspondiente (art. 4.1 LTRHA), lo que tampoco concurre en caso de recurso a autoinseminación. En consecuencia, puede afirmarse que esta práctica no puede ser considerada un TRA de acuerdo con la legislación española, lo que la sitúa en un contexto de alegalidad, y la consecuencia directa de esta afirmación es que no pueden aplicarse automáticamente las especificaciones en materia de filiación que contiene la LTRHA a los nacimientos derivados de autoinseminación, lo que conlleva que en estos casos deba recurrirse a las reglas de la filiación por naturaleza³⁶⁰.

Por otra parte, esta práctica también tiene difícil encaje en la procreación natural, dado que la reproducción no tiene lugar mediante una relación sexual. Más bien, se trata de un método reproductivo que imita el proceso de una inseminación artificial, con dos características diferenciadoras: la primera es que su práctica no requiere de asistencia médica, y la segunda es que puede realizarse en un contexto de intimidad, al margen de un centro o servicio autorizado. Además, en algunos casos, puede existir una tercera característica que la diferencia de la IA, y es que se utilice el material genético de un donante identificable o conocido para lograr la concepción. Todo ello permite

³⁶⁰ En sentido idéntico INIESTA DELGADO, *cit.*, en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dirs.), *cit.*, p. 914; y QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, pp. 376-377. En Argentina, DE LA TORRE apunta esta misma consecuencia señalando que, pese a que la autoinseminación no está prohibida en este país, la filiación en estos casos se determinará de acuerdo con las reglas de la filiación por naturaleza y no en virtud de las disposiciones reguladoras de la filiación derivada de TRA, de manera que «el donante no es donante, sino padre, siendo posible entablar acciones de reclamación de estado o de impugnación, y al mismo tiempo, en caso de mujeres sin pareja, está latente la posibilidad de que el donante reconozca al niño ante el Registro Civil»: Natalia DE LA TORRE, “Técnicas caseras de inseminación en Argentina: cómo resolver la filiación”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 35, núm. 1, 2017, pp. 323-344, p. 341.

afirmar que existen elementos diferenciadores suficientes que impiden encuadrar este tipo de inseminación en el ámbito de la procreación natural.

En este contexto, la autoinseminación constituye un *tertium genus* entre las TRA y la reproducción natural. Ahora bien, a falta de disposición expresa y dada la inaplicación de las especificaciones que contiene la LTRHA (arts. 7, 8, 9 y 10) –y, en Cataluña, de las disposiciones en materia de filiación derivada de TRA que prevé el CCCat (arts. 235-8, 235-13, 235-27.3 y 235-28.2),- *a priori* deberán serle de aplicación las reglas de la filiación por naturaleza³⁶¹.

³⁶¹ En el mismo sentido, *vid.* ARIAS APARICIO, NICOLÁS JIMÉNEZ y ROMEO MALANDA, *cit.*, pp. 29-30. En Argentina, DE LORENZI y CAPELLA se muestran contrarias a aplicar las reglas de la filiación por naturaleza a los nacimientos derivados del recurso a autoinseminación en los siguientes términos: «Resulta inconcebible que los criterios biologicistas establecidos para la determinación e impugnación de la filiación por naturaleza puedan tener alguna virtualidad en casos en los que falta el supuesto de hecho (acto sexual) que da sustento a tal regulación. De este modo, entender que la inobservancia de los recaudos establecidos en el capítulo 2 del Título V del CCC [Código Civil y Comercial argentino] tiene por consecuencia la aplicación subsidiaria de las normas de la filiación por naturaleza, es brindar una respuesta facilista, inadecuada y conservadora. Aun cuando resulte más sencilla esta solución, la misma es improcedente; pues estrecha la mirada de un modo absolutamente contrario a la interpretación de las normas conforme con la CN [Constitución Nacional de la Nación] y los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (...). Este remedio lejos de curar el malestar que el silencio legal produce, lo empeora. Nada más alejado del valor justicia y del respeto de los principios de autonomía de la voluntad y de igualdad y no discriminación.» Mariana DE LORENZI y Lorena CAPELLA, “Instrumentalización de la voluntad procreacional como fuente de la filiación en las “TRHA domésticas”, *Congreso internacional de derecho de las familias, niñez y adolescencia. Paradigmas y nuevos desafíos*, Comisión 2. Bioética y familias TRHA. Dignidad, autonomía y derecho al propio cuerpo. Robótica persona, Mendoza (Argentina), 9-11 de agosto de 2018, pp. 1-9, p. 3, accesible en: <https://docplayer.es/94725237-Comision-2-ponencia-instrumentacion-de-la-voluntad-procreacional-como-fuente-de-la-filiacion-en-las-trha-domesticas-autoras.html>.

Estas normas encajan a la perfección en los pocos casos en que la autoinseminación es homóloga, ya que biología y filiación coinciden. Algo que no ocurre, sin embargo, cuando se recurre al material genético de donante, dado que un tercero contribuye a la concepción sin voluntad de asumir responsabilidad procreativa frente al hijo y, además, puede existir un progenitor cuya maternidad o paternidad sea puramente intencional. En este escenario, sin duda el más recurrente cuando se accede a autoinseminación, la aplicación de estas normas plantea problemas ya que la filiación natural prioriza la biología por encima de cualquier voluntad de asumir un proyecto parental. Pese a ello, dado que la determinación de la filiación natural no exige probar la coincidencia de la verdad biológica con la verdad jurídico-formal, en la práctica la determinación de la filiación derivada de autoinseminación con contribución de donante no plantea obstáculos relevantes³⁶². Cuestión distinta es la impugnación de este tipo de filiación y, en su caso, su posterior reclamación, sobre todo si se ha recurrido a un

³⁶² El único supuesto que puede plantear dudas es el relativo a la determinación de la filiación de la esposa de la madre y, en Cataluña, también el de la determinación de la filiación de la mujer no casada con la madre. En los territorios sujetos al Código Civil y en Navarra, hasta 2015 la doble maternidad legal solo se regulaba en el art. 7.3 LTRHA, momento en el cual esta posibilidad se introduce también en el art. 44.5 LRC, si bien esta vez sin hacer referencia expresa al recurso previo a reproducción asistida. Como he puesto de manifiesto en el capítulo precedente (*vid.* apdo. III.3.2.2), si dicho precepto es interpretado en sentido amplio, cabe considerar que procede la doble maternidad legal incluso cuando el nacimiento se derive de autoinseminación o reproducción sexual. De hecho, esta interpretación ha sido acogida por la RDGRN de 8.2.2017 (JUR 2018\283287), que permitió que se determinase la maternidad legal de la esposa de la madre pese a que el hijo fue concebido mediante este tipo alternativo de inseminación (*vid.* un análisis exhaustivo de esta resolución en el apdo. II.3.1.1.a) del presente capítulo). En Cataluña, al haber practicado una inseminación en la más estricta intimidad, la pareja de mujeres no dispondrá del consentimiento a las TRA extendido ante el centro o servicio autorizado o en documento público por lo que, desde mi punto de vista, no cabrá inscribir la doble filiación materna al amparo de los arts. 235-8.1 o 235-13.1 CCCat. Ahora bien, si la pareja está casada, es factible que el art. 44.5 LRC haga posible la doble maternidad legal.

donante conocido para lograr la concepción, dado que este puede irrumpir en el modelo familiar creado, e incluso dejar sin efecto la filiación de uno de los progenitores legalmente determinados para determinar la suya propia. Si el donante utilizado es anónimo o identificable, este escenario es mucho más remoto, si bien nunca debe descartarse con rotundidad³⁶³.

Ahora bien, la situación de alegalidad en la que se encuentra esta práctica y la consecuente presencia de una laguna jurídica en materia de filiación derivada de autoinseminación, unida a las similitudes existentes entre la IA y este tipo alternativo de inseminación, obliga a plantearse la posibilidad de aplicar por analogía las especificaciones que contiene la LTRHA en materia de filiación (arts. 7 a 10) –y en Cataluña, las disposiciones relativas a la filiación derivada de TRA que prevé el CCCat (arts. 235-8, 235-13, 235-27.3 y 235-28.2)-. Esta vía, pese a no

³⁶³ La posibilidad de que el donante anónimo irrumpa en el modelo familiar creado mediante el recurso a autoinseminación solo podría producirse en el supuesto de que se revele su identidad por cuestiones médicas, o por error del banco de gametos extranjero que proveyó el material genético. El art. 8.3 LTRHA determina que la revelación de la identidad del donante anónimo no implica en ningún caso determinación legal de la filiación, si bien se refiere exclusivamente a los supuestos tasados previstos por el art. 5.5 LTRHA (circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales). Teniendo en cuenta que cuando la autoinseminación se realiza con esperma de donante anónimo, el material genético debe adquirirse necesariamente en un banco de gametos extranjero que opera al margen de la normativa española –los centros y servicios autorizados no pueden suministrar esperma directamente a los particulares-, no puede descartarse por completo que un tribunal considere inaplicable el art. 8.3 LTRHA y, en consecuencia, opte por declarar la paternidad del donante.

En cambio, si se ha hecho uso de donante identificable, su identidad solo se revelará a petición del hijo cuando alcance la edad requerida (generalmente la mayoría de edad), y pese a que podría plantearse una reclamación de paternidad por él o por el donante, acompañada o no, en su caso, de una acción de impugnación de la filiación, considero que se trata de un escenario más bien improbable. Sobre esta cuestión, *vid.* apdo. VI del capítulo primero.

resolver todas las posibles controversias que pueden plantearse en sede de filiación derivada de autoinseminación, facilitaría la determinación de la filiación e impediría, en algunos casos –en Cataluña, en todos-, su impugnación, lo que sin duda incrementaría la seguridad jurídica de todos los sujetos involucrados en este método alternativo de concepción y, especialmente, la del hijo nacido.

Ante la falta de regulación jurídica de una materia, el ordenamiento jurídico debe dar una solución al objeto de que jueces y tribunales puedan dar una respuesta, con base en el sistema de fuentes, a cualquier asunto de que conozcan (art. 1.7 CC)³⁶⁴. La búsqueda de esta solución es conocida como integración, y la analogía constituye, junto con la búsqueda de la norma en otra fuente -costumbres o principios generales del derecho- y la utilización de normas de valor supletorio, uno de los procedimientos de integración de las lagunas legales³⁶⁵. La denominada *analogía legis*, cuya aplicación solo cabe con respecto a normas escritas³⁶⁶, se encuentra regulada en el art. 4.1 CC, según el cual «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». La excepción a esta regla es que se trate de leyes penales, excepcionales y de ámbito temporal, en cuyo caso el art. 4.2 CC excluye la posibilidad de aplicarlas a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. En

³⁶⁴ Joaquín ATAZ LÓPEZ, “Comentario al artículo 4”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo I (Arts. 1 a 151), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 126-133, p. 126.

³⁶⁵ *Idem*.

³⁶⁶ Pedro DE PABLO CONTRERAS, “Comentario al artículo 4”, en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (Dir.), *Código Civil Comentado, Volumen 1*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 65- 69, p. 66.

esencia, la analogía supone aplicar una norma a un supuesto para el que no había sido pensada.

Para poder determinar si puede recurrirse a la analogía para salvar el vacío legal existente en el ordenamiento jurídico en torno a la filiación derivada de este tipo alternativo de inseminación, previamente es preciso constatar que no nos encontramos ante una de las excepciones previstas por el art. 4.2 CC, en cuyo caso no cabría la aplicación analógica sino solo la interpretación extensiva³⁶⁷. A mi juicio, ni las reglas específicas que prevé la LTRHA, ni las que establece el Código Civil catalán tienen carácter penal o excepcional³⁶⁸, y tampoco se trata de leyes de ámbito temporal. En consecuencia, corresponde examinar si se cumplen los requisitos que exige el art. 4.1 CC para recurrir a su aplicación analógica. Para ello, en primer lugar, será preciso constatar por qué el caso no regulado cae fuera del ámbito de la ley. En segundo lugar, deberán apreciarse las similitudes y diferencias entre los dos casos –regulado y no regulado– para poder determinar cuáles tienen mayor peso y, por último, deberá apreciarse identidad de razón, esto es,

³⁶⁷ Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65, núm. 3, 2012, pp. 1001-1073, pp. 1058-1060.

³⁶⁸ A esta conclusión llega, sin embargo, la SJPI núm. 4 de Mislata (Valencia), de 9.3.2017 (JUR 2018\236348), al plantearse si pueden resultar aplicables por analogía las especificaciones que prevé la LTRHA a la filiación de un hijo nacido en el seno de una pareja de mujeres que recurrió a autoinseminación con contribución de donante conocido. La sentencia afirma que «es evidente que existe un vacío legal respecto a situaciones similares a la aquí examinada, pero dicha tarea de regulación corresponde al legislador en su función de adecuar las leyes a la realidad social de los tiempos, mientras no exista la misma, tratándose el estado civil de una cuestión de orden público irrenunciable e indisponible, no puede llevarse a cabo la aplicación analógica de una ley que supone una excepción a la regulación legal ordinaria, puesto que la consecuencia de ser una materia de orden público conlleva que los supuestos excepcionales se encuentren tasados de forma expresa» (FJ 1º). Un análisis del caso puede verse *infra* en el apartado II.31.3 del presente capítulo.

corroborar que la finalidad que la norma pretende obtener al aplicarse a los supuestos regulados, también se obtendría si se aplicase analógicamente a otros supuestos³⁶⁹.

Con respecto al primer requisito, tanto en 1988 –aprobación de la LTRA- como en 2006 –aprobación de la LTRHA- es evidente que el legislador español se limitó a regular las técnicas reproductivas que se realizasen en los centros y servicios sanitarios debidamente autorizados para ello, y que por sus implicaciones médicas, éticas y legales requerían una respuesta legal. Lo mismo puede afirmarse con respecto al legislador catalán³⁷⁰. En cualquier caso, cabe tener en cuenta que la autoinseminación, pese a existir, constituía un fenómeno residual en España en el momento en el que se aprobó la normativa. De hecho, su uso se ha incrementado en los últimos años en gran medida gracias a la proliferación de la venta de esperma en línea, así como al reconocimiento legal de modelos familiares alternativos. Tanto el reconocimiento de la doble maternidad legal (2007 –en Cataluña, 2008-), como la compraventa de esperma en línea a particulares (2009)³⁷¹ han tenido lugar con posterioridad a la aprobación tanto de la LTRA como de la LTRHA y, en Cataluña, de las disposiciones reguladoras de la

³⁶⁹ ATAZ LÓPEZ, *cit.*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *cit.*, 2013, p. 128.

³⁷⁰ La filiación derivada de reproducción asistida se regula por primera vez en la Ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones (DOGC núm. 1441, 10.5.1991) [LCF], siendo sustituida posteriormente por el CF, actualmente derogado y reemplazado por el CCCat.

³⁷¹ Cryos International, banco de gametos que ha monopolizado la compraventa de esperma en línea a particulares en España, ofrece esta posibilidad desde 2009, dos años después de obtener la licencia para operar como centro de tejido humano de acuerdo con la normativa de la UE. La cronología de este banco danés puede consultarse en el siguiente enlace: <https://dk-es.cryosinternational.com/acerca-de-cryos> (consultado el 14.11.2018).

filiación derivada de TRA que contiene el CCCat. Por su parte, la prensa española no se ha hecho eco de la proliferación de casos de autoinseminación hasta aproximadamente el año 2016³⁷², a lo que hay que sumar que la primera sentencia judicial publicada en España que tiene por objeto la filiación derivada de autoinseminación no se ha dictado hasta el año 2017³⁷³. Lo cierto es que, en la hipótesis de que la normativa reguladora de TRA estatal y/o catalana se hubiese aprobado en estos últimos años, cabría afirmar con rotundidad que la omisión del legislador estatal y/o catalán a la autoinseminación ha sido deliberadamente intencional. Sin embargo, se desconoce si ambos legisladores pensaron o no en la autoinseminación cuando aprobaron dichas reglas específicas, por lo que no puede determinarse si este método reproductivo cayó fuera del ámbito de dichas leyes intencionalmente.

En cuanto al análisis del segundo requisito, con carácter previo es preciso señalar que existen diversos tipos de IA en función del lugar en el que se depositen los espermatozoides: entre ellos, la IA intravaginal, la IA intracervical, la IA intratubárica y la IA intrauterina -la más utilizada en la práctica-³⁷⁴. Las diferentes variantes de IA se subsumen en la categoría de inseminación artificial prevista en el Anexo de la LTRHA, y de entre todas ellas, la IA intravaginal es la que presenta mayores similitudes con la autoinseminación. En ambos casos el

³⁷² *Vid. supra* nota 42.

³⁷³ Me refiero a la SJPI núm. 4 de Mislata (Valencia), de 9.3.2017 (JUR 2018\236348), confirmada por la SAP Valencia, sec. 10ª, de 27.11.2017 (JUR 2018\56440), ambas analizadas en el apartado II.3.1.3 del presente capítulo.

³⁷⁴ Mª Ángeles CAÑA YÉLAMO *et al.*, “Inseminación artificial”, en Juan Antonio GARCÍA VELASCO y José SCHNEIDER FONTÁN, *Enfermería en reproducción humana*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 95-106, p. 98

proceso imita el de una reproducción natural, ya que el esperma se deposita en la vagina mediante un método instrumental. Por otro lado, ambas resultan óptimas cuando el hombre presenta problemas leves de infertilidad³⁷⁵. Además, en ninguno de los dos casos es preciso que la mujer se someta a tratamientos previos con el objetivo de incrementar las posibilidades de lograr la concepción. Del mismo modo, ambas técnicas pueden ser homólogas o heterólogas, en función de si se utiliza el esperma de la propia pareja o el de un donante. En cuanto a las diferencias, las principales son que la práctica de la IA tiene lugar en un centro o servicio autorizado, mientras que la autoinseminación se practica en la intimidad; y que en la primera participan profesionales médicos, mientras que la segunda puede ser realizada por la propia usuaria que se insemina, o por un tercero sin conocimientos médicos. Teniendo en cuenta este contexto, resultaría posible afirmar que las similitudes entre la IA y la autoinseminación tienen mayor peso que sus diferencias, lo que permitiría considerarlas supuestos semejantes.

Llegado este punto, para poder aplicar la *analogia legis* procede examinar si se cumple el tercer y último requisito que debe concurrir, esto es, la apreciación de la identidad de razón. A mi juicio, si la autoinseminación se realiza con esperma de la propia pareja o de donante anónimo, cabe interpretar que existe la identidad de razón que exige el art. 4.1 CC entre la IA y la autoinseminación, de manera que pueden aplicarse a estos supuestos las especificaciones que prevén la LTRHA y el CCCat. En efecto, el objetivo fundamental del legislador estatal al introducir los

³⁷⁵ Tales como la disfunción eréctil o la eyaculación retrógrada, lo que hace que tanto la IA intravaginal como la autoinseminación resulten métodos óptimos para lograr la concepción: <https://inseminacionartificial.info/tecnicas-de-inseminacion/> (consultado el 16.11.2018).

arts. 7 a 10 LTRHA consistió principalmente en otorgar reconocimiento legal como progenitor legal al marido u hombre no casado con la usuaria que consintiese el recurso a una técnica heteróloga, impidiendo su posterior impugnación por falta de correspondencia con la verdad biológica –únicamente respecto de parejas casadas- (art. 8.1 LTRHA) y excluyendo, a su vez, la paternidad del donante de gametos (8.3 LTRHA). El propósito del legislador catalán fue, de hecho, muy similar³⁷⁶. Por el contrario, si se hace uso de espermia de donante identificable o conocido, entiendo que la analogía no es posible dado que esta práctica contraviene el principio del anonimato del donante que impone el art. 5.5 LTRHA, una norma cuyo carácter es sin duda imperativo³⁷⁷. En consecuencia, cabe interpretar que la aplicación analógica de las especificaciones que prevé la LTRHA en materia de filiación (arts. 7 a 10 LTRHA) –y, en Cataluña, de las disposiciones que prevé el CCCat (arts. 235-8, 235-13, 235-27.3 y 235-28.2)- a los nacimientos derivados de autoinseminación, es posible siempre y cuando no se haga uso de un donante identificable

³⁷⁶ En este sentido, resulta interesante traer a colación un extracto de la Exposición de Motivos de la LCF que, tratando de ofrecer argumentos complementarios que justificasen una regulación unitaria o conjunta de la filiación por naturaleza y la filiación derivada de procreación asistida, señaló: «En una regulación civil como lo es la presente no es preciso tomar partido en las opciones de política jurídica relativas a las técnicas de procreación asistida y a las personas que intervienen en las mismas, sino que se trata de determinar la filiación del ser ya nacido mediante dicho procedimiento, es decir, quien deberá asumir la función jurídico-social y las responsabilidades de padre o madre, teniendo siempre presente el interés del hijo.»

³⁷⁷ QUICIOS MOLINA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 208, considera que las inseminaciones domésticas con contribución de donante identificable o conocido, además de contravenir el principio del anonimato del donante, pueden ser contrarias al ordenamiento jurídico cuando la adquisición del espermia necesario para su realización sea onerosa.

o conocido, en cuyo caso procederá la aplicación estricta de las reglas de la filiación por naturaleza³⁷⁸.

En este contexto, el presente capítulo tiene por objeto analizar la determinación, reclamación e impugnación de la filiación derivada de autoinseminación. Este análisis tendrá en cuenta, en lo que concierne a los territorios sujetos al CC y a Navarra, dos posibles escenarios: por un lado, la aplicación exclusiva de las reglas de filiación natural (CC o FN) y, por otro, la aplicación de estas reglas combinadas con las disposiciones que prevé la LTRHA en materia de filiación, aplicadas analógicamente a casos de autoinseminación. En cuanto a Cataluña, los dos escenarios posibles que consideraré son: a) aplicar las reglas de la filiación natural que prevé el CCCat; o b) recurrir a la aplicación analógica de las disposiciones en materia de filiación derivada de TRA (arts. 235-8, 235-13, 235-27.3 y 235-28.2 CCCat).

Mediante este estudio se pretenden identificar las principales consecuencias de aplicar con carácter general, bien unas reglas que no fueron diseñadas para abordar las relaciones paternofiliales creadas a partir de la voluntad de asumir un proyecto parental, bien una combinación de disposiciones que sigue resultando insuficiente para dar respuesta a todos los retos que plantea la filiación derivada de

³⁷⁸ En la SAP Valencia, sec. 10ª, de 27.11.2017 (JUR 2018\56440), confirmatoria de la SJPI núm. 4 de Mislata (Valencia), de 9.3.2017 [JUR 2018\236348] (*vid. supra* nota 368), que resuelve un caso de autoinseminación con contribución de donante conocido, la Audiencia Provincial –a diferencia del Juzgado de Primera Instancia– consideró que la aplicación analógica de las reglas especiales contenidas en la LTRHA no podía tener lugar porque «más que un supuesto análogo al previsto por la ley, ante lo que nos encontramos es una infracción o soslayamiento de la propia norma» (FJ 1º).

autoinseminación. Todo ello con la voluntad de formular en el capítulo cuarto propuestas de *lege ferenda* que puedan contribuir a incrementar la seguridad jurídica de todos los sujetos involucrados en la autoinseminación pero, muy especialmente, los del hijo nacido, quien debe ser sin duda objeto de la máxima protección por parte del ordenamiento jurídico.

II. La filiación derivada del recurso a autoinseminación

1. La determinación de la filiación materna

La determinación de la filiación materna no plantea ninguna variación respecto a su determinación en caso de reproducción natural o recurso a TRA, ya que la misma viene determinada por el mero hecho del parto. Además, en sede de autoinseminación, la maternidad legal siempre coincide con la maternidad genética, ya que por su naturaleza esta práctica no admite la manipulación de gametos femeninos. En cualquier caso, de concurrir, esta circunstancia sería totalmente irrelevante, puesto que madre legal es la que pare, con independencia de que exista o no vínculo genético con el hijo nacido. Por esta razón, considero innecesario entrar en el examen de la impugnación de la filiación materna.

2. La determinación de la filiación del marido y del hombre no casado con la madre

Si una pareja heterosexual recurre a este método reproductivo alternativo, la determinación de la filiación paterna se producirá, si está casada, en virtud de la presunción de paternidad matrimonial (arts. 116

CC y 235-5 CCCat, y Ley 53.a).1 FN [ref. 2019])³⁷⁹ y, en los otros casos, con arreglo a cualquiera de las formas previstas para la determinación de la filiación no matrimonial (arts. 120.1º, 2º, 3º y 4º CC y 235-9.1.a), b) y c) CCCat, y Ley 53.b) FN [ref. 2019]³⁸⁰).

En términos generales, son dos los supuestos de fecundación homóloga que pueden darse en caso de recurso a autoinseminación por pareja heterosexual: uno es aquel en el que la mujer es seropositiva y con este método pretende evitar la transmisión horizontal del VIH a su pareja, de modo que utiliza su esperma pero para evitar el contagio no

³⁷⁹ Si bien también puede quedar determinada: en los territorios sujetos al CC, al amparo de los arts. 117 CC -reconocimiento expreso o tácito del marido-, 118 CC –reconocimiento implícito en el consentimiento del marido pese a la falta de operatividad de la presunción de paternidad por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges- y 119 CC –reconocimiento formal que determina que una filiación no matrimonial quede automáticamente calificada como matrimonial por el matrimonio entre ambos progenitores-; en Cataluña, al amparo del art. 235-7.1 CCCat, aunque si posteriormente la filiación se impugna, rigen las reglas de la filiación no matrimonial (art. 235-7.2 CCCat); y en Navarra, al amparo de las Leyes 53.a).2 –reconocimiento expreso o tácito- y 53.a).3 FN [ref. 2019] –conformidad de ambos cónyuges para la inscripción del hijo como matrimonial-.

En relación con el art. 118 CC, RIVERO HERNÁNDEZ, “Los reconocimientos de complacencia...”, *cit.*, p. 1062, advierte que si bien «el consentimiento marital no es, en puridad, reconocimiento: mas su proximidad conceptual y funcional al mismo permite aplicarle la mayor parte de las normas de éste, entre ellas las relativas a su impugnación (no, en cambio, los consentimientos complementarios)».

³⁸⁰ La Ley 53.b) FN [ref. 2019] dispone que «sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación del Registro Civil, la filiación no matrimonial se determina para cada uno de los progenitores por su reconocimiento o por sentencia firme». Sobre la posibilidad de recurrir a otros títulos de determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial en esta comunidad, debe tenerse en cuenta que la legislación civil navarra «contiene una regulación completa en orden a la determinación de la filiación no matrimonial, por lo que han de interpretarse las normas contenidas en el Fuero Nuevo, sin tener que acudir al Derecho Supletorio, salvando cuanto establece, y sea aplicable en la materia, la Ley del Registro Civil (STSJ de Navarra, Civil y Penal, de 22.12.1994, FJ 3º [RJ 1994\9781]). En el mismo sentido, *vid.* STC 236/2000, de 16 de octubre (RTC 200\236) y Javier NANCLARES VALLE, “La reforma de la determinación de la filiación extramatrimonial en el Derecho civil navarro”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 2018, pp. 3-42, p 13. En particular, sobre la posibilidad de recurrir al expediente registral, *vid.* nota 245.

concibe de forma natural; y otro es aquel en el que dos personas de distinto sexo, entre las cuales no media relación sentimental pero sí un acuerdo reproductivo, deciden recurrir a la autoinseminación evitando así mantener relaciones sexuales para lograr la concepción. Es obvio que en estos supuestos la determinación de la filiación no plantea problemas, ya que la paternidad genética y legal coinciden, como en la reproducción sexual. En el resto de casos, la fecundación es heteróloga ya que el matrimonio o pareja recurre a la autoinseminación ante la necesidad de gametos masculinos de un tercero, lo que provoca que la paternidad genética y la legal difieran.

A priori la falta de coincidencia entre la paternidad genética y la paternidad legal es menos problemática cuando el material genético utilizado pertenece a un donante anónimo, ya que si bien puede plantearse una eventual impugnación de la paternidad por parte del marido u hombre no casado, por parte de la madre (en nombre e interés propio -solo en Cataluña y Navarra [y en esta última, solo con respecto a la filiación matrimonial]- o como representante legal del hijo) o incluso por parte del hijo, no cabe la reclamación de paternidad al donante³⁸¹. En cambio, si la pareja hace uso de un donante identificable o conocido, bien porque ha optado por esta posibilidad al recurrir a un banco de gametos extranjero³⁸², bien porque ha recurrido a un tercero, cabe tanto la impugnación como la reclamación de la paternidad.

³⁸¹ Al respecto, *vid.* nota 363

³⁸² Téngase en cuenta que desde el 1 de julio de 2018, para que un particular pueda adquirir de forma onerosa y directa material genético de donante en Cryos, es precisa la intermediación de una clínica o de un profesional médico. Al respecto, *vid.* apartado V del capítulo primero.

La posibilidad de interponer una acción de impugnación, una acción de reclamación, o ambas, y su eventual estimación, dependerá de la interpretación que se adopte: a) aplicación estricta de las reglas de la filiación natural, o b) combinación de estas disposiciones con las especificaciones en materia de filiación que prevé la LTRHA (aplicadas por analogía). Teniendo en cuenta ambas posibilidades, examinaré si cabe el ejercicio de una acción de impugnación de la filiación derivada de autoinseminación practicada por pareja heterosexual y, en caso de respuesta afirmativa, quiénes están legitimados para ejercitarla, cuáles son los plazos para ello y, en definitiva, las probabilidades que existen de que el tribunal estime o desestime la acción. Seguidamente analizaré si cabe el ejercicio de una acción de reclamación con el objeto de que se determine la paternidad del donante y, en caso de respuesta afirmativa, nuevamente haré referencia a la legitimación activa y a los plazos de caducidad con el propósito de aventurar cómo los tribunales resolverían la presente controversia.

Ahora bien, es preciso advertir que en los procesos que afecten a hijos menores de edad o con la capacidad judicialmente modificada, cabe la posibilidad de que se aprecie la existencia de un conflicto de intereses entre los representantes legales/curador y el hijo, lo que exigiría el nombramiento de un defensor judicial que asuma su representación (arts. 299.1 CC y 224-1.a) y 236-20 CCCat; y Ley 75, par. 10º, FN [ref. 2019]), o que incluso podría privarle/s de legitimación activa para el ejercicio de las correspondientes acciones en calidad de representante/s legal/es. Por esta razón, con carácter previo al estudio de las diferentes acciones que pueden ejercitarse en sede de filiación derivada de autoinseminación, analizaré en qué casos puede concurrir un conflicto

de intereses entre el/los representante/s legal/es y el hijo, y las consecuencias que provocará apreciar su existencia en un proceso judicial en materia de filiación.

2.1. Conflicto de intereses y defensor judicial

El art. 162 CC establece que los padres que ostenten la potestad parental tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Entre las excepciones a esta representación legal, no obstante, se encuentran aquellos casos en que exista conflicto de intereses entre los progenitores y el hijo (art. 162.2º CC). Por su parte, el art. 221 CC prohíbe a quien desempeña algún cargo tutelar representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y exista conflicto de intereses. En tales casos, señalan los arts. 163 y 299.1 CC y 27.1.a) de la Ley 25/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV)³⁸³ que se procederá al nombramiento de un defensor judicial que represente al hijo/persona con la capacidad judicialmente modificada en juicio y fuera de él, advirtiendo que si el conflicto existe solo con uno de los progenitores que ejercen la tutela conjunta, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o persona con la capacidad modificada judicialmente³⁸⁴. En efecto, el

³⁸³ BOE núm. 158, 3.7.2015. Nótese que el art. 27 LJV resulta aplicable a todos los casos en que proceda conforme a la ley el nombramiento de un defensor judicial de menores o personas con capacidad modificada judicialmente.

³⁸⁴ *Vid.*, en Cataluña, arts. 224-1.a), 235-16.3, 236-18 y 236-20 CCCat y, en Navarra, Ley 75, par. 10º, FN [ref. 2019]. A diferencia de lo que ocurre en Navarra y en los territorios sujetos al CC, en Cataluña el art. 236-20 *in fine* CCCat exige expresamente el nombramiento de un defensor judicial si la contraposición de intereses se produce con ambos progenitores a la vez, o con el que ejerce la potestad (art. 236-20 *in fine* CCCat). Asimismo, prevé de forma expresa que en los procesos de filiación se pueda

nombramiento del defensor judicial puede hacerse de oficio por el tribunal o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio (art. 300 CC)³⁸⁵, y según la jurisprudencia del TS, su inobservancia en caso de conflicto de intereses -que provoca un mal planteamiento de la relación jurídico procesal- conlleva que se decrete la nulidad de actuaciones (art. 225.3º LEC)³⁸⁶.

En el ámbito concreto de los procesos en materia de filiación, el TS ha considerado la existencia de conflicto de intereses y, en consecuencia, la necesidad de nombrar a un defensor judicial que asuma la representación legal del hijo menor en los términos del art. 163 CC en los siguientes casos: 1) cuando el padre determinado legalmente interpone una acción de impugnación de la paternidad matrimonial³⁸⁷;

nombrar a esta figura cuando el hijo ha de intervenir mediante un representante legal y su interés lo justifique (art. 235-16-3 CCCat).

³⁸⁵ Es competente para su nombramiento el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial (art. 28 LJV). En Cataluña, desde la aprobación de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto (DOGC núm. 7314, 1.1.2018), es competente asimismo el letrado de la Administración de Justicia (arts. 224-2 y 235-16.3 CCCat), ya que previamente dicha competencia correspondía a la autoridad judicial. Por el contrario, en Navarra, la Ley 75 *in fine* FN [ref. 2019] señala que será el juez quien se ocupará de dicho nombramiento.

³⁸⁶ Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, “Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 2018, pp. 43-72, p. 58.

³⁸⁷ Se trata del caso resuelto por la STS, 1ª, de 5.6.1997 (RJ 1997\4605), según la cual «en la presente compulsa judicial, se debe tener en cuenta el dogma incorporado a nuestro ordenamiento desde el precepto constitucional del art. 39, de que el valor superior y prevalente y, por tanto, proyectable en los hijos, es que, a toda costa, se facilite la “investigación de la paternidad”, esto es, que en la contienda ostente supremacía el descubrimiento de la verdad material o biológica, por lo que el conflicto de intereses de ambos contendientes con respecto al hijo deviene elemental, porque el

2) cuando el padre biológico reclama la determinación de su filiación³⁸⁸; y 3) cuando el padre biológico interpone una acción mixta de reclamación de la paternidad y de impugnación de la filiación inscrita³⁸⁹.

En muchos de estos casos el hijo intervenía en el proceso como demandado junto con su representante legal, y considerando que este último tenía intereses opuestos a los del hijo, el nombramiento de un defensor judicial implicó que este pasase a asumir su representación al margen de la del representante. Por su parte, la SAP Baleares, sec. 4ª, de 7.11.2006 (JUR 2007\84812) también declaró la necesidad de nombrar

actor, por su condición procesal litiga precisamente contra “su” hijo, al que demanda, por lo que sería un despropósito afirmar que también “le defiende”, y la propia madre codemandada, al aspirar en su oposición a que se mantenga la filiación matrimonial, tampoco, en puridad, defiende los prístinos intereses del menor, que son, se repite, los acordes con la verdad biológica de su progenie, amén de que en la actuación procesal de esa madre no puede eludirse su propia defensa, de su estima, fidelidad, etc., que aunque sumergidos, son asimismo, motivaciones explicativas de aquella actuación» (FJ 4º). Un comentario crítico a esta resolución puede verse en Mª Victoria MAYOR DEL HOYO, “Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, núm. 2, 1998, 917-936.

³⁸⁸ SSTs, 1ª, de 17.1.2003 (RJ 2003\433), de 4.3.2003 (RJ 2003\2538), de 5.11.2003 (RJ 2003\8026), y de 9.7.2004 (RJ 2004\5246). En las dos últimas, no obstante, el hijo menor no había sido demandado por lo que si bien el TS recordó que de haberlo sido era necesaria la intervención de un defensor judicial, desestimó la demanda interpuesta por el padre biológico sin entrar al fondo del asunto por falta de litisconsorcio pasivo necesario.

³⁸⁹ En la STS, 1ª, de 7.11.2002 (RJ 2002\9484), el TS determinó que «en este caso son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil». El Alto Tribunal, además, aprovechó la ocasión para precisar que «el conflicto de intereses existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos». En la STS, 1ª, de 30.6.2004 (RJ 2004\4282), pese a decretarse la nulidad de las actuaciones, no se estableció el nombramiento de defensor judicial por parte del tribunal de instancia, habida cuenta de que en esa fecha los hijos ya habían alcanzado la mayoría de edad. No obstante, se exigió la necesaria audiencia de estos, al objeto de que manifestasen lo que estimasen necesario respecto a la cuestión litigiosa, e incluso solicitasen la práctica de las pruebas que considerasen oportunas.

un defensor judicial tras apreciar intereses contrapuestos en un caso en el que la madre ejercitaba una acción mixta de reclamación de paternidad no matrimonial, y de impugnación de la filiación matrimonial ya determinada, como representante legal de un hijo con la capacidad judicialmente modificada. En este caso el hijo no era demandado sino el propio titular de la acción ejercitada³⁹⁰.

Ahora bien, en la STS, 1ª (Pleno), de 30.6.2016 (RJ 2016\2859)³⁹¹, el Tribunal Supremo ha ido más allá, pues si bien apreció la existencia de

³⁹⁰ Cfr. SAP Barcelona, sec. 12ª, de 28.1.2009 (JUR 2009\129094), en la que la madre ejercitaba una acción mixta de reclamación de la filiación no matrimonial, y de impugnación de la paternidad determinada al amparo de los derogados arts. 104.1 y 105 CF. En primera instancia la demanda se desestimó, por lo que la madre interpuso recurso de apelación, al cual únicamente se opuso el supuesto padre biológico del hijo. No consta que el padre legal se opusiera al recurso, ni tampoco el informe del Ministerio Fiscal, aunque este aludió a la posible nulidad de actuaciones del proceso por no haber nombrado defensor al menor en el informe final en el acto de la vista celebrada en grado de apelación. Aunque la madre no indicara en su demanda que actuaba en interés del hijo, la Audiencia así lo consideró señalando «que actúa en interés del mismo se deriva del contenido de la misma, en especial cuando, en el hecho quinto de la demanda, tras señalar que su relación con el Sr. Jesús Manuel quedó interrumpida a principios del año 2004 y hacer referencia a la relación del mismo con el menor y al procedimiento de modificación de medidas, en el último párrafo dice que “en este contexto se presenta el presente procedimiento, en interés y beneficio del menor”, por lo que resulta evidente que no existe[n] intereses contrapuestos entre los de la madre y el hijo y en nada empece para la validez del procedimiento y, por tanto, para que no proceda la declaración de nulidad planteada por el Ministerio Fiscal, el hecho de que los intereses de la madre y los de los demandados sean contrapuestos pues queda dicho que, como señala la doctrina constitucional, lo que en definitiva importa es el primario derecho del hijo a que se declare su filiación biológica» (FJ 3º).

³⁹¹ Esta sentencia resolvió un caso en el que la madre, como representante legal de su hija, había ejercitado una doble acción de reclamación de la filiación no matrimonial al supuesto padre biológico, y de impugnación de la paternidad matrimonial de su exmarido determinada mediante un reconocimiento de complacencia. El exmarido se había opuesto a la demanda y había formulado demanda reconventional solicitando que se acordase el mantenimiento de los pronunciamientos contenidos en el Auto de medidas provisionales dictado en el marco del procedimiento de divorcio con la madre —en los que se reconocía un régimen de relaciones personales con la hija a favor del padre—. Por su parte, el supuesto padre biológico había sido declarado en rebeldía. En primera instancia se inadmitió la demanda por incumplimiento de los

intereses contrapuestos entre la madre y su hija menor, no declaró la nulidad de actuaciones con el objeto de que se procediese al nombramiento de un defensor judicial, sino que negó expresamente la legitimación de la madre como representante legal para ejercer una acción mixta de reclamación de la filiación no matrimonial y de impugnación de la paternidad determinada por reconocimiento³⁹². El TS consideró mal planteada la relación jurídico procesal y, advirtiendo

requisitos de admisibilidad que prevé el art. 156.2 CC. La madre interpuso recurso de apelación contra la sentencia de instancia, que fue estimado mediante auto por considerar que el art. 156.2 CC no regulaba ningún requisito de admisibilidad de la demanda cuando se ejercitaba una acción de reclamación de filiación. Con posterioridad se dictó una nueva sentencia por el órgano de instancia, esta vez estimatoria por considerar que la filiación biológica del supuesto padre no se había discutido por las partes y que existía prueba directa de la paternidad. El padre legal interpuso recurso de apelación contra esta resolución, que resultó estimado por la Audiencia Provincial de Pontevedra, al considerar que, pese a la línea jurisprudencial tendente a dar prioridad a la verdad biológica, en el caso tenían mayor importancia específica las razones que amparaban la tesis de la irrevocabilidad del reconocimiento de complacencia, entre ellas, que el bienestar de la hija exigía el mantenimiento de la paternidad impugnada y que la madre atendía exclusivamente a intereses particulares y ajenos al superior interés de su hija. El TS, si bien desestimó el recurso de casación, señaló que la desestimación de la demanda no podía fundamentarse en la irrevocabilidad del reconocimiento de complacencia, dado que la madre no había ejercitado una acción de impugnación de la filiación, sino que el éxito de esta se subordinaba al éxito de la acción de reclamación ejercitada. Habiendo considerado probado que el padre biológico no conocía personalmente a la hija; que no existía constancia de que se hubiera preocupado por ella o hubiese contribuido de alguna forma en su sustento; y que el progenitor cuya filiación se impugnaba se había ocupado de la hija como un verdadero padre desde su nacimiento, cumpliendo todas sus obligaciones y proporcionándole un entorno de bienestar y estabilidad emocional y afectiva, el TS consideró que la desestimación de la doble acción debía justificarse en el conflicto de intereses existente entre madre e hija, lo que provocaba que la primera careciera de legitimación para su ejercicio. Un interesante comentario a esta resolución puede verse en Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, “El ejercicio de las acciones de filiación en interés del hijo menor”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 34, 2016, pp. 1680-1685, accesible en: <http://www.registradores.org/publicaciones-periodicas/>.

³⁹² Más concretamente, desestima el recurso de casación en aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados o de pérdida del efecto útil del recurso, un criterio conforme al cual no procede acoger el recurso cuando, pese al fundamento de alguno de los motivos que lo sustentan, el fallo deba ser mantenido con otros argumentos (SSTS, 1ª, de 11.10.200 [RJ 2006\6693], de 10.12.2008 [RJ 2008\6977], de 3.6.2009 [RJ 2009\3371] y de 28.6.2012 [RJ 2012\8353]).

que el supuesto enjuiciado no era similar a otros que había resuelto previamente el propio tribunal dado que la menor no era demandada sino titular de la acción ejercitada, estimó que la solución correcta pasaba por apreciar la falta de legitimación de la madre para actuar en interés de su hija menor de edad.

Con esta decisión el TS aplica la consecuencia prevista en el art. 162.2º CC, esto es, privar de legitimación a la madre, titular de la potestad parental de su hija menor, al objeto de que no pueda ejercitar acciones en materia de filiación como representante legal, al considerar que existen intereses contrapuestos entre ella y su hija³⁹³. Del relato fáctico de la sentencia se desprende que estimar las acciones ejercitadas por la madre no hubiera resultado lo más acorde con el interés de la hija menor³⁹⁴. Por un lado, el padre determinado legalmente había actuado como tal desde que la reconoció y, tras el divorcio con la madre, seguía manteniendo un régimen de relaciones personales con la hija, mientras que el padre biológico nunca se había hecho cargo de ella y, además, había sido declarado en rebeldía en el curso del proceso. A mi juicio, el

³⁹³ También destaca esta posibilidad M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “El principio del interés del menor en la jurisprudencia”, en Joan PICÓ I JUNOY, Xavier ABEL LLUCH (Dir.) y Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ (Coord.), *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, J.B. Bosch, Barcelona, 2018, pp. 25-52, p.33.

³⁹⁴ BARBER CÁRCAMO, “El ejercicio de las acciones...”, *cit.*, p. 1683 destaca que «la apreciación del conflicto de intereses entre la madre y la hija supone una quiebra en la hasta ahora total identificación del interés del hijo con la averiguación de la verdad biológica». Según esta autora, «la aproximación formal seguida por el Tribunal Supremo constituye un modo de introducir límites al ejercicio de acciones de filiación «sospechosas»: contrarias a la buena fe, fraudulentas, abusivas...que hagan dudar sobre el interés legítimo que las anima, en una palabra. Lo cual también representa una novedad porque, desde el carácter de orden público propio de las acciones de filiación, el Tribunal Supremo ha evitado hasta el momento aplicarles los límites genéricos o institucionales al ejercicio de los derechos, estimando pretensiones más que llamativas».

Tribunal Supremo opta por una solución justa del caso concreto, y su fundamento no es otro que impedir que se produzca el efecto de cosa juzgada que, de otro modo, sí se produciría con independencia de que la sentencia fuera estimatoria o desestimatoria³⁹⁵. Téngase en cuenta que, de producirse dicho efecto, la hija se vería privada de ejercitar estas acciones una vez alcanzase la mayoría de edad, de manera que, negando legitimación activa a la madre como representante legal, el TS deja abierta esta vía y evita así infringir la posibilidad de investigar la paternidad que garantiza el art. 39.2 CE.

Si bien es cierto que el art. 162.2º CC exceptúa la representación legal de los hijos menores cuando exista un conflicto de intereses, la consecuencia habitual de la apreciación de esta circunstancia no acostumbra a consistir en la negación de la legitimación activa del progenitor que actúa en interés del hijo menor, sino en el nombramiento de un defensor judicial que asuma la representación de este último (art. 163 CC). Tal y como afirma la propia STS, 1ª, de 30.6.2016 (RJ 2016\2859), de efectuarse su nombramiento, el defensor pasaría a representar al hijo y podría decidir si ejercita o no dichas acciones en función de si aprecia o no que con ello se satisface el interés del menor, entendiendo que de no hacerlo no priva en ningún

³⁹⁵ Las sentencias firmes en materia de filiación tienen efecto de cosa juzgada *ex* art. 222.3, par. 2º, LEC. De acuerdo con este mismo precepto, la cosa juzgada material tiene efectos frente a todos una vez la sentencia se inscribe o se anota en el Registro Civil. Existe alguna excepción a esta regla como, por ejemplo, la que recoge la DT 5ª, apdo. 3º, de la Ley 25/2010, según la cual «las sentencias firmes sobre filiación dictadas al amparo de la legislación anterior a la entrada en vigor de la presente ley no impiden que pueda ejercerse de nuevo una acción que se funde en una disposición del Código civil o en un hecho o prueba solo admisible al amparo de este».

caso al hijo de la posibilidad de accionar por su propia determinación una vez alcance la mayoría de edad (FJ 5º)³⁹⁶.

Creo que el hecho de que la madre ejercitara las acciones interpuestas en nombre de su propia hija, tal y como afirma el propio TS, constituye una diferencia suficiente que justifica un tratamiento distinto al adoptado en el resto de casos en los que se ha planteado un conflicto de intereses en el marco de un proceso en materia de filiación -en los que, dicho sea de paso, el hijo menor intervenía en calidad de demandado y no como titular de la acción-.

Aunque hasta la fecha no se conocen otros pronunciamientos que hayan aplicado esta solución, creo que la misma será extensible a otros procesos de filiación en los que se aprecie la existencia de intereses contrapuestos, siempre que quien ejercite la/s acción/es sea el representante legal del hijo menor o con la capacidad judicialmente modificada.

2.2. Ejercicio de la acción de impugnación por el marido u hombre no casado con la madre

Como he indicado con anterioridad, la filiación matrimonial quedará determinada generalmente por la presunción de paternidad matrimonial, mientras que la filiación no matrimonial se determinará con arreglo a cualquiera de los títulos de determinación extrajudicial previstos legalmente. En la práctica, la filiación del hombre no unido por vínculo matrimonial con la madre se determinará a través del

³⁹⁶ Lo pone igualmente de manifiesto BARBER CÁRCAMO, “El ejercicio de las acciones...”, *cit.*, p. 1682.

reconocimiento³⁹⁷ (arts. 120.2º CC y 235-9.1.a) CCCat, y Ley 53.b) FN [ref. 2019]) o por expediente registral (arts. 120.3º CC y 235-9.1b) CCCat³⁹⁸). Y habida cuenta de la constancia que tiene el reconocedor a la hora de perfeccionarlo, de su falta de paternidad biológica, este reconocimiento, que constituye una clara ratificación del proyecto parental materializado mediante el recurso a autoinseminación, podrá calificarse como «de complacencia»³⁹⁹. Lo mismo podrá afirmarse en aquellos casos excepcionales en los que la filiación matrimonial quede determinada por el reconocimiento (arts. 117, 118 y 119 CC y 235-7.1 CCCat, y Ley 53.a).2 y 3 FN [ref. 2019]).

³⁹⁷ Tras la modificación del Código Civil operada por la Ley 19/2015, la filiación del hombre no casado quedará normalmente determinada mediante declaración de su paternidad en el momento de efectuar la inscripción del nacimiento (arts. 120.1º CC y 44.4.b) LRC). Tal y como señala la Instrucción de la DGRN de 9.10.2015 (*vid. supra* nota 242), interpreto esta declaración como un reconocimiento, por lo que, a mi juicio, le son aplicables las reglas del último. En el mismo sentido, *vid.* QUICIOS MOLINA, *Determinación e impugnación de la filiación*, cit. 89; y Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, “El ajuste de las acciones de filiación: planteamiento y resultados”, en María Victoria MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 463-483, p. 481. Con respecto a Navarra, también se muestra partidario de esta interpretación NANCLARES VALLE, “La reforma de la determinación...”, *cit.*, p. 14.

³⁹⁸ En cuanto a Navarra, *vid. supra* nota 245.

³⁹⁹ En palabras del Tribunal Supremo, «lo que caracteriza a los reconocimientos (...) [de complacencia] es que el autor del reconocimiento, sabiendo o teniendo la convicción de que no es el padre biológico del reconocido, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo: con la finalidad jurídica de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza». Además, señala que no deben confundirse estos reconocimientos con los llamados «de conveniencia», cuyo objetivo pasa por «crear una mera apariencia de que existe dicha relación de filiación, en orden a conseguir la consecuencia jurídica favorable de una norma (sobre nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.) cuyo supuesto de hecho la requiere» (STS, 1ª (Pleno), de 15.7.2016, FJ 2º [RJ 2016\3196]). El art. 235-27.4 CCCat se refiere a este último tipo de reconocimiento en los siguientes términos: «El reconocimiento de la paternidad hecho en fraude de ley es nulo. La acción de nulidad es imprescriptible y puede ser ejercida por el Ministerio Fiscal o por cualquier otra persona con interés legítimo y directo». Un análisis de la problemática que suscitan los primeros puede verse en RIVERO HERNÁNDEZ, “Los reconocimientos de complacencia...”, *cit.*, pp. 1049-1113.

Una vez determinada la filiación, procede analizar si el marido u hombre no casado con la madre ostenta legitimación para impugnarla y, si es así, el plazo que dispone para ello de acuerdo con el CC, el CCCat y el FN.

2.2.1. Legitimación y plazo al amparo del Código civil español

a) Aplicación de las reglas de la filiación natural

Si se aplican estrictamente las reglas de la filiación natural, parece claro que la paternidad matrimonial determinada por presunción puede impugnarse. Respecto a aquella, matrimonial o extramatrimonial, que se determine mediante reconocimiento de complacencia, cabe señalar que la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este supuesto⁴⁰⁰, llegando a la conclusión de que si el reconocedor impugna su filiación en base a la ausencia de vinculación biológica con el hijo cuya filiación se impugna, debe reconocérsele acción para dejar sin efecto su paternidad siempre y cuando la ejerza dentro de los plazos correspondientes.

La Sala 1ª del TS, en su STS, 1ª, de 15.7.2016 [RJ 2016\3196], ha fijado doctrina sobre los reconocimientos de complacencia de la paternidad⁴⁰¹, partiendo de la premisa de que este tipo de

⁴⁰⁰ Entre otras, *vid.* SSTS, 1ª, de 27.5.2004 [RJ 2004\4265]; de 12.7.2004 [RJ 2004\5356]; de 29.10.2008 [RJ 2008\5802]; de 5.12.2008 [RJ 2009\147]; de 29.11.2010 [RJ 2011\1545]; de 4.7.2011 [RJ 2011\5965]; y de 15.7.2016 [RJ 2016\3196].

⁴⁰¹ La reitera con posterioridad la STS, 1ª, de 28.11.2016 (RJ 2016/5636).

reconocimiento no es nulo por ser de complacencia⁴⁰² y, por ende, no cabe negar sobre esta base su inscripción en el Registro Civil⁴⁰³, por mucho que el encargado disponga de datos significativos y concluyentes que le permitan deducir que el reconocimiento no se corresponde con la verdad biológica y que debe reconducirlo, en la medida de lo posible, a la adopción⁴⁰⁴. Una vez confirmada su validez, el TS considera que el reconocedor puede ejercer una acción de impugnación de la paternidad, con fundamento en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido, de forma que si tal acción prospera el reconocimiento devenga ineficaz. Para ello, precisa que debe ejercitarse la acción prevista en el art. 136 CC, si la paternidad determinada por reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercitar la acción⁴⁰⁵,

⁴⁰² BARBER CÁRCAMO comparte la opinión del Tribunal Supremo y señala que «no cabe calificar de nulo un reconocimiento, a falta de previsión legal expresa en tal sentido, porque ello implicaría dejar su impugnación abierta *sine die* y en manos de cualquiera con interés legítimo. O sea, dejaría su impugnación abierta a la voluntad, contrariando así la indisponibilidad y el carácter imperativo de las normas sobre filiación»: Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, “La incidencia de la voluntad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre acciones de filiación”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, 2017, pp. 3-22, p. 16.

⁴⁰³ Cfr. RRDGRN de 11.11.2002 [RJ 2003\1100]; de 5.7.2006 [JUR 2007\246290]; de 28.6.2012 [JUR 2013\35413]; y de 29.10.2012 [JUR 2013\288885]; y AAP Barcelona, sec. 18ª, de 2.10.2012 [JUR 2012\395323]. Con posterioridad a la sentencia del TS, cfr. RDGRN de 24.1.2017 [JUR 2018\261804].

⁴⁰⁴ Las razones que aduce el TS para llegar a esta conclusión se detallan en el FJ 3º de la STS, 1ª (Pleno), de 15.7.2016 (RJ 2016\3196). BARBER CÁRCAMO, “La incidencia de la voluntad...”, *cit.*, p. 16, en cambio, considera justificada la negativa de los registros a inscribir el reconocimiento que se revela inveraz. Según esta autora, aun no presentando ilicitud de su causa, se trata de un fraude de ley pues trata de soslayar la determinación de la filiación a partir del dato biológico, lo que constituye un resultado contrario al ordenamiento que provoca que debe negarse su inscripción registral.

⁴⁰⁵ En este punto el TS cambia la doctrina que había venido manteniendo en las SSTS de 26.3.2001 (RJ 2001\4762), 27.5.2004 (RJ 2004\4265) y 29.11.2010 (RJ 2011\1545), en virtud de la cual el art. 140 CC resultaba aplicable cuando el reconocimiento de complacencia determinaba una filiación no matrimonial, que posteriormente se convertía en matrimonial por matrimonio subsiguiente al reconocimiento entre madre y reconocedor. Una crítica a esta postura puede verse en QUICIOS MOLINA, *Determinación e impugnación de la filiación*, *cit.*, pp. 187-188, quien aboga por aplicar los

o la prevista en el art. 140.2 CC⁴⁰⁶ si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque esta ya no persista en el momento de ejercitar la acción⁴⁰⁷.

Es cierto que una de las razones que aduce el TS para justificar su postura no casa en el supuesto de que el nacimiento del hijo cuya filiación reconoce el marido u hombre no casado se haya producido por autoinseminación. Más concretamente me refiero al hecho de que el TS justifique que el art. 8.1 LTRHA, que impide al marido impugnar

arts. 136 y 137 CC en estos casos, en la línea de la doctrina sentada por la STS, 1ª (Pleno), de 15.7.2016 (RJ 2016\3196).

⁴⁰⁶ Cuando el marido pretenda impugnar su filiación y no resulte aplicable la presunción legal de paternidad, por estar los cónyuges separados de hecho o legalmente, ni exista atribución de la filiación al marido por declaración de ambos cónyuges o reconocimiento del marido al respecto, el régimen de ejercicio de la acción también se regirá por lo previsto en el art. 140 CC (STS, 1ª, de 12.5.2015 [RJ 2015\2433]).

⁴⁰⁷ El Pleno del TS justifica esta doctrina señalando, en primer lugar, que privar al reconocedor de la acción de impugnación fundada en la falta de correspondencia con la verdad biológica carece de base legal en las normas sobre filiación. El Tribunal Supremo considera que tal afirmación no lleva aparejada la inconstitucionalidad de las normas de impugnación de la filiación, dado que, en su opinión, el legislador atiende a las exigencias del principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad del estado civil determinado mediante el reconocimiento, con especial atención al interés del reconocido, mediante el establecimiento de los respectivos plazos de caducidad (art. 136 CC -1 año- y art. 140.2 CC -4 años-). En segundo lugar, estima que la regla *nemo audiatur propriam turpitudinem allegans* no resulta útil para impedir que el reconocedor pueda ejercer la acción de impugnación de la filiación, ya que no se trata de un reconocimiento «de conveniencia» o en fraude de ley, y aprovecha la ocasión para recordar que la doctrina de los actos propios, recogida en el art. 7.1 CC, no puede invocarse dado que las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible (art. 1814 CC). Por otro lado, considera que el hecho de que el reconocimiento sea irrevocable no impide su ineficacia sobrevenida cuando prospera la acción de impugnación, y que una remisión en esta sede al art. 8.1 LTRHA resulta ilógica, por cuanto existe una diferencia clara y decisiva entre este tipo de casos y los reconocimientos de complacencia, y es que «el reconocedor de complacencia es ajeno a la decisión de la madre de engendrar al que será reconocido por aquél. En definitiva, el TS considera que aceptar la legitimación impugnatoria de los reconocedores de complacencia durante los breves plazos de caducidad establecidos legalmente constituye una solución moderada que conjuga de forma adecuada los intereses en juego (STS 1ª (Pleno), de 15.7.2016, FJ 4º [RJ 2016\3196]).

cuando ha consentido la fecundación heteróloga de su esposa, no puede servir para impedir que el reconocedor de complacencia pueda impugnar su filiación, dado que este último ha sido ajeno a la decisión de la madre de engendrar al hijo que será reconocido⁴⁰⁸. Digo que no casa muy bien porque cuando tiene lugar una autoinseminación consentida por el marido u hombre no casado, se parte de la premisa de que la decisión de traer un hijo al mundo ha sido adoptada conjuntamente con la madre, lo que podría provocar que un juez negase su legitimación impugnatoria aplicando por analogía el art. 8.1 LTRHA⁴⁰⁹. Con todo, parece poco probable que solo por la falta de concurrencia de una de las siete razones que utiliza el TS para justificar la legitimación del reconocedor de complacencia para impugnar su filiación, el juez rechace la aplicación de esta doctrina al objeto de impedir su ejercicio. En cualquier caso, lo que deja claro el TS es que la acción de impugnación para dejar sin efecto la paternidad establecida mediante reconocimiento de complacencia será la prevista en el art. 136 CC o en el art. 140 CC⁴¹⁰, pero no la que prevé el art. 141 CC, que

⁴⁰⁸ QUESADA GONZÁLEZ, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, pp. 171-172, tilda de insuficiente esta razón para justificar tan distinto trato jurídico.

⁴⁰⁹ QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, pp. 379 se muestra contraria a aplicar el art. 8.1 LTRHA en sede de autoinseminación y, por esta razón, considera que «tras la redacción dada al art. 136 CC por la Ley 26/2015, cabe sostener que la paternidad podrá impugnarse en el plazo de un año desde que el marido conoce que no es el verdadero progenitor, esto es, desde que conoce el nacimiento (si se considera que puede tener interés legítimo en impugnar por defecto de veracidad una filiación establecida a sabiendas de no ser el verdadero progenitor). La solución es la misma que el Tribunal Supremo ha dado a la impugnación de un reconocimiento de complacencia (...)».

⁴¹⁰ QUESADA GONZÁLEZ, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, pp. 161 y 170, se muestra contraria a que la regulación de la impugnación de los reconocimientos de complacencia sea diferente en función de si la filiación determinada por el reconocimiento es matrimonial o extramatrimonial con fundamento en el principio de igualdad de los hijos. Por otra parte, considera que la

pretende atacar el título que ha permitido determinar la filiación por concurrencia de vicios del consentimiento⁴¹¹.

Una vez establecida la legitimación activa del marido u hombre no casado con la madre, cabe hacer referencia a los plazos de los que dispondrá para el ejercicio de la acción. Así, de acuerdo con el Código Civil español, el marido dispone del plazo de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil para impugnar su paternidad (art. 136.1 CC⁴¹²)⁴¹³. Si el marido falleciese antes de transcurrir dicho plazo, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que falte para completarlo (art. 136.3 CC). En cuanto a la posibilidad de impugnar del hombre no unido por vínculo matrimonial con la madre, la caducidad de la acción se produce pasados cuatros

legitimación para impugnar este tipo de reconocimientos debería limitarse al hijo, siempre y cuando no haya intervenido en la determinación de la paternidad prestando su consentimiento, ya que el reconocimiento es irrevocable y reconocer legitimación impugnatoria al reconocedor resulta contrario a las exigencias de la buena fe.

⁴¹¹ Este criterio contrasta con el defendido por algunos autores: *vid.*, por todos, RIVERO HERNÁNDEZ, “Los reconocimientos de complacencia...”, *cit.*, pp. 1085-1086. Cfr. Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 210-211; y QUICIOS MOLINA, *Determinación e impugnación de la filiación*, *cit.*, p. 166.

⁴¹² Dado que no cabe aplicar aquí el plazo previsto en el art. 136.2 CC, cuyo cómputo se inicia en el momento en el que el marido conocedor del nacimiento tiene constancia de su falta de paternidad biológica.

⁴¹³ El TS ha precisado que cuando el reconocedor de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento, el cauce para impugnar será también el previsto en el art. 136 CC, lo que se hace extensible al caso en el que el reconocimiento se produzca con anterioridad a la celebración del matrimonio, y a no ser que hubiera caducado antes la acción regulada en el art. 140.2 CC, en cuyo caso no cabrá recurrir al art. 136 CC dado que el matrimonio no abre un nuevo plazo de un año (STS, 1ª (Pleno), de 15.7.2016, FJ 5º [RJ 2016\3196]).

años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente (art. 140 CC)⁴¹⁴.

La limitación de los plazos de caducidad en sede de acciones de impugnación de la filiación persigue salvaguardar el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, de modo que la filiación paterna derivada de autoinseminación con contribución de donante no resultará impugnabile, por más que la verdad biológica no sea coincidente con la registral, pasados los plazos correspondientes. En consecuencia, la fijación del *dies a quo* del plazo de caducidad resultará uno de los elementos centrales del proceso.

b) Aplicación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por analogía

Si, por el contrario, se interpreta que, además de las reglas de la filiación por naturaleza, resultan aplicables por analogía las especificaciones que contiene la LTRHA, el art. 8.1 de dicha norma permite impedir al marido que ha consentido a la autoinseminación la posibilidad de impugnar su filiación. La regla que prohíbe tanto a la mujer como al marido que han consentido una fecundación heteróloga impugnar la filiación resultante (art. 8.1 LTRHA), encaja a la perfección en este tipo de supuestos, ya que se presupone que la decisión de recurrir a este

⁴¹⁴ En sede de filiación no matrimonial, el TS da por supuesto que ha existido posesión de estado del reconocedor de complacencia: «(...) la acción de impugnación de la paternidad que el reconocedor podrá ejercitar es la regulada en el artículo 136 CC con un plazo de caducidad de un año, o la regulada en el artículo 140.II CC con un plazo de caducidad de cuatro años (*dando por supuesto que existió la correspondiente posesión de estado, como es natural cuando se trata de un reconocimiento de complacencia*)?» (cursivas mías): STS, 1ª (Pleno), de 15.7.2016, FJ 2º [RJ 2016\3196].

método alternativo con contribución de donante se adopta conjuntamente por los cónyuges. El problema radica en la posible dificultad probatoria de su consentimiento a la autoinseminación. Sin embargo, estimo que tal dificultad no reviste la entidad suficiente para justificar la no aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA⁴¹⁵.

En cuanto al hombre no casado, ni siquiera la aplicación analógica de la LTRHA permite evitar que pueda impugnar, ya que esta norma no cuenta con una regla propia que niegue su legitimación activa cuando ha consentido a la fecundación asistida de la mujer. A mi juicio, la omisión de la LTRHA a la imposibilidad de impugnar por parte del hombre no casado es involuntaria, ya que si el legislador no quería permitir al marido impugnar la fecundación heteróloga consentida, lo lógico es que también quisiera hacerlo extensible al hombre no casado. Pese a que en el ámbito de la filiación derivada de TRA la jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo en aplicar por analogía el

⁴¹⁵ En la mayoría de casos, el uso de la autoinseminación viene precedido de un período previo de búsqueda de información, en el que generalmente los usuarios tienen la oportunidad de conocer las ventajas y desventajas que presenta dicho método. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, es obvio que el mayor inconveniente es la ausencia de regulación al respecto, de forma que el matrimonio siempre puede evitar la inseguridad jurídica recurriendo a la IA en un centro o servicio autorizado. En otras palabras, el matrimonio que recurre a autoinseminación asume ciertos riesgos inherentes a su falta de regulación y uno de ellos es que, en caso de controversia, la inexistencia de consentimiento informado dificultará la carga de la prueba de cualquiera de las partes. En este sentido MILLBANK argumenta que si las partes desearan relaciones paternofiliales tradicionales probablemente concebirían recurriendo a métodos tradicionales, de manera que la utilización de otro método de concepción significa deliberadamente una intención diferente. En este contexto, el lugar en el que se produzca la fecundación, ya sea en un centro o servicio autorizado o en casa, no debe tener relevancia legal aunque puede resultar relevante *de facto* si existe una disputa en cuanto al método de concepción: Jenni MILLBANK, “The limits of functional family: lesbian mother litigation in the era of the eternal biological family”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 22, 2008, pp. 149-177, p. 166.

art. 8.1 LTRHA⁴¹⁶, a falta de regla escrita expresa, no cabe recurrir a la *analogia legis* para impedir la impugnación de su filiación.

2.2.2. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil catalán

a) Aplicación de las reglas de la filiación natural

Una aplicación estricta de las reglas de la filiación natural permite afirmar que, en Cataluña, como ocurre en los territorios sujetos al CC, la paternidad matrimonial determinada por presunción resulta impugnabile. Nuevamente la duda se plantea únicamente en cuanto a la posibilidad de impugnar una paternidad determinada por un reconocimiento de complacencia, con independencia de que sea matrimonial o extramatrimonial. Para resolverla, es preciso acudir a la STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 16.12.1997 (RJ 1998\7761), que permitió al reconocedor de complacencia impugnar su filiación matrimonial al haber ejercitado la acción en el plazo establecido legalmente. El TSJ consideró que la acción se tenía que calificar de impugnación de la filiación no matrimonial⁴¹⁷, siendo aplicable el derogado art. 13 LCF, según el cual estaban legitimados todos los que resultaran afectados siempre que ejercitaran la acción dentro de un plazo de caducidad de 4 años⁴¹⁸. El TSJ aprovechó la ocasión para

⁴¹⁶ *Vid. supra* nota 274.

⁴¹⁷ Y no de impugnatoria del reconocimiento, ya que cuando se trataba de una filiación matrimonial sobrevenida determinada por vía de reconocimiento formal, el art. 3.2 LCF remitía a las reglas de impugnación de la filiación no matrimonial.

⁴¹⁸ El tenor literal del precepto era el siguiente: «Art. 13. La acción de impugnación de la filiación no matrimonial puede ser ejercida por los que resulten afectados por la misma, y caduca en el plazo de cuatro años, que debe contarse desde el inicio del estado que se impugna o, en su caso, desde el momento en que se conozca dicho estado. En el caso del hijo, la acción caduca en el plazo de un año desde la obtención de la plena capacidad.». Este artículo fue sustituido por el también derogado art. 109

aclarar las dudas que sembraba el precepto en lo relativo a la legitimación para el ejercicio de la acción, señalando que el art. 13 LCF autorizaba a «impugnar la filiación no matrimonial “para los que resulten afectados” sin más condición que el que figure como padre, en la realidad no lo sea»⁴¹⁹. En otras palabras, el TSJ de Cataluña justificó su posición favorable a permitir la impugnación de la filiación resultante de los reconocimientos de complacencia con fundamento en la libre investigación de la paternidad y la maternidad como principio general e informador de la regulación catalana en materia de filiación. Un posicionamiento que se confirmó en la STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 29.6.1998 (RJ 1998\10058), que tuvo por objeto asimismo la impugnación de una filiación derivada de un reconocimiento de complacencia, aunque en este caso era la madre quien había ejercitado la acción.

Constatada la posibilidad de que el marido u hombre no casado que ha reconocido a un hijo siendo consciente de su falta de paternidad biológica pueda impugnar su filiación⁴²⁰, cabe centrar la atención en los plazos de caducidad establecidos para su ejercicio.

CF, que prácticamente en idénticos términos reconoció legitimación a quienes «resulten afectados» aunque limitando el plazo de caducidad de la acción de 4 a 2 años. Actualmente la posibilidad de impugnar la filiación no matrimonial se recoge en el art. 235-26.1 CCCat, precepto que ha restringido la legitimación reconociéndola únicamente al padre, la madre y el hijo pero que mantiene el mismo plazo que ya recogía el art. 109 CF.

⁴¹⁹ STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 16.12.1997, FJ 5º (RJ 1998\7761).

⁴²⁰ También reconoce legitimación impugnatoria al reconecedor de complacencia: Esther FARNÓS AMORÓS, “Comentari a l’article 235-26. Impugnació de la paternitat no matrimonial”, en Joan EGEA I FERNÁNDEZ, Josep FERRER I RIBA (Dirs.) y Esther FARNÓS AMORÓS (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 657-660, p. 660.

En Cataluña el marido puede impugnar su filiación en el plazo de dos años a partir de la fecha en la que conozca el nacimiento, que en caso de recurso a autoinseminación con contribución de donante consentida por él, será el de la inscripción de su filiación (art. 235-23.1 CCCat). Esta acción se transmitirá a sus hijos o descendientes y herederos si el marido muere tras haber interpuesto la acción, o con anterioridad a que finalice dicho plazo, en cuyo caso cualquiera de ellos podrá ejercer la acción en el tiempo que quede para completarlo (art. 235-23.2 CCCat). Ahora bien, si el reconocedor y la madre contraen matrimonio con posterioridad al momento de determinación de la filiación paterna, la impugnación de esta filiación matrimonial se regirá por las reglas de impugnación de la no matrimonial (art. 235-7 CCCat), a diferencia de lo que ocurre en los territorios sujetos al CC, donde el criterio relevante es la clase de filiación existente en el momento de ejercicio de la acción.

Por su parte, el hombre no unido por vínculo matrimonial con la madre puede impugnar su filiación en el plazo de dos años a partir del establecimiento de su paternidad o, en su caso, desde el momento en que conozca este hecho (art. 235-26.1 CCCat)⁴²¹. Si la filiación deriva del recurso a autoinseminación, el *dies a quo* del plazo de caducidad se iniciará en el momento en que el reconocimiento sea eficaz. En sede de reconocimiento de complacencia, como ya indicó la STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 16.12.1997 (RJ 1998\7761), basada en el CF, no cabrá impugnar el reconocimiento alegando vicios del consentimiento al

⁴²¹ El precepto utiliza el término «padre» a la hora de fijar la legitimación para el ejercicio de la acción, de manera que entiendo que el concepto es comprensivo del hombre que consta inscrito como tal. En este sentido, *vid.* FARNÓS AMORÓS, “Comentari a l’article 235-26...”, *cit.*, en EGEA I FERNÁNDEZ, FERRER I RIBA (Dirs.) y FARNÓS AMORÓS (Coord.), *cit.*, pp. 658-659.

amparo del art. 235-27, apdos. 1 y 2, CCCat⁴²². Tampoco podrá recurrirse a la vía de la impugnación del reconocimiento hecho en fraude de ley (art. 235-27.4 CCCat)⁴²³. De esta forma, el reconocedor solo podrá impugnar *la filiación* derivada de autoinseminación siempre y cuando lo haga dentro de los plazos establecidos legalmente, pues de otro modo se apreciará la caducidad de la acción y la filiación paterna quedará intacta.

b) Aplicación de las reglas de la filiación derivada de TRA previstas en el Código Civil catalán por analogía

Por el contrario, si se aplican analógicamente las disposiciones que prevé el CCCat en materia de filiación derivada de TRA, el art. 235-28.2 CCCat, más que para negar legitimación impugnatoria al marido como al hombre no casado, podría servir para impedir la estimación de la acción⁴²⁴.

⁴²² FARNÓS AMORÓS, “Comentari a l’article 235-26...”, *cit.*, en EGEA I FERNÁNDEZ, FERRER I RIBA (Dir.) y FARNÓS AMORÓS (Coord.), *cit.*, p. 660.

⁴²³ FARNÓS AMORÓS considera que en este supuesto no existe un fraude de ley, ya que quien reconoce a un menor como hijo, es consciente de que no es su padre biológico, y su motivación se centra más en la relación que mantiene con la madre que en la voluntad de eludir la ley para obtener algún beneficio (por ejemplo, en términos de nacionalidad). Y añade que otorgar legitimación al reconocedor o a la madre para impugnar la filiación al amparo de este precepto sería contrario a la buena fe en los términos del art. 111-7 CCCat, generaría conductas oportunistas y riesgo de inseguridad jurídica y, a su vez, resultaría incoherente con el rol otorgado en derecho catalán al consentimiento como un nuevo título de determinación de la filiación: FARNÓS AMORÓS, “Comentari a l’article 235-27...”, *cit.*, en EGEA I FERNÁNDEZ, FERRER I RIBA (Dir.) y FARNÓS AMORÓS (Coord.), *cit.*, pp. 665 y 667.

⁴²⁴ Analizaré más en profundidad esta cuestión en el apartado II.2.2.4.b) del presente capítulo.

2.2.3. Legitimación y plazo al amparo del Fuero Nuevo navarro

a) Aplicación de las reglas de la filiación natural

Aplicando estrictamente el FN, el marido puede impugnar su paternidad hasta transcurrido un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil (art. 56.b), par. 1º, FN [ref. 2019])⁴²⁵. En caso de fallecer, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que falte para completar el plazo (art. 56.b), par. 2º, FN [ref. 2019]).

En cuanto al hombre no unido por vínculo matrimonial con la madre, la situación es distinta ya que la Ley 56 FN [ref. 2019] no contempla expresamente la legitimación del progenitor para impugnar su filiación salvo que concurren vicios del consentimiento en el reconocimiento. Es cierto que el precepto, en su apartado d), se refiere a la posibilidad de impugnar la paternidad determinada mediante el reconocimiento, si bien legitima únicamente al representante legal, al hijo, a sus descendientes, y a «aquellos a quienes perjudique», siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos legalmente⁴²⁶. La cuestión que debe

⁴²⁵ Este precepto, que previa reforma de la Compilación por la Ley Foral 21/2019, era el 70.b), fue reformado por la Ley Foral 9/2018, que añadió al párrafo primero del apartado, en la línea del art. 136.2 CC, la posibilidad de fijar el *dies* a quo del plazo de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el momento en el que el marido, teniendo constancia del nacimiento, tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de su falta de paternidad biológica. Sin embargo, en sede de autoinseminación, el marido es consciente de la inexistencia de vínculo biológico con el hijo desde el mismo momento de la concepción, por lo que el plazo de la acción deberá iniciarse necesariamente en el momento en el que la filiación paterna se inscriba en el Registro Civil.

⁴²⁶ Desde la entrada en vigor de la Ley Foral 9/2018, la Ley 70, que con la aprobación de la Ley Foral 21/2019 ha pasado a ser la Ley 56, regula la impugnación de la maternidad –apartado a)-, la impugnación de la paternidad del marido – apartado b)-, la impugnación del reconocimiento –apartado c)- y, por último, la impugnación de la paternidad determinada mediante reconocimiento –apartado d)-. Según este último, «el representante legal de la persona menor no emancipada o con la capacidad

plantearse es, por tanto, si el reconocedor puede ser incluido en ese último grupo de legitimados para impugnar su filiación extramatrimonial⁴²⁷. La SAP Navarra, sec. 3ª, de 23.2.2001 (JUR 2001\138413), refiriéndose a la Ley 70 en la redacción dada por la Ley Foral 1/1987 (actualmente Ley 56 [ref. 2019]), señaló que el precepto «establece tres acciones distintas para la impugnación del reconocimiento, tanto (...) en lo concerniente a la legitimación activa como en lo referente a su fundamento. La primera se basa en vicios del consentimiento e incumbe a quien otorgó el reconocimiento viciado. (...). La segunda (...) puede ejercitarla el representante legal del menor si media justa causa. En cuanto a la tercera, la Ley 70 la contempla a favor de “aquellos” a quienes perjudique el reconocimiento de una filiación no matrimonial». En el caso objeto de enjuiciamiento la madre impugnó la filiación paterna, determinada mediante un reconocimiento

judicialmente modificada cuya oposición al reconocimiento hubiera sido desestimada, podrá impugnar la filiación así determinada por no ser cierta la paternidad de quien lo haya otorgado. Así mismo, y en interés del hijo o de sus descendientes cuando éste hubiera sido reconocido una vez fallecido, podrá ejercitar la acción al objeto de que en la sentencia se limiten sus efectos conforme a lo dispuesto en la Ley 52. En ambos casos, el plazo para el ejercicio de la acción será de un año desde que la filiación hubiera quedado determinada. La persona que hubiera sido reconocida durante su minoría de edad o en el período en que tuviera su capacidad modificada, o los descendientes de la persona fallecida reconocida cuando eran menores o no tenían suficiente capacidad para consentir, podrán impugnar la filiación así determinada durante el año siguiente a alcanzar la mayoría de edad o emancipación o a recuperar la capacidad suficiente para ejercitar la acción, siempre que no lo hubiera hecho ya su representante legal conforme al párrafo anterior. La paternidad así determinada será asimismo impugnabile por aquellos a quienes perjudique dentro de los cuatro años siguientes a su inscripción".». Sin embargo, pese a la referida reforma, es preciso señalar que ningún cambio se ha producido respecto a la posibilidad de impugnar por parte de «aquellos a quienes perjudique», que es la que interesa en esta sede.

⁴²⁷ NANCLARES VALLE, “La reforma de la determinación...”, *cit.*, p. 19, refiriéndose a la Ley 70 FN previa reforma operada por la Ley Foral 9/2018 (que con la aprobación de la Ley Foral 21/2019 ha pasado a ser la Ley 56), señala que la expresión «aquellos a quienes perjudique» comprendía únicamente a los parientes perjudicados en sus expectativas sucesorias, y al padre biológico del reconocido.

sucesivo, y el juez *a quo* desestimó la acción al considerar que la expresión «aquellos a quienes perjudique» únicamente comprendía a terceros ajenos a la relación biológica, y no a los propios progenitores. La Audiencia constató que la Ley 70 empleaba el término «aquellos» y no el de «terceros», lo que planteaba la duda acerca de si era comprensivo de los progenitores. Sin solventar la cuestión interpretativa, la Audiencia resolvió el caso concreto señalando que «lo que en cualquier caso resulta indudable es que quien la ejercita ha de ser perjudicado, perjuicio que en el supuesto de autos, en relación con la accionante no se atisba». Siguiendo esta interpretación parece que aunque el término «aquellos» pueda ser comprensivo de los progenitores, estos deben resultar en todo caso perjudicados⁴²⁸. Esta condición parece difícil de defender en un supuesto de reconocimiento de complacencia, lo que conllevaría a negar al reconocedor legitimación para impugnar la filiación por esta vía (Ley 56.d) *in fine* FN [ref. 2019])⁴²⁹.

⁴²⁸ Con carácter previo a las reformas operadas en el Fuero Nuevo por las Leyes Forales 9/2018 y 21/2019, SANCHO REBULLIDA ponía de manifiesto que, a su juicio, la filiación paterna determinada por el reconocimiento «debe afectar cuando los legitimados participen en el *tractatus* o les llegue la fama; pero puede haber terceros -y terceros perjudicados- que ignoren de buena fe tal posesión»: FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, «Ley 70», en MANUEL ALBALADEJO GARCÍA Y SILVIA DIEZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXVI, Vol. 1º: Leyes 42 a 81 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, 2005, pp. 1-12, p. 9, accesible en: <https://app.vlex.com/#ES/sources/684>. Por su parte, BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España...*, *cit.*, p. 213, afirmó que podía defenderse la inclusión del reconocedor de complacencia en el término «aquellos» que preveía la Ley 70.c) FN, si bien reconoció que le resultaba llamativo el mayor plazo para el ejercicio de la acción (4 años), frente al previsto para impugnar el reconocimiento mediante vicios del consentimiento (1 año).

⁴²⁹ A la misma conclusión parece llegar SANCHO REBULLIDA, *cit.*, en ALBALADEJO GARCÍA Y DIEZ ALABART, *cit.*, p. 5, cuando examina la posibilidad de que el marido impugne su filiación matrimonial determinada en los términos de la Ley 68.2 FN -por su consentimiento expreso o tácito respecto de un hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio- (Ley 56.a).2 FN [ref. 2019]), en cuyo caso

Y partiendo de la idea de que la Ley 56.d) *in fine* FN [ref. 2019] sí permite al progenitor impugnar su filiación en sentido estricto cuando resulte perjudicado, entiendo que el reconecedor no debería poder ampararse en la impugnación del reconocimiento que prevé la redacción actual de este mismo precepto en su apartado c), y que tiene por objeto atacar la validez del título cuando han concurrido vicios del consentimiento⁴³⁰.

b) Aplicación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por analogía

Respecto al marido, me remito a lo dicho en el apartado II.2.2.1b). Respecto al hombre no casado, habiendo considerado que no ostenta legitimación activa para impugnar una paternidad determinada por reconocimiento de complacencia, es irrelevante que la LTRHA no contenga norma alguna que impida al hombre impugnar la filiación deriva del recurso a TRA heteróloga consentida, dado que esta vía ya está vetada con la estricta aplicación de las reglas de la filiación natural que contiene el Fuero Nuevo navarro.

entiende que si el reconocimiento expreso o tácito no estuvo viciado, la doctrina de los actos propios y, sobre todo, la irrevocabilidad del reconocimiento impiden la impugnación.

⁴³⁰ BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España...*, cit., p. 213, refiriéndose a la Ley 70.c) FN en la redacción dada por la Ley Foral 1/1987, se posicionaba a favor del ejercicio de esta acción en casos en los que el reconecedor desconociera la falta de vinculación biológica con el hijo reconocido. En el ámbito de la jurisprudencia menor, la SAP Navarra, sec. 2ª, de 29.1.2008 (JUR 2008\124204), si bien reconoció legitimación a la expareja de la madre para impugnar el reconocimiento por vicios del consentimiento al amparo de la Ley 70.c) FN (Ley 56.c) [ref. 2019]), declaró la caducidad de la acción por considerar que el reconecedor era plenamente consciente de su falta de paternidad biológica antes y después del nacimiento del hijo (y no, como alegaba el reconecedor, en el año inmediatamente anterior a la interposición de la demanda).

2.2.4. Resolución de la acción

a) Territorios sujetos al Código Civil español y Navarra

Si una vez determinada la filiación paterna derivada del recurso a autoinseminación con contribución de donante, el marido u hombre no casado con la madre se arrepiente e impugna su filiación (en Navarra, como se ha argumentado, considero que esta posibilidad solo existe respecto del marido cuando la filiación se ha determinado por presunción), el fundamento principal en el que basará su pretensión será la falta de correspondencia de la verdad biológica con la verdad jurídico-formal, de manera que bastará que el marido u hombre no casado con la madre solicite o aporte una prueba de ADN para que tal extremo quede acreditado en el proceso⁴³¹.

En tal supuesto, una aplicación estricta de las reglas de la filiación por naturaleza, así como de la jurisprudencia existente en materia de reconocimientos de complacencia, conllevará la estimación de la acción. No obstante, dada la gran diferencia que existe entre el reconocedor de complacencia y el marido u hombre que consiente la autoinseminación de su cónyuge o pareja con espermatozoides de donante, no puede afirmarse con seguridad que la impugnación de la filiación derivada de autoinseminación, ejercitada por el marido u hombre no

⁴³¹ En los territorios sujetos al CC y en Navarra, la demanda sobre impugnación de la filiación no se admitirá si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde (art. 767.1 LEC y Ley 55, par. 1º, FN [ref. 2019]). En este contexto, el art. 767.2 LEC posibilita la investigación de la paternidad en los juicios de filiación mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas. En Cataluña, en cambio, no es precisa la presentación de un principio de prueba en el ejercicio de la acción de impugnación, si bien a lo largo del proceso también se admiten toda clase de pruebas (art. 235-15 CCCat).

casado, correrá la misma suerte que si de un reconocedor de complacencia se tratase.

Si se considera que no cabe la aplicación analógica de la LTRHA, son cuatro los criterios que podrían jugar en contra de la estimación de la acción de impugnación. En primer lugar, la doctrina de los actos propios, ya que el marido u hombre no casado estarían actuando en contra de sus propios actos al impugnar una filiación basada en la voluntad de ser padre de un hijo que ha sido concebido a consecuencia de un proyecto parental conjunto, materializado a través del recurso a autoinseminación con contribución de donante. En efecto, el hecho de que el padre participe en la decisión de concebir al hijo, unido a la asunción voluntaria de la paternidad una vez ha nacido, debería constituir, en mi opinión, un argumento más que suficiente para desestimar la acción de impugnación. En segundo lugar, el principio de buena fe, al que la doctrina ha recurrido habitualmente para oponerse no solo al reconocimiento de legitimación impugnatoria al reconocedor de complacencia, sino también a la estimación de la acción de impugnación. Con todo, el Tribunal Supremo ha declarado expresamente que no cabe invocar el art. 7.1 CC en un proceso de estas características, habida cuenta de que las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible (art. 1814 CC)⁴³². En consecuencia, *a*

⁴³² STS, 1ª (Pleno), de 15.7.2016, FJ 4º (RJ 2016\3196). En relación con el carácter vitalicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial del hijo prevista en el art. 133 CC, tal y como pone de manifiesto BARBER CÁRCAMO, *cit.*, en MAYOR DEL HOYO (Dir.), *cit.*, p. 478, adviértase que el TS pese a negar la posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios dada la imprescriptibilidad de la acción (SSTS, 1ª, de 11.4.2012 [RJ 2012\5745] y de 12.4.2012 [RJ 2012\5898]), ha dado un paso más allá en la STS, 1ª, de 12.1.2015 (RJ 2015\610), advirtiendo cómo dicha doctrina «ha de alcanzar necesariamente diferentes conclusiones en sede de acciones de filiación y en

priori ni el primer ni el segundo criterio resultarían aplicables en un proceso de impugnación de la filiación a instancias del marido u hombre no casado. Por último, existen dos criterios adicionales que podrían conllevar la desestimación de la acción de impugnación, y que son la preservación de la paz familiar, contrapunto del principio de verdad biológica, y el interés superior del menor (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LOPJM]⁴³³). En la determinación de cuál es la decisión que preserva en mayor medida el bienestar del hijo, tendría una importancia fundamental el hecho de que el donante utilizado en la autoinseminación fuera conocido, en cuyo caso existiría un argumento más de peso a favor de estimar la acción de impugnación ejercitada, por cuanto cabe la posibilidad de una subsiguiente reclamación de paternidad al donante. En cualquier caso, resulta inverosímil que cualquiera de estos criterios pueda ser suficiente para justificar la desestimación de la impugnación, sobre todo si se tiene en cuenta la corta edad que tendrá el hijo en el momento del ejercicio de la acción (entre 0 y 4 años de edad, teniendo en cuenta los plazos de caducidad establecidos por el CC, el CCCat y el FN). Este hecho dificulta especialmente que se pueda considerar que la estimación de la acción va a suponer un perjuicio grave al hijo⁴³⁴, salvo que el donante utilizado

la de reclamación de derechos sucesorios surgidos tras aquéllas, para estimar la pretensión de la hija reclamante, limitada la relación de filiación».

⁴³³ BOE núm. 15, 17.1.1996.

⁴³⁴ Es considerable el número de decisiones judiciales que restan importancia al interés superior del menor cuando la determinación de la filiación se produce en edades tempranas del hijo. Sin embargo, a mi juicio, la estimación de la acción de impugnación puede resultar muy perjudicial pese a la corta edad del menor, ya que supone dejar sin efecto la paternidad de quien con toda probabilidad seguirá actuando

haya sido anónimo y la estimación suponga entonces privarle de un padre.

En resumen, estimo que, pese a resultar aplicables, ninguno de estos criterios tiene entidad suficiente para imponerse al biológico cuando el marido u hombre no casado ostente legitimación activa, ejercite la acción en plazo, y pruebe su falta de paternidad genética, dado que actualmente la biología sigue siendo la base sobre la que se asienta todo el régimen de acciones de filiación previsto en el Código Civil español y en el Fuero Nuevo. En consecuencia, el juez procederá con toda probabilidad a la estimación de la acción de impugnación de la paternidad.

Por el contrario, de considerarse aplicable por analogía la LTRHA, el art. 8.1 de esta norma serviría para impedir al marido impugnar su filiación, siempre que pudiera probarse que ha consentido a la autoinseminación de su cónyuge. Respecto al hombre no unido por vínculo matrimonial con la madre, no existe una prohibición de estas características en materia de filiación derivada de TRA de manera que *a priori*, salvo en Navarra⁴³⁵, podría impugnar con éxito su paternidad.

b) Cataluña

La aplicación a casos de autoinseminación de las reglas de filiación por naturaleza que contiene el Código Civil catalán, conduciría a una

de facto como padre, introduciendo a una tercera persona ajena al núcleo familiar del hijo y que, además, será titular de todos los derechos y obligaciones inherentes a la paternidad.

⁴³⁵ *Vid.* apdo. II.2.2.3.a) del presente capítulo.

solución similar a la comentada en los territorios sujetos al CC y en Navarra, salvo que se considerasen aplicables por analogía las disposiciones relativas a la filiación derivada de reproducción asistida que prevé el CCCat.

En efecto, la aplicación analógica permitiría desestimar la acción de impugnación en virtud del art. 235-28.2 CCCat, dado que este precepto impide que prospere dicha pretensión si la persona cuya filiación se impugna consintió a la fecundación. Para ello, no obstante, sería preciso que se apreciara la existencia de consentimiento a la autoinseminación con contribución de donante, ya sea porque se ha dejado constancia del mismo por escrito, o porque puede inferirse por otros medios, y que este se asimilara al consentimiento a la fecundación asistida de la mujer extendido ante el centro o servicio autorizado, o en documento público en los términos exigidos por los arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat⁴³⁶.

Pese al papel relevante que juega la verdad biológica en la regulación catalana en materia de impugnación, el TSJ ha considerado aplicable tanto el principio de buena fe (art. 111-7 CCCat), como la doctrina de los actos propios (art. 111-8 CCCat) en sede de filiación derivada de TRA⁴³⁷. Partiendo de la base de que la paternidad derivada de

⁴³⁶ Téngase en cuenta que en la sentencia de 22.12.2008 (JUR 2009\295671), el TSJ de Cataluña declaró que si el consentimiento consta por otros medios, el hecho de que no se haya recogido en el documento extendido en el centro autorizado o en documento público, no es óbice para que se aplique lo dispuesto en el art. 235-28.2 CCCat y, por ende, la acción de impugnación no pueda prosperar.

⁴³⁷ El TSJ ha aplicado el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios a casos de filiación derivada de reproducción asistida: bien para evitar la impugnación de la filiación del hombre que había consentido a la fecundación heteróloga de forma distinta a la requerida por la ley, ya ejercitase la acción el propio hombre, la madre una

autoinseminación se basa en el consentimiento a la autoinseminación de la pareja con espermatozoides de donante, así como en la voluntad de asumir la paternidad de un hijo no vinculado genéticamente, en términos idénticos a lo que ocurre en el ámbito de la fecundación asistida heteróloga, entiendo que el art. 235-28-.2 CCCat unido a estos criterios (principio de buena fe y doctrina de los actos propios) podría utilizarse para impedir la prosperabilidad de la acción de impugnación cuando la filiación se derive del recurso a autoinseminación consentida.

2.3. Ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad por la madre

2.3.1. Legitimación y plazo al amparo del Código civil español

a) Aplicación de las reglas de la filiación natural

De acuerdo con el párrafo 2º del art. 137 CC, la madre puede ejercer la acción de impugnación de paternidad matrimonial, en interés del hijo que sea menor o tenga la capacidad modificada judicialmente, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Contrariamente a lo que ocurre en Cataluña y Navarra (art. 235-24 CCCat y Ley 56.b) *in fine* FN

vez se ha producido la separación o divorcio, o incluso un tercero con interés legítimo; bien para permitir a la comadre reclamar su maternidad legal al no haber podido ser inscrita como tal en vía extrajudicial por falta de acreditación del consentimiento en los términos establecidos legalmente (SSTSJ Cataluña, Civil y Penal, de 27.9.2007 [RJ 2007\8520], de 22.12.2008 [2009\295671], de 7.11.2013 [RJ 2018\1696] y de 20.7.2017 [RJ 2017\6252]). Contrarios a la aplicación de la doctrina de los actos propios a cuestiones de estado civil se muestran: Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, “Defecte formal del consentiment del convivent no casat per a la fecundació assistida i acció d’impugnació de la paternitat”, *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 11, 2010, pp. 225-243, p. 240; y Joan EGEA FERNÁNDEZ, “Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya”, *Discurs d’ingrés de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona, 27.10.2011, pp. 5-71, p. 70, accesible en: https://www.ajilc.cat/assets/img/pdf/Discurs_Egea_AR.pdf.

[ref. 2019], la madre carece de legitimación *iure proprio* para el ejercicio de esta acción⁴³⁸.

En cuanto a la impugnación de la paternidad no matrimonial, el párrafo 1º del art. 140 CC legitima, cuando no exista posesión de estado, a todos «aquellos a quienes perjudique»⁴³⁹. En cambio, si existe posesión de estado, la acción corresponde a quien aparece como hijo o progenitor, y a los herederos forzosos que puedan resultar afectados por la filiación (art. 140, par. 2º, CC). Mientras que en el primer caso el ejercicio de la acción no está sujeto a plazo, en el segundo la caducidad se produce pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente (art. 140, par. 2º *in fine*, CC). El art. 765.1 LEC reconoce la posibilidad de que tanto el representante legal como el Ministerio Fiscal ejerzan la acción de impugnación que corresponde al hijo menor de edad o con la capacidad modificada judicialmente. Por esta razón, la madre puede interponer la acción de impugnación de la filiación no matrimonial como representante legal, y su plazo de ejercicio dependerá de si concurre o no posesión de estado en la relación paternofilial que pretende impugnarse.

⁴³⁸ Salvo que su hijo haya fallecido, ostente la condición de heredera de su hijo, o en las relaciones familiares falte la posesión de estado de la filiación matrimonial, en cuyo caso está legitimada no por madre sino por heredera: Rafael VERDERA SERVER, “Comentario a los artículos 136 y 137”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo I (arts. 1 a 151), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1378-1397, p. 1387.

⁴³⁹ Para QUICIOS MOLINA, *Determinación e impugnación de la filiación*, cit., p. 164 son perjudicados hijo, progenitor, herederos legitimarios o ab intestato y obligados a prestar alimentos.

Aunque es evidente que la madre puede impugnar en representación del hijo la paternidad matrimonial determinada por presunción, resulta dudoso que también pueda hacerlo cuando la filiación, matrimonial o no, se haya determinado por un reconocimiento de complacencia inscrito con su consentimiento expreso. De hecho, la respuesta no es pacífica en la jurisprudencia más reciente, si bien la posición de los tribunales parece depender de la concurrencia o no de la posesión de estado. Así, cuando esta no concurre, el art. 140 CC legitima para impugnar a «aquellos a quienes perjudique», mientras que si concurre la legitimación se reconoce al hijo, a quien aparezca como progenitor, y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. De esta forma, los tribunales optan por reconocer legitimación impugnatoria a la madre como *representante legal* cuando no existe posesión de estado⁴⁴⁰, al considerar que el hijo al que representa puede verse perjudicado por la determinación de la filiación, y por negársela cuando su existencia se ha considerado probada⁴⁴¹. La SAP

⁴⁴⁰ Así, por ejemplo, la SAP Burgos, sec. 2ª, de 11.12.2017 (JUR 2018\45826) se muestra partidaria de permitir la impugnación ejercitada por la madre señalando que «si conforme ha declarado el Tribunal Supremo (...), "el artículo 140 del Código Civil no priva de legitimación activa al reconecedor por el hecho de que haya reconocido sabiendo o teniendo la convicción de no ser el padre biológico del hijo reconocido" y que "Tampoco cabe invocar a dicho efecto (impedir al reconocer de complacencia el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad) lo que dispone el artículo 7.1 C.C. (doctrina de los actos propios), pues las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible (artículo 1.814 CC)"; es claro que la madre por el hecho de haber consentido un reconocimiento de paternidad de complacencia no puede verse privada de la posibilidad de impugnación cuando esas mismas circunstancias no impiden al padre reconecedor de complacencia la impugnación de ese reconocimiento» (FJ 2º). En el mismo sentido, *vid.* SAP Asturias, sec. 6ª, de 24.3.2017 (JUR 2017\103018).

⁴⁴¹ Es el caso de la SAP Granada, sec. 5ª, de 10.11.2017 (JUR 2018\79632), que declara la falta de legitimación de la madre para impugnar al amparo del par. 2º del art. 140 CC. A juicio de la Audiencia, constando la posesión de estado, la legitimación impugnatoria «tan solo puede alcanzar a quien aparece como hijo, quienes pudieran tener la condición de herederos forzosos y al progenitor; entendiéndose que éste último únicamente puede corresponderse con quien contradice su propia filiación, y

Cantabria, sec. 2ª, de 26.9.2018 (JUR 2018\324034), en cambio, reconoció dicha legitimación sin condicionarla a la inexistencia de posesión de estado⁴⁴².

En resumen, creo que una vez se reconoce legitimación impugnatoria al propio reconecedor, no existe justificación legal alguna para impedir su extensión a la madre cuando actúa como representante legal del hijo reconocido. Además, hacer depender la legitimación de la concurrencia o no de posesión de estado cuando ello no se exige respecto del reconecedor, constituye una diferencia de trato injustificada.

b) Aplicación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por analogía

Si en vez de aplicar estrictamente las reglas de la filiación por naturaleza, se recurre a la aplicación analógica de la LTRHA, la posibilidad de que la madre impugne la paternidad como representante legal se mantiene. Si el Código Civil permitiese a la madre impugnar en nombre propio, como admite el art. 235-24 CCCat y la Ley 56.d) *in fine* FN [ref. 2019] (si bien esta última solo lo hace con respecto a la filiación matrimonial), la aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA serviría para negar su legitimación activa. Sin embargo, la LTRHA no contiene una norma expresa que impida impugnar al hijo la

no con aquél cuya filiación no resulte discutida». Y añade que la madre carece de interés, por lo que la preservación de la seguridad jurídica y la paz familiar le impide interferir en el mantenimiento de la filiación reconocida mediante el ejercicio de esta acción (FJ 1º).

⁴⁴² Esta resolución estimó la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial ejercitada por la madre como representante legal, con el objeto de dejar sin efecto la paternidad determinada mediante reconocimiento de complacencia del demandado con respecto a los dos hijos concebidos como consecuencia del recurso en solitario a TRA por parte de la demandante. Para más información, *vid. supra* nota 286.

fecundación heteróloga, y aunque considero que en sede de TRA esta posibilidad no cabe de acuerdo con una interpretación sistemática de la norma⁴⁴³, la analogía no permite llegar a la misma conclusión cuando la filiación deriva de autoinseminación. En consecuencia, cabe afirmar que la madre podrá impugnar la filiación paterna en interés del hijo, siempre y cuando lo haga en los plazos establecidos legalmente.

2.3.2. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil catalán

a) Aplicación de las reglas de la filiación natural

En Cataluña, la paternidad matrimonial puede ser impugnada por la madre, en nombre propio o en interés del hijo menor o con la capacidad modificada judicialmente, en el plazo de dos años a partir de la fecha de nacimiento del hijo (art. 235-24 CCCat)⁴⁴⁴. En caso de que pretenda impugnar una paternidad no matrimonial, también puede hacerlo en nombre propio o como representante legal, y el plazo es de dos años a partir de su establecimiento (art. 235-26.1 CCCat).

Es más, tanto la paternidad matrimonial determinada por presunción, como la que se ha determinado por un reconocimiento de complacencia consentido por ella, resultan impugnables en esta comunidad. Así lo confirmó la STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 29.6.1998 (RJ 1998\10058), que estimó la acción de impugnación de la filiación no matrimonial ejercitada por la madre *iure proprio*, al considerar

⁴⁴³ *Vid.* lo dispuesto respecto a la posibilidad de que el hijo impugne la fecundación heteróloga en el apartado III.3.1.3 *in fine* del segundo capítulo.

⁴⁴⁴ La legitimación *iure proprio* no se reconoce en los territorios sujetos al CC, pero sí en Navarra desde la aprobación de la Ley Foral 21/2019. Para más información, *vid.* apdo. II.2.3.3.a) del presente capítulo.

que el derogado art. 13 LCF permitía impugnar la filiación no matrimonial por quienes resultasen afectados, sin más condición que el que figurase como padre en realidad no lo fuera. El TSJ razonó que para que esta acción prosperase lo decisivo era el dato objetivo de la realidad biológica, pues se trataba de adecuar la filiación a esta realidad haciendo desaparecer cualquier apariencia falsa e inexacta que resultase contraria a la verdad, por más formal que fuera dicha apariencia. Por consiguiente, consideró que concurrían todos los requisitos materiales y procesales para que la acción de impugnación prosperase, habida cuenta de que la misma se ejercitaba dentro del plazo establecido para ello -4 años desde el inicio del estado que se impugna- por una persona manifiestamente afectada -la madre del menor-. Si bien es cierto que el art. 13 LCF fue sustituido por el también derogado art. 109 CF, la posibilidad de impugnar la paternidad no matrimonial se mantiene en el vigente art. 235-26.1 CCCat, aunque la legitimación para su ejercicio se ha restringido, pasando de «los que resulten afectados por la misma» (arts. 13 LCF y 109 CF), a únicamente el padre, la madre y el hijo. Con todo, la madre sigue legitimada⁴⁴⁵, aunque la interposición de la acción solo cabe cuando se ejercite dentro de los plazos de caducidad establecidos legalmente⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ En el mismo sentido, *vid.* FARNÓS AMORÓS, “Comentari a l'article 235-26...”, *cit.*, en EGEA I FERNÁNDEZ, FERRER I RIBA (Dirs.) y FARNÓS AMORÓS (Coord.), *cit.*, p. 660.

⁴⁴⁶ Un ejemplo de estimación de la acción de impugnación de la filiación no matrimonial ejercitada por la madre dentro de plazo puede verse en la SAP Barcelona, sec. 14ª, de 8.4.2003 (JUR 2003\253989). La SAP Tarragona, sec. 3ª, de 9.1.2003 (AC 2003\1193), en cambio, apreció la caducidad de la acción de impugnación ejercitada por la madre al considerar que el *dies a quo* del plazo previsto en el derogado art. 107 CF –dos años desde la fecha del nacimiento o desde el descubrimiento de las pruebas en que se fundamenta la impugnación–, no podía fijarse en el momento en el que se practicó la prueba de ADN que excluyó la paternidad –año 2000–, sino mucho antes, dado que la madre era consciente de la falta de paternidad biológica del padre desde el

b) Aplicación de las reglas de la filiación derivada de TRA
por analogía

La aplicación analógica de las disposiciones que prevé el CCCat en materia de filiación derivada de TRA, si bien no sirve para negar la legitimación de la madre, ya accione en nombre propio o como representante legal del hijo, sí podría resultar útil para impedir la prosperabilidad de la acción al amparo del art. 235-28.2 CCCat⁴⁴⁷.

2.3.3. Legitimación y plazo al amparo del Fuero Nuevo
navarro

a) Aplicación de las reglas de la filiación natural

La Ley Foral 9/2018 introdujo la posibilidad de que la paternidad matrimonial sea impugnada por la madre, en representación e interés del hijo, cuando este sea menor no emancipado o tenga su capacidad judicialmente modificada, en el plazo de un año a partir de la inscripción de la filiación (Ley 56.b) *in fine* FN [ref. 2019] – anteriormente Ley 70.b) *in fine*-). Posteriormente, con la aprobación de la Ley Foral 21/2019, el legislador navarro va más allá y permite a la madre asimismo impugnar en su propio nombre y derecho en los mismos términos que si lo hiciera como representante legal (Ley 56.b) *in fine* FN)⁴⁴⁸. En consecuencia, de aplicar estrictamente las reglas de la

mismo momento de la concepción –los nacimientos de los hijos cuya filiación se impugnaba habían tenido lugar en 1989 y 1992 respectivamente-.

⁴⁴⁷ Analizaré más en profundidad esta cuestión en el apartado II.2.3.4 del presente capítulo.

⁴⁴⁸ El legislador navarro, que adopta esta medida en la línea seguida previamente por el legislador catalán (art. 235-20.1 CCCat), justifica esta posibilidad, según el preámbulo de la Ley Foral 21/2019, en la necesidad de evitar la posible vulneración del art. 14 CE, «toda vez que, mientras el marido puede impugnar su paternidad actuando en su propio interés y aunque ello implique un perjuicio para el menor, la mujer casada, con la regulación introducida por la Ley Foral 9/2018, únicamente

filiación por naturaleza, pese a que el matrimonio haya recurrido conjuntamente a autoinseminación con contribución de donante y la paternidad del marido se haya determinado por presunción, la madre podrá dejar sin efecto su filiación ejercitando la acción de impugnación, bien en nombre e interés propio, bien como representante legal.

Cuando la paternidad sea no matrimonial y se haya determinado mediante el reconocimiento, la madre podrá impugnarla como representante legal de la persona menor no emancipada o con la capacidad judicialmente modificada, siempre y cuando se hubiera opuesto al reconocimiento y su oposición hubiese sido desestimada. Tal impugnación solo procederá cuando la filiación se impugne en base a la falta de coincidencia de la verdad biológica con la verdad jurídico-formal, y el plazo para ejercitarla será de un año desde que la misma hubiera quedado determinada (Ley 56.d), par. 1º, FN [ref. 2019])⁴⁴⁹. Lo mismo puede afirmarse si la filiación es matrimonial y se ha determinado mediante un reconocimiento (supuestos previstos en la Ley 53.a), apdos. 2 y 3, FN [ref. 2019]).

En el ámbito de la filiación no matrimonial, la SAP Navarra, sec. 3ª, de 23.2.2001 (JUR 2001\138413), comentada previamente en el apartado II.2.2.3, desestimó la acción de impugnación de la filiación ejercitada

podía impugnar tal paternidad en interés del hijo». Sobre esta reforma, *vid. supra* nota 194.

⁴⁴⁹ Esta posibilidad es una novedad que fue introducida por la Ley Foral 9/2018, cuya exposición de motivos justificó en los siguientes términos: «la nueva regulación del reconocimiento y de la acción de declaración ha hecho que se manifieste la necesidad de la creación de acción para el representante legal de la persona menor o con la capacidad judicialmente modificada cuya oposición al reconocimiento hubiera sido desestimada y con el fin de demostrar la falta de paternidad del reconocedor o de lograr la limitación de los efectos de la filiación así determinada».

por la madre al amparo de la Ley 70.c) FN, en la redacción previa a la aprobación de la Ley Foral 9/2018⁴⁵⁰, al considerar que esta no resultaba perjudicada. Esta resolución también se pronunció sobre la posibilidad de que la madre pudiese ejercer la impugnación como representante legal del hijo, cuando el demandado también ostentaba esta condición y el reconocimiento había sido simultáneo, y consideró que si bien la madre podía ejercer tal acción, el precepto también exigía la concurrencia de justa causa⁴⁵¹, una exigencia que no podía consistir sin más en adecuar la realidad registral a la biológica sino que, además, requería la conveniencia de la impugnación para los intereses del hijo. Tras la reforma del Fuero Nuevo operada por la Ley Foral 9/2018, se elimina la posibilidad de que el representante legal impugne el reconocimiento mediando justa causa, pero se permite impugnar en base a la falta de paternidad biológica si la oposición formulada al reconocimiento ha sido previamente desestimada (Ley 56.d), par. 1º, FN [ref. 2019]). En efecto, el reconocimiento de una persona menor de edad no emancipada o con la capacidad modificada judicialmente es inscribible en el Registro Civil sin perjuicio de la oposición que pueda formular quien tenga su representación legal⁴⁵², que debe fundarse en el superior interés de la persona reconocida y formalizarse en el plazo de

⁴⁵⁰ Cuyo tenor literal era el siguiente: «El reconocimiento de filiación no matrimonial será asimismo impugnabile por aquellos a quienes perjudique dentro de los cuatro años siguientes a su inscripción.». Con la aprobación de la Ley Foral 21/2019, este precepto ha pasado a ser la Ley 56.d) *in fine* FN.

⁴⁵¹ Un requisito inexistente actualmente dada su eliminación a consecuencia de la aprobación de la Ley Foral 9/2018.

⁴⁵² La reforma operada por la Ley Foral 9/2018 no afectó a la eficacia automática del reconocimiento de un hijo menor de edad o con la capacidad modificada judicialmente, lo que constituye la principal particularidad de la regulación navarra en materia de reconocimiento: NANCLARES VALLE, “La reforma de la determinación...”, *cit.*, p. 27. La aprobación de la Ley Foral 21/2019 tampoco ha supuesto un cambio a este respecto.

un año desde que el reconocimiento haya sido objeto de notificación. Tal oposición debe sustanciarse por los trámites previstos en la LJV para el reconocimiento de la filiación no matrimonial y será estimada cuando este resulte contrario al interés de la persona reconocida o de sus descendientes (Ley 45, apartados c) y d), FN [ref. 2019])⁴⁵³. Por lo tanto, con arreglo a la legislación vigente actualmente, el representante legal solo puede impugnar la paternidad no matrimonial con fundamento en la falsedad de la paternidad de quien ha otorgado el reconocimiento, si previamente se ha opuesto a él en el plazo establecido para ello, y tal oposición ha resultado desestimada.

Así las cosas, si el hombre no unido por vínculo matrimonial con la madre consiente en que esta se autoinsemine con espermatozoides de donante, lo más probable es que la filiación del hombre quede determinada por un reconocimiento posterior sin que la madre se oponga a ello. De ser así, en un momento ulterior, la madre no podría ejercer la acción de impugnación como representante legal del hijo, dado que no cumpliría con los presupuestos exigidos por la Ley 56.d) FN [ref. 2019]. Sin embargo, cabe la posibilidad de que la madre, dentro del plazo de un año habilitado para formular oposición, cambie de parecer y decida oponerse al reconocimiento que realizó su pareja al efecto de dejar sin efecto su paternidad. Adviértase, no obstante, que para que pueda estimarse la oposición, la Ley 54.d) FN [ref. 2019] exige que el reconocimiento sea contrario al interés de la persona reconocida o sus descendientes. En este contexto, el juez podría considerar que, en ausencia de padre biológico, la estimación de la oposición resultaría

⁴⁵³ *Vid. supra* nota 232 *in fine*.

contraria al interés del hijo. Cuestión distinta es que el donante que haya aportado sus gametos para posibilitar la autoinseminación sea conocido y quepa reclamar asimismo su paternidad, pues en este caso todo parece indicar que la oposición resultaría estimada. Si la oposición finalmente se desestimase, la Ley 56.d) FN [ref. 2019] permitiría a la madre impugnar la filiación paterna, para lo cual únicamente será preciso que no sea cierta la paternidad de quien ha otorgado el reconocimiento.

b) Aplicación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por analogía

Si se recurre a la analogía, como ocurre en los territorios sujetos al CC, la LTRHA no serviría para impedir que la madre impugne la filiación paterna en representación del hijo, ya que dicha norma no contiene una regla expresa que impida a este impugnar la fecundación heteróloga consentida⁴⁵⁴. Sí permitiría, no obstante, evitar que la madre impugne la paternidad matrimonial *iure proprio* por aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA. En definitiva, la madre podría ejercitar la acción impugnatoria únicamente en calidad de representante legal, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos legalmente.

2.3.4. Resolución de la acción

Si la madre ejercita la acción de impugnación de la paternidad del marido o pareja como representante legal, creo que existirá un claro caso de conflicto de intereses⁴⁵⁵. En tal supuesto, bien procedería el

⁴⁵⁴ Valen aquí los mismos argumentos que he utilizado en el apdo. II.2.3.1.b) del presente capítulo.

⁴⁵⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* apartado II.2.1 del presente capítulo.

nombramiento de un defensor judicial al objeto de que decidiera en nombre del hijo menor o con la capacidad judicialmente modificada si finalmente ejercita o no la acción de impugnación, bien podría privársele de legitimación activa para su ejercicio en calidad de representante legal.

En cualquier caso, parece difícil justificar que dejar sin efecto la filiación paterna contribuirá a satisfacer el interés del hijo, sobre todo si el marido o pareja ha actuado hasta entonces como progenitor y el donante es anónimo. Este es precisamente el argumento que podría utilizar el defensor judicial para negarse a ejercitar las acciones en interés del hijo, o incluso el propio tribunal para apreciar la falta de legitimación activa de la madre como representante legal, ya que en ese caso no se privará al hijo de la posibilidad de investigar la paternidad (art. 39.2 CE), sino que este podrá ejercitar la acción de impugnación y, en su caso, la de reclamación de la filiación, una vez alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad.

En cualquier caso, si finalmente se ejercitase la acción de impugnación y se aplicasen estrictamente las reglas de la filiación natural, considero que la estimación de la acción de impugnación, si el donante al que ha recurrido el matrimonio o pareja es anónimo, privaría al hijo de uno de sus progenitores, que solo podría solicitar un derecho a relacionarse con su hijo en calidad de allegado o persona próxima (arts. 160.2 CC y 236-4 CCCat)⁴⁵⁶, lo que en caso de muerte o declaración judicial de

⁴⁵⁶ Sobre el derecho a relacionarse con un menor tras haber impugnado con éxito la filiación, *vid.* el caso resuelto por la STS, 1ª, de 1.3.2019 (RJ 2019\634). Dos años después del divorcio, la paternidad del exmarido respecto a una de las hijas matrimoniales, de 3 años, fue impugnada con éxito y determinada a favor de un

incapacitación del progenitor legal reconocido le dejaría en una situación de absoluta indefensión (por no hablar de la pérdida emocional y patrimonial que sufriría)⁴⁵⁷. En consecuencia, creo que su estimación procedería únicamente en caso de que el donante fuese conocido y, por tanto, cupiera asimismo la determinación legal de su

tercero. Posteriormente la madre solicitó la extinción, entre otros, del amplio régimen de relaciones personales fijado a favor del exmarido en la sentencia de divorcio. En primera instancia se estimó íntegramente la demanda, sentencia frente a la cual el exmarido interpuso recurso de apelación con el único objeto de que se revocase la extinción del régimen de relaciones personales. La Audiencia Provincial de Cáceres estimó el recurso, y frente a esta resolución la madre interpuso recursos de casación y extraordinario por infracción procesal al entender, entre otros motivos, que el régimen de relaciones personales no era el propio de un allegado, sino más bien el de un progenitor no custodio. El TS confirmó la sentencia de segunda instancia al considerar que el interés superior del menor no se podía identificar, en ningún caso, con una ruptura brusca de las relaciones personales como la que se produjo, sobre todo si se tenía en cuenta que la menor tenía una hermana que sí que era hija del demandado. Señala el Tribunal Supremo que «la falta de filiación biológica no puede impedir o ser un obstáculo para poder seguir manteniendo una amplia relación y contacto, dado que esa relación forma parte o se integra, sin duda alguna, en el concepto de persona allegada, según la terminología del Art. 160 CC, pues como dice la referida STS de 12 de mayo de 2011, de acuerdo con la definición del diccionario de la RAE, allegado “dicho de una persona: cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza”» (FJ 1º). En un sentido similar, *vid.* el caso *Nazarenko c. Rusia* resuelto por el TEDH (Asunto 39438/13, 16.10.2015 [JUR 2015\185793]), en el que se condenó a Rusia por haber extinguido toda relación entre un menor de 5 años y el hombre que había ostentado la condición legal de progenitor desde su nacimiento, cuya filiación fue impugnada con éxito por la madre dos años después de haberse divorciado. El Tribunal apreció la existencia de vida familiar en los términos del art. 8 CEDH en la relación existente entre la menor y el recurrente, una vez se había dejado sin efecto su paternidad legal.

⁴⁵⁷ La estimación de la acción de impugnación hace decaer todos los efectos que la filiación producía para el progenitor y para el hijo, sin perjuicio del mantenimiento de la nacionalidad o los apellidos. Según FERRER RIBA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 321, «que la ley haga tabla rasa con el conjunto de los efectos de una filiación inexacta es comprensible si la ha impugnado el hijo o lo han hecho el padre o la madre putativos (sin entrar aquí en las consecuencias que debe tener la impugnación por el reconocedor de complacencia). Sin embargo, es mucho más objetable si la ha impugnado un tercero, sea el progenitor biológico que reclama su paternidad o incluso el otro progenitor legal, en nombre propio en representación del hijo». Y añade que si en estos casos el progenitor desplazado gozaba de posesión de estado, «la impugnación de su filiación puede conllevar la destrucción de lazos socio-afectivos y familiares merecedores de cierta protección a pesar de su falta de soporte genético».

filiación. Lo mismo puede afirmarse respecto a la acción que ejercite la madre en nombre propio al amparo de los arts. 235-24 o 235-26.1 CCCat, o de la Ley 56.b) *in fine* FN [ref. 2019].

En los territorios sujetos al CC y en Navarra, la aplicación analógica de la LTRHA no prevendría el ejercicio de la acción por parte de la madre como representante legal, dado que esta norma no impide expresamente al hijo la posibilidad de impugnar la fecundación heteróloga consentida⁴⁵⁸. Lo que sí prevendría en Navarra es que la madre ejercitase la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en nombre e interés propio dada la prohibición de impugnar que establece el art. 8.1 LTRHA. En Cataluña, en cambio, la aplicación analógica de las disposiciones del CCCat en materia de filiación derivada de TRA sería útil para desestimar la acción de impugnación ejercitada por la madre con independencia de que la ejercite *iure proprio* o como representante legal, ya que el art. 235-28.2 CCCat impide que prospere si la persona cuya filiación se impugna ha consentido a la fecundación⁴⁵⁹. En sede de TRA, he considerado que este precepto cierra la a puerta a que cualquier sujeto impugne la filiación resultante de la fecundación heteróloga consentida, incluido el hijo⁴⁶⁰. En consecuencia, siempre que pueda probarse el consentimiento del marido u hombre no casado a la autoinseminación –ya sea porque se ha dejado constancia del mismo por escrito o porque puede inferirse por

⁴⁵⁸ *Vid.* apdos II.2.3.1.b) y II.2.3.3.b) del presente capítulo.

⁴⁵⁹ *Vid.* apdo. II.2.3.2.b) del presente capítulo.

⁴⁶⁰ *Vid.* la tesis defendida con respecto a Cataluña en el apartado III.3.1.3 *in fine* del capítulo segundo.

otros medios⁴⁶¹-, la aplicación analógica del art. 235-28.2 CCCat a los hijos concebidos mediante autoinseminación impediría que la madre impugnara con éxito la filiación paterna.

2.4. Ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad por el hijo

2.4.1. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil español

a) Aplicación de las reglas de la filiación natural

Si la filiación paterna derivada de autoinseminación con contribución de donante es matrimonial, la aplicación estricta de las reglas del Código Civil permite afirmar que el hijo podrá impugnarla durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, aunque si es menor de edad o tiene la capacidad modificada judicialmente, el plazo no empezará a contar hasta que alcance la mayoría de edad o recobre la capacidad suficiente (art. 137.1 CC)⁴⁶². Es posible que el hijo no sea informado acerca de la falta de paternidad biológica de quien consta como su progenitor legal y que lo descubra con posterioridad, en cuyo caso el hijo podrá impugnar en el plazo de un año desde que tuviera tal conocimiento, si ya ha transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro o desde el momento en el que haya alcanzado la mayoría de edad o recuperado la capacidad (art. 137.2 CC)⁴⁶³. Si el hijo falleciese

⁴⁶¹ *Vid. supra* nota 436.

⁴⁶² También reconoce legitimación impugnatoria al hijo QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, pp. 379.

⁴⁶³ Téngase en cuenta que en España, en términos similares a lo que ocurre con los hijos nacidos fruto del recurso previo a TRA (art. 7.2 LTRHA), el hijo concebido mediante autoinseminación con contribución de donante no dispone de mecanismo alguno para conocer por sí mismo cómo ha sido concebido ni tampoco, en su caso, para averiguar la identidad de su progenitor biológico.

con anterioridad a que transcurriesen estos plazos, sus herederos podrían ejercitar la acción de impugnación en el tiempo que faltase para completarlos (art. 137.3 CC)⁴⁶⁴. Doy por supuesto que en la mayoría de casos habrá existido posesión de estado de filiación matrimonial, aunque en caso de que los progenitores se hubiesen separado o divorciado poco después de la inscripción de la filiación y, por lo tanto, pudiera apreciarse inexistencia de posesión de estado en las relaciones familiares, el hijo o sus herederos podrían impugnar en cualquier tiempo (art. 137.4 CC).

Si la filiación paterna es no matrimonial, tanto el hijo como sus herederos forzosos podrán impugnar en el plazo de 4 años contados desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente (art. 140, par. 2º, CC). Además, el hijo tendrá en todo caso acción durante un año después de alcanzar la mayoría de edad o de recobrar la capacidad suficiente (art. 140, par. 3º, CC). Si

El contexto es totalmente distinto en Victoria (Australia), un ordenamiento que reconoce el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos con independencia de dónde se haya practicado la inseminación. Cuando el hijo es concebido mediante IA, es el propio centro o servicio autorizado el encargado de proporcionar los datos identificativos del donante al Registro Central de Donantes (*Central Donor Register*). En cambio, en caso de autoinseminación, la información identificativa la debe proporcionar la propia usuaria y, en su caso, su pareja, así como el donante, al Registro de Nacimientos, Defunciones y Matrimonios de Victoria (*Registry of Births, Deaths and Marriages*), la cual pasa a formar parte de su historial sin figurar en el certificado de nacimiento. Esto supone que el hijo solo tendrá acceso a los datos identificativos del donante si lo solicita expresamente, ya que en el certificado solo figuran los datos del hijo, juntamente con la filiación materna y, en su caso, la del segundo progenitor intencional: RAINBOW FAMILIES COUNCIL, “Donor information and registers”, *Rainbow families and the law: an information kit for same-sex couples and single people in Victoria*, Octubre 2010, Melbourne (Australia), pp. 1-4.

⁴⁶⁴ Los párrafos segundo y tercero del art. 137 CC se introducen con la aprobación de la Ley 26/2015.

faltase en las relaciones familiares la posesión de estado, el hijo podrá impugnar la filiación sin sujeción a plazo (art. 140, par. 1^a, CC).

Como se pondrá de manifiesto en el apartado II.2.7 del presente capítulo, el reconocimiento de la libre investigación de la paternidad (art. 39.2 CE) no solo garantiza la legitimación al hijo para impugnar la filiación paterna que no se corresponda con la verdad biológica, sino también para reclamar la paternidad del verdadero progenitor. De hecho, el TS ya ha declarado que la búsqueda de la verdad biológica y el interés del hijo coinciden cuando es este quien reclama la filiación⁴⁶⁵. En cualquier caso, considero que no deben existir dudas acerca de la legitimación impugnatoria del hijo en sede de reconocimientos de complacencia, una vez admitida la posibilidad de que el propio reconocedor pueda impugnar. En este contexto, si la filiación deriva de autoinseminación y la paternidad se ha determinado por presunción o reconocimiento, nada debería impedir que el hijo pueda ejercer una acción para dejar sin efecto una filiación que no se corresponde con la verdad biológica.

b) Aplicación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por analogía

Dado que la LTRHA no contiene una norma expresa que impida al hijo impugnar la fecundación heteróloga consentida, su aplicación analógica no sirve para negar su legitimación impugnatoria, en términos equivalentes a lo que ocurre con respecto a la madre cuando actúa como representante legal⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ STS, 1^a (Pleno), de 30.6.2016, FJ 3^o [RJ 2016\3859]. *Vid.*, no obstante, nota 394.

⁴⁶⁶ *Vid.* apartado II.2.3.1.b) del presente capítulo.

2.4.2. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil catalán

a) Aplicación de las reglas de la filiación natural

En Cataluña, tanto si la filiación derivada de autoinseminación con contribución de donante es matrimonial como no matrimonial, el hijo podrá ejercer una acción de impugnación dentro de los dos años siguientes al cumplimiento de la mayoría de edad, a la recuperación de la plena capacidad, o al descubrimiento de las pruebas en que fundamente su impugnación, en el caso de haber descubierto con posterioridad la falta de paternidad biológica de quien consta como su progenitor legal (arts. 235-25 y 235-26.1 y 2 CCCat).

b) Aplicación de las reglas de la filiación derivada de TRA por analogía

En cambio, si se opta por aplicar analógicamente el art. 235-28.2 CCCat, el resultado es muy distinto. Este precepto se limita a indicar que no se puede impugnar con éxito una filiación derivada de TRA si la persona cuya paternidad se impugna consintió en los términos establecidos legalmente (arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat). Como he señalado en el apartado II.2.3.2.b) del presente capítulo, pese a la falta de referencia expresa por parte del precepto, entiendo que el hijo tampoco está legitimado para impugnar la filiación resultante del recurso consentido a TRA. En consecuencia, la aplicación por analogía del art. 235-28.2 CCCat serviría para impedir que el hijo impugne la filiación derivada de autoinseminación. Para que ello fuera posible, nuevamente sería preciso que existiese constancia del consentimiento a la autoinseminación prestado por el marido u hombre no casado, por

solo así cabría asimilarlo al consentimiento a la fecundación asistida de la mujer al que hacen referencia los arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat.

2.4.3. Legitimación del hijo y plazo de ejercicio al amparo del Fuero Nuevo navarro

a) Aplicación de las reglas de la filiación natural

En Navarra, si la filiación paterna derivada de autoinseminación con contribución de donante es matrimonial, el hijo podrá impugnarla durante el año siguiente a haber alcanzado o recuperado la capacidad suficiente, o a la inscripción de su nacimiento, si fuese posterior (Ley 56.b), par. 3º, FN [ref. 2019]).

Si la filiación es no matrimonial, y el hijo ha sido reconocido durante su minoría de edad o en el período en que tuviera su capacidad modificada, podrá impugnar en el año siguiente a alcanzar la mayoría de edad o emancipación, o al recuperar la capacidad suficiente para el ejercicio de la acción, siempre que no hubiera ejercido esta acción su representante legal conforme al párrafo primero de la Ley 56.d) FN [ref. 2019]⁴⁶⁷. Si hubiera fallecido, también podrán hacerlo sus descendientes (Ley 56.d), par. 2º, FN [ref.2019])⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ La reforma operada por la Ley Foral 9/2018 estrechó el plazo en el que el hijo puede impugnar, pasando de 4 años a 1 año desde que haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación, o haya recuperado la capacidad suficiente, y condicionó la posibilidad de impugnar a que no lo haya hecho previamente su representante legal conforme a los requisitos establecidos legalmente.

⁴⁶⁸ El fundamento de la acción de impugnación debe ser la no coincidencia de la paternidad del reconocedor con la verdad biológica, o el hecho de que dicha paternidad sea contraria al interés del hijo. Con buen criterio señala NANCLARES VALLE, “La reforma de la determinación...”, *cit.*, p. 29 que «el reconocido podrá evitar que se le imponga una filiación indeseada que, pese a ser falsa, fue sin embargo admitida por su representante legal; y podrá reaccionar contra una filiación tal vez cierta pero contraria a su interés, y que fue asumida por su representante legal, quien

b) Aplicación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida por analogía

Me remito aquí a lo apuntado en el apartado II.2.4.1.b) del presente capítulo.

2.4.4. Resolución de la acción

Si quien impugna es el hijo, la aplicación estricta de la normativa en materia de filiación natural también conducirá a la estimación de la acción en cuanto resulte acreditada la falta de paternidad biológica.

Ni en los territorios sujetos al CC ni en Navarra, el uso de la analogía serviría para evitar que la filiación paterna derivada de autoinseminación con contribución de donante resulte impugnada con éxito por el hijo, dada la inexistencia de una regla expresa en la LTRHA que le impida a impugnar. Por el contrario, sí resultaría útil en Cataluña, dada la norma contenida en el art. 235-28-2 CCCat, por los mismos motivos expuestos *supra* en el apartado II.2.3.4 del presente capítulo.

En cualquier caso, ceo que serán escasos los supuestos en los que el hijo ejercite una acción de impugnación que no vaya acompañada de una acción de reclamación al donante, habida cuenta del poco interés que puede suscitarle al hijo dejar sin efecto la filiación de quien ha actuado hasta ahora como su verdadero padre⁴⁶⁹.

no se opuso al reconocimiento o sí lo hizo pero, tras ser desestimada la oposición, no impugno la filiación en vía judicial».

⁴⁶⁹ De modo similar a lo que ocurre en relación con los reconocimientos de complacencia, ámbito en el que la jurisprudencia evidencia que quien habitualmente impugna es el propio reconocedor o el representante legal, no el hijo reconocido.

2.5. La imposibilidad de recurrir a la analogía para evitar que se declare la paternidad del donante identificable o conocido

El mero hecho de recurrir a un donante identificable o conocido supone contravenir el principio del anonimato del donante que impone el art. 5.5 LTRHA. Y dado que el carácter de dicha norma es sin duda imperativo, no cabe la aplicación analógica del art. 8.3 LTRHA. Por tanto, en estos casos, madre (como representante legal), hijo y donante podrán ejercer la acción de reclamación dentro de los plazos de caducidad correspondientes, al objeto de que se impugne la paternidad del marido u hombre no casado, y se determine la filiación no matrimonial del donante.

Como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, el riesgo de irrupción en el modelo familiar creado a partir de la autoinseminación por parte del donante está presente principalmente cuando el tercero que ha contribuido a la concepción es conocido para la usuaria o pareja, de manera que a lo largo de los apartados 2.6, 2.7 y 2.8 del presente capítulo las referencias al donante deben entenderse en alusión exclusiva al donante conocido⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ No examinaré, por considerarlos remotos, los otros dos escenarios posibles: que la reclamación se dirija o se interponga contra/por un donante anónimo o identificable, respectivamente. Al respecto, *vid. supra* nota 363.

2.6. Ejercicio de la acción de reclamación por la madre, en interés del hijo, contra el donante

2.6.1. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil español

En efecto, de acuerdo con el Código Civil, la madre puede reclamar la paternidad del donante en interés del hijo menor al amparo de los arts. 133.1 CC y 765.1 LEC⁴⁷¹, aunque para ello deberá impugnar a su vez la filiación contradictoria, correspondiente a su marido o pareja (art. 134 CC).

2.6.2. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil catalán

El art. 235-21.1 CCCat permite a la madre, como representante legal, el ejercicio de la acción de reclamación al objeto de que se declare la paternidad del donante, para lo que debería a su vez ejercitar la acción de impugnación de la filiación contradictoria al amparo del art. 235-22 CCCat. Esta impugnación resultaría accesoria y dependería de la estimación de la acción de reclamación, salvo que la madre ejercitase la acción en los dos años siguientes a la fecha de nacimiento del hijo, en cuyo caso podría estimarse la de impugnación pese a la desestimación de la reclamación, dado que se cumpliría con el requisito de legitimación y caducidad que prevé el último inciso del art. 235-22 CCCat.

⁴⁷¹ Así lo entiende también QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, p. 377.

2.6.3. Legitimación y plazo al amparo del Fuero Nuevo navarro

Según la Ley 57.b).1 FN [ref. 2019], la madre puede ejercitar la acción de declaración de la filiación no matrimonial como representante legal, siempre y cuando ejercite también la de impugnación de la filiación contradictoria (Ley 55, par. 2º, FN [ref. 2019])⁴⁷².

2.6.4. Resolución de la acción

En términos idénticos a lo que he defendido cuando la madre impugna la filiación paterna como representante legal⁴⁷³, creo que en este caso existirá un claro conflicto de intereses entre madre e hijo⁴⁷⁴. En este escenario ya existe un progenitor determinado que ha asumido los derechos y obligaciones inherentes a la paternidad con respecto al hijo, por lo que no parece que la reclamación de la filiación a un hombre que decidió actuar como un mero donante y que no se ha involucrado en el sustento ni en la crianza del menor, responda al interés del hijo⁴⁷⁵. Por

⁴⁷² La Ley 71.b) FN, que tras la reforma de la Ley Foral 21/3029 ha pasado a ser la Ley 57.b) FN, suscitaba dudas en cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de la acción por parte de sujetos distintos al hijo. Sin embargo, la Ley Foral 9/2018 aclaró la cuestión regulando expresamente la posibilidad de que la madre pueda reclamar la filiación no matrimonial como representante legal. Para más información, *vid. supra* nota 247.

⁴⁷³ *Vid.* apartado II.2.3.4 del presente capítulo.

⁴⁷⁴ *Vid.* nota 390.

⁴⁷⁵ Cfr. SAP Barcelona, sec. 12ª, de 28.1.2009 (JUR 2009\129094), que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, desestimatoria de una acción mixta de reclamación e impugnación de la filiación no matrimonial ejercitada por la madre, como representante legal del hijo, al amparo de los derogados arts. 104.1 y 105 CF. En el curso del procedimiento la prueba de ADN descartó la filiación del padre legalmente determinado, mientras que el supuesto padre biológico se negó a practicarse esta prueba, y negó haber mantenido relaciones sexuales con la madre en la fecha de concepción del hijo, en contra lo de lo alegado por la demandante. La Audiencia de Barcelona, pese a estimar la acción de impugnación en base a la prevalencia de la verdad biológica sobre la verdad jurídico-

esta razón, creo que procederá el nombramiento de un defensor judicial al objeto de que determine si el ejercicio de estas acciones responde a dicho interés, o incluso la apreciación por parte del tribunal de la falta de legitimación de la madre como representante legal para el ejercicio de la acción mixta⁴⁷⁶. Si el defensor judicial se negara a ejercitar las acciones en nombre del hijo, o el tribunal rechazase la legitimación activa de la madre como representante legal, tal decisión no privaría al hijo de la posibilidad de reclamar la paternidad al donante, pues podría

formal, desestimó la de reclamación alegando que «atendida la ausencia de dichos indicios, no pudiendo considerarse acreditada la relación sexual entre la Sra. Ana María y el Sr. Ángel [supuesto padre biológico] en la fecha de la concepción, no obstante la negativa de dicho codemandado a practicarse la prueba biológica, procede la desestimación del recurso de apelación en cuanto a la acción de reclamación de paternidad». Esta sentencia, en definitiva, optó por privar al hijo de un padre. No logro entender en qué medida esta decisión beneficia al hijo, pues en este caso procedía dar prioridad al principio de estabilidad del estado civil de filiación (y a la seguridad jurídica) frente a la verdad biológica, teniendo en cuenta que este último principio no es absoluto cuando es contrario al interés del hijo y que, además, quien ejercitaba las acciones no era él, sino su madre quien, a mi juicio, tenía intereses claramente contrapuestos a los de su hijo. Lo cierto es que este resultado no se hubiera producido con arreglo a la redacción actual del CCCat, sino que es consecuencia de la aplicación del derogado art. 105 CF. Dicho precepto, al permitir impugnar la filiación contradictoria cuando se reclamaba judicialmente la filiación, se limitaba a advertir que «en todo caso, es preeminente el régimen jurídico de la acción de reclamación». Por el contrario, el vigente art. 235-22 CCCat advierte que «la acción de impugnación es accesoria a la de reclamación y solo puede estimarse si también se estima esta, salvo que la parte demandante esté legitimada para ejercer la acción de impugnación y esta no haya caducado». Pues bien, del relato fáctico de la sentencia se desprende que la madre era conocedora de la falta de paternidad biológica del padre legal desde el propio momento de la concepción, lo que fijaría el *dies a quo* de la acción de impugnación en ese mismo momento (lo que tuvo lugar, según la sentencia, en abril de 1998). La demanda de reclamación e impugnación de la filiación no matrimonial no se interpuso hasta mucho después (el fallo de primera instancia es de septiembre de 2007) por lo que, de haberse juzgado el litigio con arreglo al art. 235-22 CCCat, la acción de impugnación se hubiera considerado caducada y, por ende, accesoria a la de reclamación, de forma que desestimándose esta, hubiese procedido también la desestimación de la de impugnación.

⁴⁷⁶ Una solución que el Tribunal Supremo ha aplicado en la STS, 1ª (Pleno), de 30.6.2016 (RJ 2016\2859).

ejergerla por su voluntaria y propia determinación una vez alcanzase la mayoría de edad o recuperase la capacidad.

En cualquier caso, no debe olvidarse que el hecho de que se ejercite una doble acción de reclamación de la paternidad y de impugnación de la contradictoria, incrementa las posibilidades de que se estime la demanda frente al ejercicio autónomo de una acción de impugnación por cualquiera de los sujetos legitimados, dado que ello no supone privar al hijo de un padre sino adecuar la verdad jurídico-formal a la verdad material, objetivo último del principio de verdad biológica.

Pese a que no pueda recurrirse por analogía a la aplicación de la LTRHA y, en Cataluña, tampoco de las disposiciones en materia de filiación derivada de TRA, dado el carácter imperativo del principio del anonimato del donante (art. 5.5 LTRHA), considero que la solución más óptima consistiría en privar de legitimación a la madre para el ejercicio de ambas acciones, de manera que sea el hijo, una vez alcanzada la mayoría de edad o recuperada la capacidad, quien decida en último término si desea ajustar su filiación paterna a la realidad material o, en cambio, prefiere mantener la ya determinada, al tratarse del hombre que fue parte del proyecto parental fruto del cual fue concebido, y que desde su nacimiento ha asumido todos los derechos y las obligaciones inherentes a la paternidad.

2.7. Ejercicio de la acción de reclamación por el hijo contra el donante

2.7.1. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil español

En los territorios sujetos al CC, el hijo efectivamente puede ejercer una acción de reclamación, que es imprescriptible, al amparo del art. 133.1 CC⁴⁷⁷. Doy por hecho que no habrá existido posesión de estado en las relaciones familiares con respecto al donante, dado que la autoinseminación se habrá producido en el seno de una pareja heterosexual en la que el padre legal habrá ostentado dicha posesión de estado con respecto al hijo. Si el hijo falleciese con anterioridad al transcurso de cuatro años desde que hubiese alcanzado la mayoría de edad o recuperado la capacidad suficiente, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde su demanda -en el supuesto de que haya descubierto la existencia del donante con posterioridad-, la acción correspondería a sus herederos por el tiempo que faltase para completar estos plazos (art. 133.1, par. 2º, CC). Y como ya consta una filiación paterna determinada, el hijo tiene que ejercer necesariamente a su vez una acción de impugnación de la filiación contradictoria al amparo del art. 134 CC. De esta forma, la acción de reclamación de paternidad ejercitada contra el donante quedará subordinada al éxito de la acción de impugnación ejercitada contra el marido u hombre no casado con la madre.

⁴⁷⁷ En idéntico sentido, *vid.* QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, pp. 377-378.

2.7.2. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil catalán

En Cataluña, el hijo puede reclamar su filiación no matrimonial durante toda su vida. Si el hijo descubriera la existencia del donante pero falleciera, sus descendientes o herederos podrían reclamar su filiación dentro del tiempo que quedase para completar el plazo de dos años desde el descubrimiento de las pruebas en las que se fundamente la reclamación. Y en caso de que el hijo falleciese y no hubiesen transcurrido cuatro años desde el cumplimiento de la mayoría de edad o de la recuperación de la plena capacidad, los descendientes o herederos podrían ejercitar la acción de reclamación dentro del tiempo que quedase para completar el plazo de cuatro años, siempre que fuera superior al plazo de 2 años al que he hecho referencia anteriormente (art. 235-21.1 CCCat).

Dado que la determinación de la filiación no tiene ningún efecto mientras exista otra contradictoria (art. 235-19.1 CCCat), el hijo o sus descendientes o herederos deberán necesariamente acumular la acción de impugnación de la filiación contradictoria al amparo del art. 235-22 CCCat. De esta forma, la acción de impugnación resultará accesoria a la de reclamación y solo podrá ser estimada si se estima también la segunda. La excepción a esta regla podría darse en el caso de que el hijo ejercitase la doble acción en el plazo de 2 años desde que hubiese alcanzado la mayoría de edad, recuperado la capacidad o descubierto las pruebas en las que fundamentase la impugnación dado que, de acuerdo con el último inciso del art. 235-22 CCCat, la acción de impugnación ejercitada conjuntamente con la de reclamación puede ser estimada

pese a que se desestime la segunda, si el demandante está legitimado para ejercitar la primera y esta no ha caducado.

2.7.3. Legitimación y plazo al amparo del Fuero Nuevo navarro

En Navarra, el hijo puede ejercer la acción de reclamación de la filiación no matrimonial durante toda su vida [Ley 57.b).1 FN (ref. 2019)]. Si el hijo hubiese fallecido durante su minoría de edad o teniendo la capacidad judicialmente modificada, sus descendientes también podrían reclamar [Ley 57.b).1, par. 2º, FN (ref. 2019)]⁴⁷⁸.

Ahora bien, como sucede en los territorios sujetos al CC y en Cataluña, el hijo deberá ejercitar a su vez una acción de impugnación de la filiación, dado que no puede reclamarse una filiación contradictoria con la determinada legalmente sin que al propio tiempo se impugne esta. En efecto, el párrafo 2º *in fine* de la Ley 55 FN [ref. 2019], señala que «las personas a quienes la presente Compilación reconozca legitimación para ejercitar la acción de declaración, la tendrán también, y en el

⁴⁷⁸ Con anterioridad a la reforma operada por la Ley Foral 9/2018, la Ley 71.b) FN, que ha pasado a ser la Ley 57.b) FN [ref. 2019], disponía: «Los hijos no matrimoniales podrán ejercitar la acción de declaración de paternidad o maternidad en los casos siguientes: 1. Cuando la madre y el padre presuntos hubiesen convivido notoriamente durante el tiempo de concepción. 2. Cuando haya posesión de estado de hijo respecto del demandado. 3. Cuando exista declaración del presunto progenitor. 4. Cuando haya pruebas biológicas de la relación paterno-filial. 5. Cuando respecto a la maternidad, haya pruebas del parto. También podrá ser ejercitada la acción por los descendientes del hijo matrimonial que hubiese fallecido durante su menor edad o en estado de incapacitación.» Con la reforma, de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley Foral 9/2018, se suprimieron las circunstancias en las que el hijo anteriormente tenía que fundar la acción y, ante las dudas que podía haber suscitado la legitimación de sus descendientes, se explicitó que durante su minoría de edad puede ejercitar la acción su representante legal. Por otra parte, el apartado c) de la Ley 71 FN preveía que las acciones de declaración, si el padre o la madre habían fallecido, pudiesen dirigirse contra sus herederos. No obstante, con la reforma de la Ley Foral 21/2019, la legitimación pasiva de los herederos del progenitor ha desaparecido del Fuero Nuevo.

mismo plazo, para impugnar la filiación contradictoria aun en el supuesto de que no la tuvieran para el ejercicio independiente de la acción de impugnación»⁴⁷⁹.

2.7.4. Resolución de la acción

Si es el hijo quien ejercita la acción mixta de reclamación de paternidad al donante, y de impugnación de la filiación contradictoria, la aplicación estricta de las reglas de filiación conllevará su estimación, una vez acreditada la falta de paternidad biológica del padre legal, y la vinculación genética existente con el donante. Recuérdese que, según el TS, la búsqueda de la verdad biológica y el interés del hijo coinciden cuando es este quien reclama la filiación⁴⁸⁰.

2.8. Ejercicio de la acción de reclamación de paternidad por el donante

2.8.1. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil español

En los territorios sujetos al CC, el donante puede ejercitar la acción de reclamación de la filiación no matrimonial en el plazo de un año contado desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en que haya de basar su reclamación (art. 133.2 CC)⁴⁸¹. La fijación del *dies a quo*, a mi juicio, debe establecerse en el momento del nacimiento, ya que una vez dona su material genético, tiene que saber que puede tener descendencia. La acción no se transmitirá a sus herederos, quienes

⁴⁷⁹ Este último inciso fue introducido con la reforma operada por la Ley Foral 9/2018.

⁴⁸⁰ *Vid. supra* 465.

⁴⁸¹ En el mismo sentido, QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, pp. 377-378.

únicamente podrán continuar la acción que el donante hubiera iniciado en vida (art. 133.2, par. 2º, CC). Dado que existirá una filiación contradictoria correspondiente al marido o pareja de la madre, el donante deberá necesariamente impugnar dicha filiación al reclamar su filiación (art. 134 CC), de manera que la acción de reclamación solo resultará estimada si se estima también la de impugnación.

2.8.2. Legitimación y plazo al amparo del Código Civil catalán

En Cataluña, el donante puede reclamar su paternidad en nombre e interés propio durante toda su vida, siempre que no haya podido reconocer al hijo o, habiéndolo reconocido, que dicho reconocimiento no haya sido eficaz por falta de consentimiento del hijo o de aprobación judicial (art. 235-21 CCCat). En Cataluña, la acción de reclamación que puede ejercer el donante se condiciona a la concurrencia de uno de estos dos requisitos por lo que, en caso de no poder probarlo, se verá impedido para determinar su filiación con respecto al hijo concebido por autoinseminación mediante su material genético.

El donante podría alegar que no ha podido efectuar el reconocimiento por tener conocimiento del nacimiento con posterioridad al plazo para efectuar la inscripción de nacimiento, y que tampoco ha podido efectuarlo de manera posterior, al constar ya un segundo progenitor inscrito. A mi juicio, semejantes alegaciones serían suficientes para que el tribunal apreciara la concurrencia del requisito establecido por el art.

235-21.2 CCCat⁴⁸² y, de hacerlo, el donante debería haber ejercido a su vez la acción de impugnación de la filiación al amparo del art. 235-22 CCCat. De esta forma, la acción de impugnación sería accesoria a la de reclamación, y solo podría estimarse si se estimase la primera.

En cualquier caso, no cabría la posibilidad prevista en el último inciso del art. 235-22 CCCat, esto es, estimación de la impugnación pese a desestimación de la acción de reclamación, ya que el Código Civil catalán no otorga legitimación impugnatoria al donante.

2.8.3. Legitimación y plazo al amparo del Fuero Nuevo navarro

En Navarra, el donante puede reclamar su filiación en el plazo de un año desde que hubiera tenido conocimiento de la posible paternidad o razonablemente hubiera podido tenerlo (Ley 57.b).2 FN [ref. 2019])⁴⁸³. Este último inciso respecto a la fijación del *dies a quo* de la acción es relevante, ya que si el donante no acciona en el año siguiente al nacimiento del hijo y pretende hacerlo en un momento posterior, el tribunal podría apreciar la caducidad de la acción al considerar que, tras la donación, el donante ya estaba en disposición de conocer aproximadamente cuándo se produciría el nacimiento y, por tanto, el momento en el que debía ejercitar la acción. Sea como fuere, el donante deberá a su vez ejercitar una acción de impugnación de la filiación, ya

⁴⁸² Sobre esta exigencia *vid.*, no obstante, la STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 30.6.2016 (JUR 2016\174488), la cual analizo en el apdo. II.4.2 del presente capítulo.

⁴⁸³ Señala NANCLARES VALLE, “La reforma de la determinación...”, *cit.*, p. 38 que el legislador navarro, a diferencia del estatal, prescinde totalmente de la posesión de estado como criterio tanto para otorgar legitimación activa a los progenitores, como para fijar o no el plazo de caducidad de la acción de declaración de la filiación no matrimonial.

que no puede reclamarse una filiación contradictoria con la determinada legalmente sin que al propio tiempo se impugne esta (Ley 55, par. 2º, FN [ref. 2019])⁴⁸⁴.

2.8.4. Resolución de la acción

A mi juicio, tanto de acuerdo con el Código Civil español como con el Fuero Nuevo navarro, la doble acción será estimada por haber sido ejercitada en plazo, y dada la prevalencia de la verdad biológica.

De acuerdo con el Código Civil español y el Fuero Nuevo, considero que la doble acción será estimada por haber sido ejercitada en plazo. A todo ello debe sumarse que no cabe la aplicación analógica de la LTRHA por haberse infringido la regla imperativa del anonimato del donante (art. 5.5 LTRHA), y que si atendemos al breve plazo para el ejercicio de la acción que fijan ambos textos legales, el criterio de la paz familiar no tendrá entidad suficiente para imponerse al principio de verdad biológica⁴⁸⁵.

En Cataluña, creo que la solución será similar. Es cierto que el hecho de que el donante pueda reclamar la determinación de su filiación durante toda su vida (art. 235-21.2 CCCat), invita a reflexionar sobre si la doble acción podría llegar a desestimarse en base al interés del hijo por consolidación de los vínculos paternofiliales debido al paso del

⁴⁸⁴ La posibilidad de que el progenitor reclame la filiación no matrimonial mediante el ejercicio de una acción de declaración es una novedad introducida en el Fuero Nuevo por la Ley Foral 9/2018. Al respecto, *vid. supra* nota 247.

⁴⁸⁵ De hecho, estos dos criterios son utilizados por la SAP Valencia, sec. 10ª, de 27.11.2017 (JUR 2018\56440) para justificar la estimación de la doble acción ejercitada por el donante conocido, si bien en este caso la autoinseminación se llevó a cabo en el seno de una pareja de mujeres.

tiempo. No obstante, desde mi punto de vista, se trata de una posibilidad remota dada la prevalencia del principio de verdad biológica.

Con todo, considero que el hecho de que se declare progenitor legal al hombre que ha actuado como un mero aportante de gametos, y que accedió a la donación con la exclusiva voluntad de que una pareja pudiera hacer realidad su proyecto parental, no produce beneficio alguno al hijo nacido, pues ello supone dejar sin efecto la filiación del hombre que ha actuado como padre hasta el momento. Si el ordenamiento jurídico permite a un hombre donar su material genético, siempre y cuando lo haga en un centro o servicio autorizado, y ello conlleva que por ministerio de la ley opere la imposibilidad de determinar su filiación con respecto al eventual hijo que nazca, no encuentro razones de peso que justifiquen por qué debe resultar objetable que se produzca el mismo efecto cuando la donación se ha llevado a cabo en un contexto de intimidad. A pesar de que el art. 5.5 LTRHA imponga el anonimato del donante, a mi parecer esta norma ha dejado de tener sentido desde hace tiempo, pues el derecho a la identidad de los hijos concebidos mediante gametos donados debe prevalecer sobre el derecho a la privacidad del donante, y el derecho a la intimidad de los progenitores⁴⁸⁶. En la actualidad, existe una diferencia de trato injustificada entre los hijos adoptados y aquellos que son concebidos mediante TRA, por lo que sería deseable que España se uniese a la tendencia seguida durante los últimos años por varios ordenamientos jurídicos, y garantizase el derecho a conocer los

⁴⁸⁶ Sobre el anonimato del donante, *vid.* apartado IV.2.4 del capítulo primero.

orígenes mediante la eliminación del anonimato del donante⁴⁸⁷. Si así fuera, los progenitores que han concebido fruto de una autoinseminación heteróloga podrían consignar los datos identificativos del donante en el Registro Civil, sin que ello tuviera ningún efecto con respecto a la filiación, a los efectos de que el hijo voluntariamente pudiera tener acceso a ellos, tal y como lo harían los centros o servicios autorizados cuando el nacimiento se produjera fruto de una IA⁴⁸⁸.

En esencia, creo que en la determinación de las relaciones paternofiliales derivadas de autoinseminación debería primar la voluntad de asumir la maternidad/paternidad frente a la vinculación genética con el hijo nacido, lo que permitiría que los progenitores legales del hijo fueran quienes han participado del proyecto parental de su concepción y, una vez nacido, se han encargado de velar por él, de alimentarlo, y de educarlo proporcionándole un entorno de bienestar emocional y afectivo.

⁴⁸⁷ Sobre la oportunidad de modificar la regla del anonimato consagrada en el art. 5.5 LTRHA, *vid. supra* nota 283.

⁴⁸⁸ Esto es precisamente lo que ocurre en el estado australiano de Victoria. Para más información, *vid.* nota 463.

3. La filiación de la cónyuge o mujer no casada con la madre

3.1. Territorios sujetos al Código Civil español y Navarra

3.1.1. Determinación extrajudicial de la filiación

a) Parejas casadas

En 2007, el legislador español introdujo en la LTRHA la posibilidad de que se determine la doble maternidad legal cuando una pareja de mujeres casada haya recurrido conjuntamente a reproducción asistida (art. 7.3 LTRHA). Pese a la revolución que supuso el reconocimiento de este nuevo título de determinación de la filiación, el legislador no aprovechó la oportunidad para reformar el Código Civil, lo que ha provocado que un sector doctrinal haya considerado que esta vía para determinar la filiación de la esposa de la madre nace únicamente cuando se ha recurrido a fecundación asistida⁴⁸⁹. Así lo entendió también la DGRN en su Resolución de 7.1.2009 (JUR\2010\98662)⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ *Vid.*, sin ánimo exhaustivo, BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal...”, *cit.*, p. 103; y ANDREU MARTÍNEZ, *cit.*, p. 6. La propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil también vincula la determinación de la maternidad de la esposa de la madre al recurso previo a TRA. Más concretamente, el art. 223-3, bajo la rúbrica «Determinación de la maternidad de la esposa de la madre», señala: «1. *Mediando en la generación técnicas de reproducción asistida* (cursivas mías), la esposa de la madre no separada legalmente o de hecho puede consentir que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge. 2. El consentimiento debe prestarse antes del nacimiento del hijo. Puede formalizarse en el documento de consentimiento del tratamiento de fecundación asistida, ante el encargado del Registro Civil o en documento público.»: ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 393.

⁴⁹⁰ *Vid. supra* nota 304.

Sin embargo, con la aprobación de la Ley 19/2015, se modifica el art. 44 LRC al objeto, entre otras cuestiones, de reconocer la doble maternidad legal en la normativa registral. La reforma añade un apartado quinto al art. 44 LRC, según el cual «También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge». Como puede observarse, al introducir esta vía de determinación de la filiación, el legislador omite hacer referencia a la reproducción asistida, lo que podría interpretarse como un intento de extender esta posibilidad a otros supuestos⁴⁹¹. En tal caso, sería posible afirmar que cabe la determinación de la filiación a favor de la esposa de la madre, aun cuando el hijo haya nacido tras el recurso a autoinseminación o fruto de reproducción natural⁴⁹². Esta interpretación, de hecho, fue acogida por la DGRN en su Resolución

⁴⁹¹ Así lo entiende también GETE-ALONSO Y CALERA, quien afirma que con el art. 44.5 LRC se generaliza el consentimiento como medio de determinación, «sin aparente (y real) vinculación con las técnicas de reproducción asistida»: M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, “La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 1, 2018, pp. 1-54, p. 25.

⁴⁹² Un importante sector doctrinal se muestra contrario a tal interpretación. *Vid.*, sin ánimo exhaustivo, VERDERA SERVER, *La reforma de la filiación...*, *cit.*, p. 122; y Estrella TORAL LARA, “Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias”, *Derecho privado y Constitución*, vol. 30., 2016, pp. 289-336, p. 306; Luis MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “El art. 44.5 de la Ley del Registro Civil...”, *cit.*, pp. 4-5; y ANDREU MARTÍNEZ, *cit.*, pp. 19-20. En un sentido similar, QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, pp. 380-381 opina que la LRC no puede crear títulos de determinación legal de la filiación dado que su finalidad es regular la inscripción registral de la filiación ya determinada, de manera que el «título de determinación legal de una doble maternidad solo es admisible conectado a las técnicas de reproducción asistida, que es el ámbito al que se extiende la ley especial que lo reconoce; en consecuencia, solo cuando la maternidad de la madre gestante deriva de la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida se podrá también determinar la maternidad de la esposa en el momento del nacimiento».

de 8.2.2017 (JUR 2018\283287)⁴⁹³, la cual permitió que se determinase la filiación a favor de la esposa de la madre pese a que el matrimonio no acreditó el recurso conjunto a reproducción asistida⁴⁹⁴.

El caso resuelto por la DGRN involucró a una pareja de mujeres casada, de nacionalidad española e irlandesa respectivamente, que concibieron a su tercer hijo por autoinseminación haciendo uso del esperma de un donante conocido. Los dos hijos previos del matrimonio, mellizos y nacidos en marzo de 2009, habían sido inscritos como hijos matrimoniales de ambas mujeres. El 30 de julio de 2016 la cónyuge de nacionalidad irlandesa dio a luz al tercer hijo del matrimonio, sin que la inscripción se realizara en el momento del nacimiento por no poderse practicar desde el propio centro sanitario.

El 4 de agosto de 2016 la esposa de la madre, de nacionalidad española, compareció ante el Juzgado de Paz de Benidoleig (Alicante) para solicitar la inscripción como matrimonial del hijo nacido de su cónyuge, donde se le indicó que para ello debía acudir al Registro Civil de Denia y acreditar el recurso conjunto a TRA. Al día siguiente la esposa compareció ante el Registro Civil y solicitó la inscripción al amparo del

⁴⁹³ *Vid. supra* nota 186.

⁴⁹⁴ De acuerdo con ella, tal y como señala DE LORA DELTORO, *cit.*, en GARCÍA AMADO (Dir.), GUTIÉRREZ SANTIAGO, y ORDÁS ALONSO (Coords.), *cit.*, pp. 216-217, la doble maternidad «puede perfectamente abrirse paso en el Registro sin que el embarazo de una de las dos mujeres se haya producido mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, sino, tal vez, con el concurso «natural» de un inseminador, que bien pudiera ser un inseminador «a distancia» si se ha recurrido, por ejemplo, al célebre banco danés Cryos, el mayor proveedor de gametos masculinos del mundo». Para QUICIOS MOLINA, “Determinación legal de la maternidad...”, *cit.*, pp. 18-19, esta doctrina de la DGRN «ha activado una bomba de relojería en el sistema de filiación», cuya desactivación se antoja difícil teniendo en cuenta «la reacción de los aplicadores del Derecho frente a las demandas sociales (o de determinados grupos sociales)».

art. 44.5 LRC, sin aportar prueba que acreditase que el nacimiento se había producido como consecuencia del recurso a reproducción asistida. El 22 de agosto de 2016 el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Denia dictó un auto denegando la inscripción de la filiación del nacido respecto a la comadre⁴⁹⁵. El Juzgado consideró que para ello era necesario acreditar que la gestación se había producido como consecuencia del recurso a TRA, entendiendo que el art. 44.5 LRC no podía interpretarse desconectado del art. 44.4 LRC, según el cual la filiación, a efectos de inscripción de nacimiento, se determinará conforme a las leyes civiles -que siguen respondiendo al principio de unidad de la maternidad- y a la LTRHA -que introduce una ficción legal no basada en la realidad biológica pero solo cuando la gestación es consecuencia de TRA-, no siendo tampoco aplicable las presunciones del Código Civil en tanto que responden a un esquema normativo distinto y ello no era discriminatorio por tratarse de supuestos de hecho distintos. Al mismo tiempo, el Juzgado requirió la comparecencia de la madre gestante para que manifestase si deseaba consignar un nombre de progenitor a efectos de identificación. El 29 de agosto de 2016 la madre gestante compareció ante el Registro Civil y declaró que, pese a no estar conforme con la resolución registral, optaba por la inscripción únicamente de su filiación al objeto de no dejar desprotegido a su hijo. No obstante, hizo constar que ello suponía una situación de desigualdad en relación con los hermanos mayores del nacido, que sí habían sido inscritos como hijos matrimoniales de la pareja⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ AJPI, núm. 2, de Denia, de 22.8.2016 (JUR\2016\228396).

⁴⁹⁶ La prensa nacional inmediatamente se hizo eco del caso. Sin ánimo exhaustivo, *vid.* Alfons PADILLA, “Un juez deniega a dos mujeres inscribir a su bebé por no acreditar cómo fue concebido”, *Levante-EMV*, 21.10.2016: <https://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2016/10/21/juez-deniega-mujeres-inscribir->

Una vez notificada la resolución, el matrimonio presentó recurso ante la DGRN en base a los siguientes argumentos: 1) que los dos hijos previos del matrimonio habían sido inscritos en 2009 sin necesidad de acreditar el recurso conjunto a reproducción asistida; 2) que el art. 44.5 LRC no limitaba la doble maternidad legal a casos de reproducción asistida; 3) que la interpretación restrictiva que adoptó el encargado del Registro Civil en el auto atentaba contra el interés superior del menor y lo situaba en una situación de desproporción en relación con sus hermanos mayores, que tenían nacionalidad española y doble vínculo materno, mientras que el hijo cuya inscripción se pretendía únicamente poseía nacionalidad irlandesa y figuraba en un libro de familia distinto del que solo era titular la madre gestante; y, por último, 4) que la interpretación de las normas debía realizarse, como señala el art. 3 CC, atendiendo al contexto y la realidad social en que han de ser aplicadas, por lo que debía tenerse en cuenta la sucesión de normas aprobadas desde la legalización del matrimonio homosexual, y entre las que figuraban la LTRHA, la Ley 3/2007, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴⁹⁷, y la Ley 19/2015. La interposición del recurso se trasladó al Ministerio Fiscal, que interesó su desestimación. Por su parte, el encargado del Registro Civil de Denia se ratificó en su decisión y el expediente fue remitido a la DGRN para su resolución.

bebe/1482161.html (consultado el 5.9.2018); y “La pareja lesbiana de Dénia presenta 100.000 firmas para que el Registro Civil inscriba a su bebé con sus dos madres”, *Diario Información*, 6.2.2017: <https://www.diarioinformacion.com/marina-alta/2017/02/06/madres-denia-presentan-justicia-100000/1857528.html> (consultado el 5.9.2018).

⁴⁹⁷ BOE núm. 71, 23.3.2007.

Finalmente la DGRN estimó el recurso y revocó la resolución apelada, en el sentido de permitir la inscripción de la filiación a favor de la comadre de manera que el hijo adquiriese la condición de matrimonial. Al motivar la resolución, aprovechó la ocasión para señalar que del tenor literal del art. 44.5 LRC «cabe colegir que la intención del legislador ha sido la de facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, *independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida*»⁴⁹⁸. No obstante, añadió que ello debía entenderse «sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA pues la filiación en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el artículo 8 de la citada ley»⁴⁹⁹. Es decir, que si bien reconoce la posibilidad de que la esposa pueda ser considerada madre legal a pesar de no haber recurrido a

⁴⁹⁸ Cursivas mías. QUICIOS MOLINA, “Determinación legal de la maternidad...”, *cit.*, pp. 25-26, se muestra contraria a esta interpretación pues, a su juicio, existen dos razones fundamentales por las que el legislador limitó la determinación de la maternidad de la esposa de la madre gestante al recurso previo a TRA. En primer lugar, porque el recurso previo a reproducción asistida garantiza que la adquisición del semen es conforme a la ley y, en segundo lugar, porque solo así puede garantizarse el anonimato del donante de esperma.

⁴⁹⁹ Poco después la prensa también se hace eco de la resolución del caso: *vid.*, entre otros, Marta BORRAZ, “El Registro Civil permitirá inscribir a su hijo a la pareja de lesbianas que denunció discriminación”, *El Diario*, 16.2.2017: https://www.eldiario.es/sociedad/mujeres-inscripcion-consigue-Registro-Civil_0_613139497.html (consultado el 5.9.2018). El relato fáctico y jurídico contado por la propia pareja y su abogado puede consultarse con todo lujo de detalles en el blog personal del matrimonio (<http://moonmamas.eu/?lang=es> [consultado el 5.9.2018]).

reproducción asistida⁵⁰⁰, la DGRN advierte que las disposiciones en materia de filiación que contienen los arts. 7 a 10 LTRHA y, muy especialmente, la regla contenida en el art. 8.1 LTRHA, no pueden aplicarse si no se prueba que la fecundación se ha llevado a cabo conjuntamente en un centro o servicio autorizado. Resulta reseñable que el Centro Directivo afirme que el hecho de no recurrir a reproducción asistida provoca que la filiación de la esposa no adquiera la condición de «inimpugnable», ya que la LTRHA no otorga expresamente tal consideración a dicha filiación. Cabe recordar que el art. 8.1 LTRHA únicamente se refiere a la imposibilidad de que la mujer y el marido impugnen la filiación resultante de una fecundación heteróloga consentida, si bien es cierto que la doctrina mayoritaria ha considerado que la imposibilidad de impugnar también se extiende a los matrimonios de mujeres por aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA, siempre que se hayan cumplido los requisitos exigidos por el art. 7.3

⁵⁰⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *cit.*, p. 17, se muestra muy crítico con la posición mantenida por la DGRN en esta resolución, argumentado que en el caso de la doble maternidad legal «desde un punto de vista biológico, la filiación que se pretende inscribir es claramente, inverosímil, por lo que la única manera cabal de explicarla es acreditar la práctica de reproducción asistida». Y añade que una resolución de estas características fomenta el uso de técnicas distintas a las previstas en la LTRHA y concretamente «auto-inseminaciones artificiales con gametos de varones anónimos comprados a distancia a bajo precio en países extranjeros». Por su parte, ANDREU MARTÍNEZ, *cit.*, pp. 20-21, considera que la DGRN, aprovechando la dicción literal del art. 44.5 LRC y pretendiendo hacer justicia del caso concreto, ha querido obviar el art. 7.3 LTRHA, lo que en definitiva supone seguir los pasos del propio TS en las SSTs, 1º, de 5.12.2013 (RJ 2013\7566) y 15.1.2014 (RJ 2014\1265). Y añade que la interpretación realizada supone la creación de un nuevo mecanismo para determinar la filiación, específico para los matrimonios de mujeres, junto al que ya preveía el art. 7.3 LTRHA, siendo la diferencia principal entre ambos la necesidad o no de acreditar el recurso a TRA con consecuencias en materia de impugnación. En contra de considerar que el art. 44.5 LRC ha creado un nuevo título de determinación de la filiación, *vid.* QUICIOS MOLINA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 192.

LTRHA⁵⁰¹. Esta posición, a su vez, ha sido confirmada por la SAP Balears, sec. 4ª, de 31.3.2014 (AC 2014\654).

En síntesis, este caso evidencia que la determinación extrajudicial de la filiación de la esposa de la madre derivada de autoinseminación no plantea problemas en la práctica⁵⁰². Cuestión distinta es la que tiene por objeto la impugnación de la filiación, que examinaré en el apartado II.3.1.3. del presente capítulo.

b) Parejas no casadas

En cuanto a la mujer no casada con la madre, no cabe determinación legal de la filiación, por limitarse el art. 44.5 LRC a reconocer la doble maternidad legal en el seno de parejas de mujeres casadas. En estos casos la única vía que tendrá la pareja de la madre para obtener reconocimiento legal como progenitora será el recurso a la adopción del hijo de su pareja al amparo del art. 175.4 CC (en Navarra, Ley 59.2 FN [ref. 21019]⁵⁰³), un proceso relativamente ágil que no requiere la

⁵⁰¹ Me remito aquí a la doctrina citada *supra* en la nota 338. En Cataluña, en cambio, el art. 235-28.2 CCCat impide expresamente impugnar la maternidad de la comadre, siempre que esta haya consentido en los términos exigidos por los arts. 235-8 o 235-13 CCCat.

⁵⁰² Tal y como afirma QUICIOS MOLINA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 199, «la Resolución de 8 de febrero de 2017 ha sentado doctrina para todos los casos iguales, y desde entonces (salvo decisión judicial que interprete lo contrario) los Encargados del Registro tienen claro que no pueden exigir, para que quede determinada la segunda maternidad puramente legal, que la gestación del nacido deriva del uso de técnicas de reproducción humana asistida». Esta autora, pese a mostrarse crítica con la resolución, valora positivamente la certidumbre que ha establecido en la práctica registral: QUICIOS MOLINA, “Determinación legal de la maternidad...”, *cit.*, p. 18.

⁵⁰³ Hasta la reforma operada por la Ley Foral 21/2019, el Fuero Nuevo no regulaba expresamente la adopción individual del hijo del cónyuge o pareja, y tampoco se refería a esta posibilidad el art. 8 de la Ley Foral 6/2006, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BON núm. 82, 7.7.2000), que aludía únicamente a la

declaración de idoneidad a propuesta de la entidad pública (art. 176.2, párr. 2º, 2ª CC)⁵⁰⁴. Ahora bien, se trata de una alternativa, siempre y cuando la pareja no se separe, ya que para su válida constitución es preciso el asentimiento de la madre gestante (art. 177.2.2º CC y Ley 60, par. 2º, FN [ref. 2019]).

Tras la constitución de la adopción, la filiación quedará determinada a favor de la mujer no casada con la madre y adquirirá la condición de irrevocable (art. 180 CC y Ley 62, par. 1º. FN [ref. 2019])⁵⁰⁵. Pese a que

adopción conjunta por parte de parejas estables con independencia de su orientación sexual. Con todo, dada la remisión contenida en la Ley 74 FN (precepto que ha pasado a ser la Ley 63 FN [ref. 2019]) a las leyes especiales y al Código Civil, la adopción del hijo del cónyuge o la pareja estable también era posible en Navarra. Con la aprobación de la Ley Foral 21/2019, resulta derogado el art. 8 de la Ley Foral 6/2006, y se armoniza la regulación navarra en materia de adopción. Así, se recogen en el propio Fuero Nuevo las normas sobre capacidad, requisitos de constitución, efectos y extinción, y se remiten el resto de cuestiones a la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de atención y protección a la infancia y a la adolescencia (BON núm. 149, 14.12.2005), la cual, según el preámbulo de la Ley Foral 21/2019, también será objeto de reforma para desarrollarla en su integridad, así como para depurar determinados aspectos técnicos derivados de la remisión al texto común, y paliar algunas de sus deficiencias detectadas en la práctica.

⁵⁰⁴ En los mismos términos se pronuncia QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, p. 380, añadiendo que «la hipotética posesión de estado que pudiera constituirse entre la pareja de la madre y el hijo de esta (aquella trata a este como si fuera su hijo, y como madre es considerada socialmente), no es título de determinación extrajudicial de la filiación (no se recoge en el art. 120 CC), y tampoco bastaría, en mi opinión, para sustentar el triunfo de una acción de reclamación de esta segunda maternidad con base en el art. 131 CC (...)».

⁵⁰⁵ Sobre la irrevocabilidad de la adopción en el seno de parejas de mujeres, *vid.* la SAP Tarragona, sec. 1ª, de 28.3.2019 (JUR 2019\142797), que confirmó la desestimación de la demanda de impugnación de la filiación interpuesta por una comadre con respecto a los tres hijos que había dado a luz su exesposa fruto del recurso a IA en solitario. Con posterioridad al nacimiento de los menores, ambas iniciaron una relación sentimental que culminó con el matrimonio. La comadre decidió adoptar a los tres hijos de su cónyuge, tras intentar reconocerlos ante el encargado del Registro Civil sin éxito. Tras el divorcio, la comadre decidió impugnar la filiación adoptiva en base a la aplicación analógica de la doctrina del reconocimiento de complacencia. En primera instancia se desestimó íntegramente la demanda, al considerar que la adopción es irrevocable con independencia de los motivos por los que se prestó el consentimiento o asentimiento que permitió su

por regla general la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen (art. 178.1 CC y Ley 61, par. 1º, FN [ref. 2019]), la adopción del hijo del cónyuge o pareja constituye una de las excepciones a esta regla general, ya que en este supuesto subsistirán los vínculos jurídicos del adoptado respecto a la madre, aun cuando esta hubiese fallecido (art. 178.2.a) CC y Ley 61, par. 2º, apdo. 1, FN [ref. 2019]).

Ahora bien, si la pareja ha hecho uso de un donante conocido, cabe la posibilidad de que este se oponga al expediente de adopción invocando su paternidad y la necesidad de asentir a la adopción que se está tramitando en los términos exigidos por el art. 177.2.2º CC o la Ley 60, par. 2º, FN [ref. 2019]. En tal caso, el procedimiento de adopción deberá suspenderse mientras se tramite la correspondiente acción de filiación para que, en caso de estimarse, el donante pueda formular su oposición a la adopción⁵⁰⁶. Si la acción de reclamación ejercitada por el donante se estima y se reactiva el proceso de adopción, es probable que este no preste su asentimiento a la constitución de la adopción a favor

constitución. Frente a esta resolución, la comadre interpuso recurso de apelación alegando que el hecho de que el marido pueda optar por reconocer o adoptar a un hijo, y la esposa deba recurrir necesariamente a la adopción, constituye una laguna legal que justifica aplicar la referida doctrina en el seno de un matrimonio de mujeres. Finalmente, la Audiencia negó la existencia de un vacío legal y recordó que, pese a que la adopción produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza, se trata de una institución que goza de una regulación propia en al cual no se prevé su impugnación. La sentencia recaló asimismo que «el estado civil creado por la adopción no puede quedar al arbitrio de un cambio de voluntad o resolución unilateral del adoptante», y que en el caso de autos no se trataba de una adopción de complacencia, ya que esta figura ni existe ni puede establecerse, lo que conllevaba que la pretensión de la comadre fuera inadmisiblemente legalmente.

⁵⁰⁶ Helena DÍEZ GARCÍA, “Comentario al artículo 180”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo II (Arts. 152 a 360), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1931-1953, p. 1936.

de la comadre. En tal caso, y a falta de disposición legal expresa que indique las consecuencias de la falta del asentimiento de uno de los progenitores del adoptando, la doctrina se inclina por considerar que la adopción no podrá constituirse válidamente⁵⁰⁷.

En el caso de que el donante conocido no se oponga al procedimiento de adopción y esta se constituye válidamente, la misma deviene firme e irrevocable. No obstante, el art. 180.2 CC permite dejarla sin efecto cuando cualquiera de los progenitores no haya intervenido, sin culpa, en el expediente, y siempre que ello no perjudique gravemente al menor. Cabe plantearse, por tanto, si en este escenario el donante conocido podría interponer una demanda solicitando la extinción de la adopción dentro de los dos años siguientes a su constitución (art. 180.2 *in fine* CC), alegando que no pudo determinar su filiación por causa que no le es imputable⁵⁰⁸. Lo cierto es que es discutible que el donante

⁵⁰⁷ *Vid.*, entre otros, Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 191; “Comentario al artículo 177”, en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (Dirs.), *Código Civil Comentado*, Volumen 1, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 933-939, p. 937; Bartolomé VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional*, Comares, Granada, 1994, p. 227; y Milagros GARCÍA PASTOR, “El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción”, *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 8, 2000, pp. 55-83, p. 81. Para GUTIÉRREZ SANTIAGO, la cuestión depende de la edad del adoptando. Según esta autora, si tiene más de 12 años y ha consentido, el asentimiento de los progenitores es secundario y no vincula al juez, quien puede constituir la adopción válidamente. Por el contrario, si el adoptando es menor, el juez no podrá aprobarla «privándoles sin ninguna garantía de la patria potestad sobre su hijo»: Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, p. 152.

⁵⁰⁸ Según VARGAS CABRERA, *cit.*, pp. 290-291 no son imputables «los supuestos de padres imposibilitados de intervenir al constituir la adopción (art. 177-2 CC) (...) (incapacidad de hecho o de derecho, permanente o transitoria, ausencia declarada, desaparición o ignorado paradero y en general impedidos por cualquier causa de emitir la declaración de voluntad) y aquellos a que específicamente se refiere el art. 1831 (imposibilidad de citación por desconocerse su domicilio o incomparecencia)».

pueda atacar la adopción mediante el ejercicio de la acción de extinción, dado que el art. 177.2.2º CC no requiere la intervención del progenitor no determinado legalmente, lo que permitiría considerar que la adopción es válida⁵⁰⁹. Sea como fuere, aun considerando que el donante

⁵⁰⁹ En el mismo sentido, *vid.* DÍEZ GARCÍA, *cit.*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *cit.*, p. 1945; M^a Victoria MAYOR DEL HOYO, “Comentario al artículo 180”, en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (Dir.), *Código Civil Comentado, Volumen 1*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 959-969, p. 962; y Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, “La filiación adoptiva”, en Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de la familia. Volumen V. Las relaciones paterno-filiales (I)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2017, pp. 619-758, p. 739, según la cual «aun partiendo de la hipótesis de que dicha determinación tardía no sea culpable –en caso contrario, dicha culpa se extendería también sobre su no intervención, ligada a ella como efecto-, por deberse por ejemplo a ignorancia, por ausencia del progenitor u ocultamiento del nacimiento, el progenitor no determinado no se encuentra entre las personas cuya presencia en el procedimiento de adopción exige el art. 177», de manera que «no cabe incluir la falta de determinación entre las causas por las que el progenitor se halla imposibilitado para prestar el asentimiento» y, con más razón, tampoco cabe ejercitar la acción de nulidad de la adopción fundamentada en la falta de su asentimiento o audiencia. Por el contrario, ALONSO CRESPO considera que «la legitimación para pedir la extinción no arranca en la determinación legal, sino que potencialmente existía en el momento mismo de la constitución de la adopción y que la posterior determinación la confirma»: Evelia ALONSO CRESPO, *Adopción nacional e internacional. Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos. Formularios. Anexos*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 816-819.

Por su parte, la jurisprudencia también parece decantarse por no reconocer legitimación para ejercitar la acción de extinción *ex* art 180.2 CC a quien no era progenitor legal en el momento de constituirse la adopción. En este sentido, *vid.* la STS, 1ª, de 2.3.1989 (RJ 1989\1746), que resolvió un caso en el que padre biológico instó la extinción de la adopción al amparo del art. 180.2 CC, al no haber prestado su asentimiento o, al menos, haber sido oído en el proceso. En primera y segunda instancia se desestimó la demanda y el TS confirmó la desestimación del recurso. Para ello, citó textualmente parte de la sentencia de apelación, según la cual «no estando legalmente determinada la filiación paterna del adoptado al tiempo de tramitarse el expediente de adopción, no constando ni si quiera que lo esté en la actualidad, es obvio que no era precisa su intervención en el expediente de adopción ni para prestar el consentimiento como titular de la patria potestad, titularidad que no ostenta, ni para ser simplemente oído al no encontrarse en ninguno de los supuestos en que así se previene». Por otro lado, el TS advirtió que el art. 180.2 CC, al permitir solicitar la extinción de la adopción al padre o la madre que no hubiesen intervenido en el expediente ni prestado consentimiento por causa que no les sea imputable, «se está refiriendo a los supuestos en que tal consentimiento fuese necesario, puesto que de no ser así cual ocurre en el presente supuesto, como queda expresado, ni tiene que intervenir en el expediente, ni tienen que prestar consentimiento ni se oídos (...)». A su vez, señaló que, la madre o el padre deben asimismo probar que no intervinieron o

pueda ejercitar esta acción, parece poco probable que pueda probar que la no determinación de su filiación no le es imputable, dado que el donante ha contribuido a la concepción del hijo y, por tanto, podía razonablemente saber cuándo se produciría aproximadamente el nacimiento y, por ende: a) bien reconocer al hijo; b) instar la acción de reclamación de la paternidad; o c) oponerse al procedimiento de adopción instando a su vez la acción de reclamación. En suma, resulta necesario que la extinción no perjudique gravemente al menor para que pueda acordarse (art. 180.2, par. 1º *in fine*, CC)⁵¹⁰, lo que podría constituir otro obstáculo relevante para el donante, dado que la extinción haría volar por los aires el modelo familiar creado a partir de la adopción. En consecuencia, constituida válidamente la adopción, considero que el donante conocido no podrá solicitar su extinción al amparo del art. 180.2 CC, sin perjuicio de que solicite judicialmente la determinación de su filiación, lo que no afectará a la adopción en virtud del art. 180.4 CC⁵¹¹.

prestaron su consentimiento por una causa que no les sea imputable, lo que en el supuesto de autos no se ha probado (FJ 2º). Posteriormente el AAP Zaragoza, sec. 4ª, de 5.12.2000 (JUR 2001\54175) citó y aplicó dicha sentencia para desestimar un recurso de apelación interpuesto por el supuesto progenitor biológico contra el auto de constitución de la adopción de un menor.

⁵¹⁰ Para MAYOR DEL HOYO, *cit.*, en CAÑIZARES LASO *et al.* (Dirs.), *cit.*, p. 964 no se debe cuestionar cuál de los dos candidatos es más beneficioso para el hijo, «sino si la extinción es gravemente perjudicial o no». En este sentido, señala que la idea de perjuicio grave es un concepto indeterminado que queda al arbitrio del juez, si bien advierte que la convivencia durante dos años no puede ser, en términos generales, suficiente para motivar dicho perjuicio, dado que la norma concretamente otorga ese plazo para ejercer la acción de extinción.

⁵¹¹ Este precepto dispone que «la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción». Como señala BARBER CÁRCAMO, *cit.*, en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dirs.), *cit.*, p. 739, cabe la determinación de la filiación por reconocimiento, por expediente registral o mediante el ejercicio de una acción de reclamación y, en cualquiera de los casos, esta solo produce efectos meramente declarativos, quedando la adopción incólume.

En Navarra, este escenario no podría producirse en ningún caso pues pese a que el Fuero Nuevo también regula la acción de extinción de la adopción en la Ley 62, par. 2º, FN [ref. 2019], solo concede legitimación para su interposición «a cualquiera de los progenitores *cuya filiación hubiese sido determinada con anterioridad a la adopción*»⁵¹². En consecuencia, si no se ha determinado legalmente la paternidad del donante, una vez constituida la adopción a favor de la mujer no casada con la madre, aquel no podría solicitar su extinción. Como en los territorios sujetos al CC, sí podría, en cambio, solicitar que se determinase su filiación, lo que no afectaría en ningún caso a la adopción válidamente constituida (Ley 62, par. 3º, *in fine* FN [ref. 2019]).

Por último, también cabría solicitar la extinción de la adopción en caso de que se produzcan alguno de los motivos que la ley establece para la revisión de las sentencias firmes (art. 510 LEC), tal y como expresamente ha recogido el Código Civil catalán en el art. 235-51.2.b). Sin embargo, creo que en el supuesto analizado, en que el donante aporta voluntariamente su espermia para contribuir a la autoinseminación, no concurren ninguna de las causas previstas, por lo que no podría invocarlas con éxito⁵¹³.

⁵¹² Cursivas mías. Para que proceda la acción, la Ley 62, par. 2º, FN [ref. 2019] también requiere la ausencia de culpa en la no intervención en el procedimiento de adopción, que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción, y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor. Si la persona adoptada es mayor de edad se requiere, además, su consentimiento expreso.

⁵¹³ De acuerdo con el art. 510.1 LEC, «habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2.º Si hubiere recaído en virtud de

3.1.2. Determinación judicial de la filiación

Pese a que en la actualidad cabe la posibilidad de determinar extrajudicialmente la maternidad de la cónyuge de la madre tras el recurso conjunto a autoinseminación, puede darse el caso de que la comadre se niegue a realizar la manifestación de voluntad de ser tenida como madre legal ante el Registro Civil en los términos exigidos por el art. 44.5 LRC. A su vez puede ocurrir que la madre gestante no asienta a la declaración de voluntad realizada por la comadre, y aunque la normativa no requiere expresamente su consentimiento para determinar su filiación, ello podría provocar que finalmente no se proceda a su inscripción⁵¹⁴. En estos escenarios, por tanto, la cuestión a dilucidar es si cabe ejercer una acción de reclamación al objeto de que se determine judicialmente la filiación de la comadre, ya sea porque no ha manifestado su voluntad de ser tenida como madre del hijo nacido de su cónyuge ante el Registro Civil, ya sea porque esta última se ha negado a asentir dicha manifestación con el objetivo de impedir la inscripción de su filiación.

En sede de reproducción asistida, y a diferencia de lo que ocurre con las parejas heterosexuales no casadas (art. 8.2 LTRHA), la LTRHA no prevé ninguna norma que permita reclamar judicialmente la maternidad

documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente. 3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. 4.º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.»

⁵¹⁴ Como he indicado en el apartado III.3.2.2 del capítulo segundo, a mi juicio el consentimiento de la madre gestante es un requisito inexcusable para que se pueda proceder a la inscripción de la doble maternidad legal.

de la comadre cuando esta no se ha podido determinar por vía extrajudicial. De ahí que en el capítulo segundo haya circunscrito la posibilidad de reclamar judicialmente la determinación de la maternidad de la esposa de la madre al supuesto de que se hayan cumplido los requisitos exigidos en el art. 7.3 LTRHA, y por cualquier motivo no se haya procedido extrajudicialmente a la inscripción de la filiación.

Ahora bien, pese al silencio de la LTRHA en esta cuestión, el TS ha permitido que la comadre, si media posesión de estado, reclame con éxito su filiación con respecto al hijo nacido de su pareja gracias al recurso a TRA *ex* art. 131 CC (SSTS, 1ª, de 5.12.2013 [RJ 2013\7566] y de 15.1.2014 [RJ 2014\1265]). En ambos casos fue la comadre quien reclamó la determinación judicial de su filiación, aunque en el primero la mujer había consentido a la fecundación asistida de su cónyuge sin haber determinado extrajudicialmente su maternidad, mientras que en el segundo no se había acreditado el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer dado que ambas ni siquiera estaban casadas, lo que impedía una posible determinación extrajudicial de su filiación. El TS se apoyó en el art. 7.1 LTRHA –que remite a las leyes civiles para regular la filiación derivada de TRA- con el propósito de posibilitar la aplicación del art. 131 CC para determinar judicialmente la maternidad legal de la comadre⁵¹⁵.

Pese a que voces autorizadas han considerado que esta doctrina jurisprudencial es excepcional y que, por lo tanto, no debe extenderse a

⁵¹⁵ El análisis de ambos casos puede verse en el apartado III.3.2.3. del capítulo segundo.

otros supuestos⁵¹⁶, cabe plantearse si en base a ella podría reclamarse la filiación de la comadre cuando la pareja de mujeres haya hecho uso de la autoinseminación, y no se haya podido determinar extrajudicialmente su filiación por la vía del art. 44.5 LRC. Si bien es cierto que en este caso el art. 131 CC⁵¹⁷ resulta directamente aplicable (al no tratarse de una TRA, ni si quiera es necesario apoyarse en la remisión que efectúa el art. 7.1 LTRHA –en Navarra, la Ley 53.d) FN [ref. 2019]-), considero que no cabe recurrir a esta posibilidad porque, a diferencia de lo que ocurre con las TRA, si se opta por la autoinseminación no existe garantía de que la pareja haya hecho uso de un donante anónimo. En efecto, esta es la razón por la que la RDGRN de 8.2.2017 (JUR 2018\283287), pese a permitir la determinación extrajudicial de la filiación de la comadre derivada de autoinseminación, deja la puerta abierta a su ulterior impugnación con el objetivo de que, si se da el caso, se pueda determinar judicialmente la paternidad del progenitor biológico. Así, pese a que inicialmente la comadre puede ser considerada madre legal, cabe posteriormente dejar sin efecto su filiación en vía judicial mediante el correspondiente ejercicio de una acción de impugnación, para la cual están legitimados donante, madre gestante -como representante legal-, comadre e hijo. Esta pretensión puede ir acompañada, además, de una acción de reclamación de paternidad al donante, que puede ser ejercitada por él, por la madre gestante -como representante legal- y por el hijo. En cambio, si la

⁵¹⁶ *Vid. supra* cita 322.

⁵¹⁷ En Navarra, el precepto aplicable sería la Ley 57.b).3 FN [ref. 2019], que fue introducida por la Ley Foral 9/2018, cuyo tenor literal dispone: «la acción de declaración de la filiación no matrimonial podrá ser ejercitada por aquellas personas que tengan un interés lícito y directo, siempre que hubiese posesión de estado, y en cualquier tiempo».

maternidad legal de la comadre se determinase por sentencia firme, no cabría impugnarla con independencia de que se pretenda o no establecer la paternidad del donante, dado que la filiación así determinada devendría inatacable (art. 764.2 LEC). Por ello, considero que los tribunales serán reacios a estimar una acción de reclamación de la maternidad ejercitada al amparo del art. 131 CC o de la Ley 57.b).3 FN [ref. 2019], por más que concurra la posesión de estado del hijo cuya filiación se reclama.

En síntesis, no existiendo una norma expresa reconocedora de la posibilidad de reclamar judicialmente la maternidad de la comadre que pueda resultar aplicable por analogía, y considerando que la doctrina jurisprudencial sentada por el TS en las dos sentencias anteriormente referenciadas no es extensible a casos de autoinseminación, entiendo que no cabe la determinación judicial de su filiación.

3.1.3. Impugnación de la filiación contradictoria y, en su caso, reclamación de la paternidad al donante

Salvo que la segunda maternidad derivada de autoinseminación se haya determinado por sentencia firme (art. 764.2 LEC), cabe su impugnación en sede judicial.

a) Acción mixta ejercitada por el donante

Pese a que la determinación extrajudicial de la filiación de la esposa de la madre derivada de autoinseminación no plantea problemas en la práctica, no ocurre lo mismo en relación con su impugnación. La DGRN, al confirmar en su Resolución de 8.2.2017 (JUR 2018\283287) que el art. 44.5 LRC debe ser interpretado ampliamente, permite la

inscripción de la maternidad legal de la esposa de la madre advirtiéndolo, no obstante, que la filiación así determinada puede impugnarse si la gestación no ha sido consecuencia de la aplicación de las técnicas contempladas en la LTRHA, pues en ese caso no queda amparada por la condición de inimpugnable que contempla el art. 8.1 de dicha ley⁵¹⁸.

Lo cierto es que el riesgo de impugnación en sede de maternidad legal derivada de autoinseminación está presente especialmente -aunque no exclusivamente- cuando la pareja hace uso del espermatozoides de un donante conocido para lograr la concepción⁵¹⁹. Aunque puede parecer poco probable que el hombre que se ha limitado a actuar como un mero donante cambie de parecer posteriormente y decida reclamar su paternidad, lo cierto es que ya se ha planteado un caso de estas características ante nuestros tribunales. En efecto, la SJPI núm. 4 de Mislata (Valencia), de 9.3.2017 (JUR 2018\236348), confirmada por la

⁵¹⁸ ANDREU MARTÍNEZ, *cit.*, pp. 25-27 se muestra contraria a permitir el ejercicio de una acción de impugnación *stricto sensu* incluso en estos casos, señalando que «si admitimos, como hace la RDGRN, que el art. 44.5 LRC pueda determinar por sí solo la determinación de la doble filiación materna, no vemos razón para tratar de forma diferente ambos supuestos (doble maternidad con o sin recurso a las TRHA) a efectos de impugnación», pues en ambos casos la filiación se basa en una ficción legal y se determina conforme al procedimiento legal establecido, de manera que la posible extensión o no del art. 8.1 LTRHA no resulta determinante. Y en cuanto a la impugnación por vicios del consentimiento, considera que el supuesto para el que lo suele admitir la doctrina (consentimiento de la esposa a la fecundación heteróloga pero nacimiento derivado de reproducción sexual de la madre con un tercero) no concurre en este caso, ya que la gestación no es consecuencia del recurso a TRA sino de una reproducción natural consentuada por ambas. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “El art. 44.5 de la Ley del Registro Civil...”, *cit.*, p. 10 también se muestra contrario a permitir la impugnación *stricto sensu* en los supuestos de doble maternidad legal determinada con arreglo al art. 44.5 LRC y de forma independiente al art. 7.3 LTRHA, por considerar que este consentimiento no solo constituye título, sino que es fuente en sí mismo, como la adopción.

⁵¹⁹ En consecuencia, dejo fuera de este análisis los supuestos en los que sea el donante anónimo o identificable quien reclame el establecimiento de la filiación. Sobre esta cuestión, *vid. supra* nota 363.

SAP Valencia, sec. 10^a, de 27.11.2017 (JUR 2018\56440) resolvió un caso a favor de un donante conocido, que había donado su esperma a una pareja de mujeres casada para que una de ellas se autoinseminara. La sentencia de apelación confirmó la decisión de la *juez a quo* en virtud de la cual se dejaba sin efecto la filiación legal de la esposa de la madre, previamente inscrita como madre legal en el Registro Civil, y se declaraba la paternidad no matrimonial del donante, lo que conllevaba la desaparición de todos los derechos respecto al hijo nacido derivados de dicha maternidad.

El relato fáctico del caso es de gran interés pues tiene por objeto no solamente la impugnación de la filiación y consecuente reclamación de la filiación paterna, sino también la interpretación de un acuerdo privado suscrito por las partes mediante el cual el donante renunciaba a todos los derechos que pudieran derivarse de su futura paternidad. De acuerdo con los antecedentes de hecho de ambas sentencias, la pareja de mujeres se puso en contacto con un donante conocido al objeto de que este aportase su esperma para que una de ellas se autoinseminase. El 1 de mayo de 2015, y previamente a realizar la autoinseminación, las partes suscribieron un acuerdo privado (la sentencia de instancia se refirió a él como «contrato», mientras que la de apelación lo hizo como «documento»), por el cual el donante donaba su material genético a la pareja para la inseminación de una de ellas, con renuncia del donante a cualquier derecho de paternidad que pudiese tener sobre el menor que naciera de dicha inseminación, y a cualquier reclamación de esos derechos. La autoinseminación se practicó con éxito y una de ellas se quedó embarazada, produciéndose el nacimiento de una hija en marzo de 2016. Seguidamente la menor fue inscrita en el Registro Civil como

hija matrimonial de ambas mujeres. Mes y medio después del nacimiento, el donante cambió de parecer y ejerció una doble acción de impugnación de la filiación matrimonial de la esposa y de reclamación de la paternidad no matrimonial al amparo del art. 133.2 CC en relación con el art. 134 CC. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Mislata (Valencia), en sentencia de 9.3.2017 (JUR 2018\236348), estimó la demanda y declaró la paternidad extramatrimonial del donante en relación a la menor, por lo que la pareja interpuso recurso de apelación⁵²⁰.

En primer lugar, las recurrentes motivaron el recurso solicitando la aplicación analógica del art. 7.3 LTRHA, de manera que se mantuviese la maternidad de ambas, quienes afirmaban que se habían sometido a una técnica de inseminación artificial que estaba regula en la referida

⁵²⁰ El Juzgado consideró que la inseminación casera practicada no podía tener las consecuencias legales que establecen los arts. 7 y 8 LTRHA en aras de impedir la impugnación de la filiación de la comadre, dado que se habían incumplido los requisitos exigidos por dichos preceptos para que ello tuviera efecto: el contrato se había realizado entre donante y receptora y no con un centro médico; no se acompañaba copia de consentimiento informado por el donante; se vulneraba el carácter preceptivo que debía tener el anonimato del donante; y se infringía la prohibición de designación directa del donante. En esencia, la sentencia determinó que la pareja de mujeres no podía pretender la aplicación analógica de la LTRHA cuando toda la actuación previa a la concepción se había realizado al margen de esta norma, sin que la pareja pudiera ampararse en la falta de cobertura de la sanidad pública para justificar una actuación que se encuentra a todas luces al margen de lo regulado en la LTRHA. La juzgadora, si bien reconoció la existencia de un vacío legal respecto a situaciones similares a la examinada, advirtió que la tarea de regulación corresponde al legislador y que mientras esta no exista, «tratándose el estado civil de una cuestión de orden público irrenunciable e indisponible, no puede llevarse a cabo la aplicación analógica de una ley que supone una excepción a la regulación legal ordinaria, puesto que la consecuencia de ser una materia de orden público conlleva que los supuestos excepcionales se encuentren tasados de forma expresa» (FJ 1º). Además, rechazó la validez del contrato suscrito por las partes al tratarse de una materia de orden público que resulta totalmente indisponible (arts. 6.2 y 1814 CC y 751 LEC), y consideró que el interés superior del menor no podía sino conducir a la estimación de la acción ejercitada.

ley, aunque lo habían hecho con sus propios medios y no en un centro o servicio autorizado. Sobre este primer motivo, la Audiencia consideró que la aplicación analógica de la LTRHA al amparo del art. 4 CC no podía tener lugar, ya que «más que un supuesto análogo al previsto por la ley, ante lo que nos encontramos es una infracción o soslayamiento de la propia norma, que no debe llevar al mantenimiento de la filiación tal como inicialmente se reflejó en el Registro Civil sino ante la declaración de la paternidad extramatrimonial del actor, al amparo del artículo 133-2 del Código Civil en relación con el artículo 134 del mismo cuerpo legal, con respeto a la verdad biológica, conforme al artículo 39-2 de la Constitución Española». La sentencia de apelación recalcó que la IA es una de las técnicas reguladas por la LTRHA, que reserva la aplicación de las mismas a los centros y servicios sanitarios autorizados (art. 4), así como la suscripción de un contrato de donación de esperma entre el donante y el centro sanitario caracterizado entre otras notas por la del anonimato (art. 5), y por la información que debe otorgarse a la usuaria sobre los posibles riesgos para ella y para la posible descendencia (art. 6). Advirtió que, de haberse observado los requisitos legales, se habría determinado la filiación en la forma prevista en la LTRHA (arts. 7 y 8), y esta resultaría inimpugnable. Y concluye que en el caso objeto de enjuiciamiento no se había dado cumplimiento a dichos requisitos, de modo que la usuaria y su cónyuge no podían ampararse en la LTRHA para lograr la desestimación de la acción de reclamación de la paternidad (FJ 1º).

El segundo motivo que alegaron las recurrentes fue la existencia de un acuerdo por el cual el donante había renunciado a sus derechos a la paternidad, lo que debía conllevar a la apreciación de falta de

legitimación y, por ende, a la desestimación de la demanda. Frente a este argumento, la Audiencia consideró que el documento suscrito no producía efecto conforme al art. 1255 CC en relación con el art. 6.3 CC, ya que resultaba contrario a la indisponibilidad del estado civil (arts. 1814 CC y 751 LEC), y al interés y al orden público. En este sentido, señaló que la fijeza y seguridad del estado civil es una exigencia de dicho interés, igual que lo es la correspondencia con la verdad biológica dentro de los límites y requisitos establecidos legalmente, lo que suponía la invalidez de la renuncia en virtud del art. 6.2 CC (FJ 2º)⁵²¹.

En tercer y último lugar, las recurrentes alegaron que la estimación de la demanda atentaría contra el interés de la menor, reconocido por las normas de Derecho internacional e internas como el principio inspirador de toda decisión que concierna a un menor de edad. Y es en este punto donde la Audiencia, a mi juicio, ofreció un argumento de lo más superficial y débil a la par que erróneo, pues se limitó a desechar este motivo señalando que «no se ha acreditado que la decisión judicial que reconozca la paternidad del actor en relación con la menor pueda implicar algún perjuicio, más allá de la reorganización del grupo familiar como consecuencia de la declaración relativa a la filiación, que en sí mismo no aparece como negativa para los intereses de la hija, máxime cuando se trata de una niña de muy corta edad, abierta por lo tanto a la

⁵²¹ En 2016, QUICIOS MOLINA ya advirtió que este tipo de acuerdos no tenían ninguna validez en cuanto a la determinación de la filiación: QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, p. 381. Me ocupo de ellos más detenidamente en los apdos. I.2 y II.4.1 del capítulo cuarto.

fijación y consolidación de nuevos vínculos establecidos»⁵²². De esta forma, sentenció que a la luz de los criterios del art. 2 LOPJM, no era posible observar un menoscabo para el bienestar de la hija (FJ 2º).

Tras desestimar los tres motivos en los que se fundamentaba el recurso, la Audiencia confirmó la sentencia de instancia estimatoria de la acción de reclamación de paternidad ejercitada por el actor, a quien había declarado progenitor legal de la menor y, en consecuencia, ratificó la eliminación de todos los derechos que la cónyuge de la madre había ostentado hasta ahora en su condición de madre legal⁵²³. En último término, es preciso señalar que se tiene constancia de que el matrimonio ha recurrido esta decisión, si bien el recurso de casación todavía está pendiente de resolución por el Tribunal Supremo.

En esencia, las resoluciones del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Mislata y de la sec. 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia han venido a confirmar el razonamiento de la DGRN en su Resolución de 8.2.2017 (JUR 2018\283287), según el cual la doble maternidad legal puede determinarse aun cuando no haya existido recurso a reproducción asistida, si bien la filiación así determinada no queda amparada por la condición de inimpugnable que prevé el art. 8.1

⁵²² En cambio, según QUICIOS MOLINA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 206, «es verdad que el interés del menor no puede convertirse en un criterio decisor en este caso, en el que lo que ha de buscarse es si el demandante es o no el padre biológico, pero desde luego no es la mejor solución posible que quien la niña consideraba hasta ese momento como madre deje de serlo legalmente (por más que de hecho siga ejerciendo como tal, sin ninguna seguridad jurídica) y pase a tener todos los derechos y deberes como titular de la patria potestad el progenitor biológico, que previamente había mostrado su total desinterés por la niña renunciado a exigir cualquier derecho derivado de la paternidad biológica».

⁵²³ Se muestra concordante con la sentencia: DE VERDA Y BEAMONTE, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *cit.*, pp. 17-18.

LTRHA⁵²⁴. Cabe destacar, además, que se trata del primer caso reportado que ha accedido a los tribunales españoles, en el que se plantea la validez de un acuerdo reproductivo privado suscrito, con carácter previo a la concepción, por las partes de un proyecto parental y el donante de gametos⁵²⁵.

Este caso pone de manifiesto la existencia de una gran inseguridad jurídica que afecta a las mujeres que optan por la autoinseminación con contribución de donante conocido como método reproductivo para lograr la concepción, ya que el donante puede ejercitar una acción mixta de impugnación de la filiación matrimonial de la esposa, y de reclamación de la paternidad no matrimonial⁵²⁶ al amparo del art. 133.2 CC en relación con el art. 134 CC⁵²⁷, cuyo plazo de ejercicio es de 1 año desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en que haya de basar su reclamación -a mi juicio, desde la inscripción de nacimiento- (art. 133.2 CC)⁵²⁸. En Navarra, la acción que puede ejercitar es la

⁵²⁴ Señala ANDREU MARTÍNEZ, *cit.*, p. 28, que «negarle esta posibilidad al padre implica afirmar la absoluta preponderancia de la voluntad de ser madre en el caso de matrimonios de mujeres sobre la verdad biológica, cosa que a día de hoy, y sin una base legal sólida en la que sustentarlo (más allá del art. 44.5 LRC), no parece posible».

⁵²⁵ Pronunciamientos que, sin embargo, llevan produciéndose desde hace años en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno con idéntico resultado. *Vid.*, en Estados Unidos, *Thomas S. v. Robin Y.* [209 A.D.2d 298 (N.Y. App. Div. 1994)]; *Straub v. B.M.T by Todd* [645 N.E.2d 597 (Ind. 1995)]; y *Mintz v. Zoernig* [2008 NMCA 162 (N.M. Ct. App. 2008)]. Cfr., en Estados Unidos, *Ferguson v. McKiernan* [596 Pa. 78 (Pa. 2007)]; y en Irlanda, *J. McD v. P.L. and B* ([2010] 2 I.R. 199).

⁵²⁶ Son partidarios de permitir al donante conocido reclamar su paternidad: BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal...”, *cit.*, pp. 103-104; e INIESTA DELGADO, *cit.*, en YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS (Dirs.), *cit.*, p. 955.

⁵²⁷ Acudo al art. 133.2 CC porque no existe posesión de estado por parte del donante. En sentido idéntico, *vid.* ANDREU MARTÍNEZ, *cit.*, p. 27.

⁵²⁸ Con respecto al plazo, GASCÓN INCHAUSTI señala que el Tribunal Supremo parte de la consideración de que la acción de impugnación está supeditada a la acción de reclamación, es decir, que la impugnación de la filiación contradictoria es el requisito

prevista en la Ley 57.b).2 FN [ref. 2019], en relación con la Ley 55, par. 2º, FN [ref. 2019]⁵²⁹, cuyo plazo es también de un año desde que se hubiera tenido conocimiento de la posible paternidad, o se hubiera podido tenerlo –de nuevo, en mi opinión, desde la inscripción de nacimiento–.

Al margen de la adopción del hijo de la cónyuge⁵³⁰, actualmente la única vía para evitar que la filiación de la comadre derivada de autoinseminación resulte impugnabile por el donante pasa obviamente por recurrir al esperma de un donante anónimo, lo que cerrará la puerta a una futura reclamación de paternidad que dejaría sin efecto la maternidad determinada extrajudicialmente⁵³¹. Mientras la LTRHA no suprima la regla del anonimato, no será posible recurrir a la aplicación

previo para poder solicitar la determinación de la paternidad que se reclama, de manera que los requisitos procesales de la acción de impugnación no se aplican cuando se ejercita una doble acción. En consecuencia, y con cita, entre otras, a las SSTs, 1ª, de 3.6.1988 (RJ 1988\4736), 20.12.1991 (RJ 1991\9473), 28.11.1992 (RJ 1992\9449), 16.12.1994 (RJ 1994\9424), 17.3.1995 (RJ 1995\1961), 14.4.1998 (RJ 1998\2322) y 19.5.1998 (RJ 1998\3797), afirma que en estos casos únicamente resultan de aplicación los requisitos de legitimación y caducidad que afectan a la acción de reclamación: Fernando GASCÓN INCHAUSTI, “Cuestiones procesales en el ejercicio de las acciones de filiación”, *Tribunales de Justicia*, núm. 12, 2000, pp. 1321-1332, p. 1324.

⁵²⁹ Ambos preceptos en la redacción dada por la Ley Foral 9/2018.

⁵³⁰ Si bien para que pueda constituirse válidamente, se requiere el asentimiento de la madre gestante (art. 175.4 CC y Ley 59.2 FN [ref. 2019]). Además, en caso de que el donante sea conocido, es preciso que este no ejercite una acción de reclamación previa finalización del procedimiento, lo que podría provocar su suspensión. En este supuesto, de estimarse la acción de reclamación y reanudarse el procedimiento de adopción, sería preciso asimismo el asentimiento del donante, dado que en este momento ya ostentaría la condición de progenitor legal, de manera que si no lo otorgarse, la adopción a favor de la comadre no podría constituirse válidamente. Sobre esta cuestión, aunque con referencia a parejas de mujeres no casadas, *vid.* el apdo. II.3.1.1b) del presente capítulo.

⁵³¹ Tampoco resultará impugnabile si se ha determinado por sentencia firme (art. 764.2 LEC y Ley 55, par. 3º, FN [ref. 2019]), aunque no considero que se trate de una posibilidad factible. Sobre esta cuestión, *vid.* apdo. II.3.1.2 del presente capítulo.

analógica del art. 8.3 LTRHA para evitar que el donante de gametos reclame su paternidad. Por más deseable que este cambio legislativo pueda resultar, considero que tanto el Juzgado como la Audiencia optan por la solución correcta, si bien los argumentos que utilizan no resultan, a mi parecer, los más acertados. Precisamente el interés superior del menor no se atiende adecuadamente, pues se deja sin efecto el vínculo filial que el hijo mantenía con una de sus progenitoras legales, que dicho sea de paso ha formado parte del proyecto parental y ha ejercido como tal desde su nacimiento.

- b) Acción de impugnación de la maternidad y, en su caso, acción de reclamación de la paternidad al donante ejercitada por la madre gestante o por su cónyuge

Pese a que inicialmente pueda pensarse que solo el donante conocido tendrá incentivos para impugnar la filiación de la comadre, no debe olvidarse que un conflicto entre ambas mujeres, como la ruptura del vínculo matrimonial, también puede desembocar igualmente en la impugnación de su filiación. De hecho, este es un escenario posible con independencia del tipo de donante del que la pareja haya hecho uso en la autoinseminación. Es cierto que la SAP Valencia, sec. 10ª, de 27.11.2017 (JUR 2018\56440) admite la posibilidad de que se impugne la filiación de la cónyuge de la madre únicamente con respecto al padre biológico. Sin embargo, la RDGRN de 8.2.2017 (JUR 2018\283287), al confirmar que puede determinarse la filiación de la comadre con independencia de que se haya o no recurrido previamente a TRA, se limita a señalar que ello es así «sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las

técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA pues la filiación establecida en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el artículo 8 de la citada ley» (FD 4º). En mi opinión, el hecho de que la DGRN se refiera a las acciones de filiación en plural permite interpretar que no alude únicamente a aquella que pueda instar el donante de gametos, sino también a la que podría plantear la comadre, la madre gestante o incluso el hijo⁵³².

En este contexto, mientras la segunda maternidad no se haya determinado por sentencia firme (art. 764.2 LEC y Ley 55, par. 3º, FN [ref. 2019]), cabrá el ejercicio de una acción de impugnación. Si es la propia comadre la que pretende impugnar su filiación, entiendo que resultará aplicable el art. 136.1 CC, según el cual podrá ejercitar la acción de impugnación en el plazo de un año contado desde la inscripción en el Registro Civil. En Navarra, la acción a ejercitar será la

⁵³² MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “El art. 44.5 de la Ley del Registro Civil...”, *cit.*, pp. 9-10 se muestra contrario a permitir que la comadre impugne, aunque es consciente que la DGRN ha dejado sin resolver esta cuestión. Respecto a la legitimación impugnatoria de la madre gestante, considera que tampoco debería reconocerse, salvo que no haya asentido a la asunción de la comaternidad, en cuyo caso podría siempre que la impugnación no entrañe abuso de derecho ni ejercicio de mala fe. Por su parte, QUICIOS MOLINA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 207, rechaza que ambas puedan posteriormente impugnar la filiación de la comadre con fundamento en que la gestación no se deriva del recurso a TRA. Pese a admitir que el art. 8.1 LTRHA no resulta aplicable, considera que el consentimiento prestado es irrevocable y que solo cabe impugnarlo por vicios del consentimiento, y lo justifica en el hecho de que «un reconocimiento de filiación, como declaración de voluntad que es, resulta irrevocable por su autor (art. 741 CC), igual que es irrevocable una adopción (art. 180.1 CC) y analógicamente es aplicable el mismo principio cuando se consiente la determinación de la segunda maternidad inverosímil biológicamente, siendo irrelevante el dato de la existencia o no de fecundación asistida». Advierte, además, que no puede trasladarse aquí la jurisprudencia sobre impugnación de reconocimientos de complacencia dado que la ley ha creado un título de determinación legal basado no en la biología, sino en la voluntad exclusiva de ser madre.

prevista en la Ley 56.b), par. 1º, FN [ref. 2019], cuyo plazo también es de un año desde la inscripción de la filiación. Para el caso de que se haya hecho uso del esperma de un donante conocido adviértase que la comadre no podrá reclamar a su vez la paternidad, al no estar legitimada para ello (art. 133 CC y Ley 57 FN [ref. 2019]).

Por el contrario, si es la madre gestante quien impugna la filiación de su esposa, podrá ejercer: 1) la acción de impugnación en representación del hijo de forma autónoma (art. 137, par. 2º, CC y Ley 56.b), par. 4º, FN [ref. 2019])⁵³³; o 2) esta última conjuntamente con la acción de reclamación –declaración- de la filiación no matrimonial, también como representante legal, únicamente en el supuesto de que se haya hecho uso de un donante conocido (art. 133.1 CC en relación con el art. 134 CC, y Ley 57.b).1 FN [ref. 2019] en relación con la Ley 55, par. 2ª, FN [ref. 2019], y todos ellos en relación con el art. 765.1 LEC). En este último caso la acción de impugnación será accesorio, por lo que regirán los requisitos de caducidad y legitimación de la acción de reclamación, que corresponde al hijo durante toda su vida (art. 133.1 CC y Ley 57.b).1 FN [ref. 2019]).

Con independencia de que la madre ejercitase una o ambas acciones como representante legal, creo que existirá un claro caso de conflicto de intereses, supuesto en el que procedería, bien el nombramiento de un defensor judicial (art. 163 CC y Ley 75, par. 10º, FN [ref. 2019]),

⁵³³ En Navarra, tras la aprobación de la Ley Foral 21/2019, la madre también podría ejercitar esta acción en nombre e interés propio [Ley 56.b), par. 4º, FN]. Sobre esta posibilidad, *vid.* notas 194 y 448.

bien la privación de legitimación activa para su ejercicio en calidad de representante legal⁵³⁴.

En el supuesto de que se haya recurrido al esperma de un donante conocido, las probabilidades de que se estime la acción son, a mi juicio, más elevadas, ya que cabe sustituir la figura de la comadre por la del padre biológico. Con todo, si es la comadre quien ejercita la acción, el resultado podría ser distinto dado que carece de legitimación para reclamar a su vez la paternidad del donante. En este supuesto, los tribunales podrían mostrarse más reacios a dejar sin efecto la filiación de la comadre, dado que ello supondría dejar al hijo, al menos por el momento, con un solo progenitor legalmente determinado. Lo mismo puede afirmarse si es la madre quien ejercita autónomamente la acción de impugnación en calidad de representante legal –y en Navarra, también en interés propio-. Sin embargo, en el caso de reclamar también la paternidad del donante, creo que existen dos escenarios posibles: 1) que se aprecie la falta de legitimación activa de la madre gestante para ejercitar ambas acciones en nombre del hijo menor o con la capacidad modificada judicialmente, en términos similares a lo ocurrido STS, 1ª (Pleno), de 30.6.2016 (RJ 2016\2859), manteniéndose abierta esta vía para el hijo, que podría accionar una vez alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad; o 2) que se estimen ambas acciones por considerar que la correspondencia entre la verdad material y la jurídico-formal satisface efectivamente el interés del hijo. Por el contrario, si se ha recurrido a un donante anónimo es menos probable

⁵³⁴ *Vid.* apdo. II.2.1 del presente capítulo.

que se estime la impugnación ejercitada de forma autónoma, pues no existe progenitor biológico que pueda sustituir legalmente a la comadre.

En cualquier caso, el recurso a la aplicación analógica de las especificaciones de la LTRHA no permitiría impedir que ambas madres legales impugnen, una en nombre propio y la otra como representante legal, dado que, por un lado, no existe norma expresa que impida a la comadre impugnar la maternidad derivada del recurso a TRA consentida y, por otro, tampoco existe una previsión que extienda esta previsión al hijo⁵³⁵. Hay que tener en cuenta que, pese a que en sede de TRA tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia realizan una interpretación extensiva del art. 8.1 LTRHA a parejas de mujeres casadas, la analogía a casos de autoinseminación no es posible mientras no exista una norma escrita de carácter expreso. Con todo, aunque pueda parecer menos probable, la aplicación estricta de las reglas de la filiación por naturaleza conllevaría la estimación de la impugnación pese a que el donante utilizado haya sido anónimo. Por último, tampoco sirven las especificaciones de la LTRHA para impedir que la madre gestante reclame la paternidad del donante en interés de su hijo menor o con la capacidad modificada judicialmente, dado que el uso de un donante conocido contraviene el principio del anonimato impuesto por el art. 5.5 LTRHA.

⁵³⁵ Lo que sí que permitiría impedir, empero, es la impugnación ejercitada por la madre gestante en nombre e interés propio que prevé la Ley 56.b), par. 4º, FN [ref. 2019], por aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA.

- c) Acción de impugnación de la maternidad y, en su caso, acción de reclamación de la paternidad al donante ejercitada por el hijo

Llegado este punto, si considero que tanto el donante como la madre y su cónyuge tienen legitimación impugnatoria, con más razón debo admitir también la legitimación del hijo tanto para impugnar la maternidad de la comadre⁵³⁶ como para reclamar la paternidad al donante al amparo del art. 133 CC en relación con el art. 134 CC, o de la Ley 57.b).1) en relación con la Ley 55, par. 2º, FN [ref. 2019]⁵³⁷. La primera acción podrá ejercitarla de forma autónoma al amparo del art. 137.1 CC durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, aunque si es menor de edad el plazo empieza a correr una vez alcanza la mayoría de edad. En Navarra, podrá hacerlo en virtud de la Ley 56.b), par. 3º, FN [ref. 2019] durante el año siguiente a haber alcanzado o recuperado la capacidad suficiente o a la inscripción de su nacimiento, si fuera posterior. Para el ejercicio de la segunda, debe necesariamente acumularse la acción de impugnación de la filiación contradictoria. En caso de ejercicio de una acción mixta, la de impugnación es accesoria a la reclamación, de manera que son los plazos de esta última los que rigen su ejercicio. De acuerdo con el Código Civil, la inexistencia de posesión de estado legitima al hijo para ejercitar la acción de reclamación durante toda su vida (art. 133.1 CC) y, en consecuencia, también la de impugnación (art. 134 CC). En Navarra, la posesión de

⁵³⁶ Siempre y cuando la filiación no se haya determinado por sentencia firme (art. 764.2 LEC y Ley 55, par. 3º, FN [ref. 2019]).

⁵³⁷ En un sentido similar, *vid.* ANDREU MARTÍNEZ, cit., pp. 28-29, según la cual «si introducimos la verdad biológica el sistema pierde sentido y urge una regulación legal coherente».

estado es irrelevante, aunque el hijo también está legitimado *sine die* (Ley 57.b).1 FN [ref. 2019]).

Como decía en el apartado anterior, el recurso a la analogía no sirve para impedir que el hijo impugne la filiación de la comadre, dado que no existe regla expresa en la LTRHA que así lo establezca. Además, mientras el donante utilizado sea conocido, cabrá reclamar su paternidad (art. 8.3 LTRHA *a contrario sensu*). En mi opinión, no cabe duda de que tanto si el hijo impugna de forma autónoma como si lo hace ejercitando la acción mixta, la pretensión resultará estimada dado que, en palabras del TS, la búsqueda de la verdad biológica y el interés del hijo coinciden cuando es este quien reclama la filiación⁵³⁸.

3.2. Cataluña

3.2.1. Determinación de la filiación

a) Determinación extrajudicial

En Cataluña, a diferencia de lo que ocurre en los territorios sujetos al CC y en Navarra, cabe la determinación de la filiación derivada del recurso a reproducción asistida a favor no solo de la cónyuge de la madre sino también de su pareja (arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat)⁵³⁹. Según el art. 235-3 CCCat, el título que permite determinar la filiación es el consentimiento a la reproducción asistida de la mujer prestado en el centro o servicio autorizado o en un documento público. Por lo tanto, el encargado del Registro Civil, al inscribir la filiación de la esposa o pareja de la madre, debe comprobar la existencia de dicho

⁵³⁸ *Vid. supra* nota 465.

⁵³⁹ *Vid.* apdos III.3.2.2 y III.3.3 del capítulo segundo.

consentimiento para poder practicar la inscripción. Nótese que la existencia de regulación propia en la materia excluye la aplicación del art. 7.3 LTRHA en Cataluña⁵⁴⁰, de manera que la declaración de voluntad que debe manifestar la cónyuge a la que alude dicho precepto es irrelevante en esta comunidad⁵⁴¹.

Tradicionalmente el documento público era el único medio para determinar la filiación derivada de reproducción asistida en Cataluña. Sin embargo, con la reforma en 2008 de los arts. 92 y 97 CF (cuyo contenido recogen ahora los arts. 235-8 y 235-13 CCCat)⁵⁴², se añade el consentimiento extendido ante el centro o servicio autorizado como documento válido para determinar la filiación, lo que probablemente haya provocado que en la práctica el documento público haya caído en desuso como medio acreditativo de la filiación. Dado que en caso de autoinseminación la pareja no dispondrá del consentimiento extendido ante el centro o servicio autorizado, precisamente por haberla practicado en la intimidad, *a priori* no cabrá inscribir la doble filiación materna. Una afirmación que, a mi juicio, resulta consistente con el hecho de que el legislador catalán, al prever la posibilidad de que se determinase la filiación de la esposa o mujer no casada con la madre (arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat), estuviera pensando exclusivamente en nacimientos producidos a consecuencia de una técnica realizada en un centro o servicio de reproducción asistida⁵⁴³.

⁵⁴⁰ *Vid. supra* nota 195.

⁵⁴¹ Este último extremo ha sido confirmado por la STSJ Cataluña, Civil y Penal, de 20.7.2017 (RJ 2017\6252). Sobre esta cuestión, *vid* nota 334.

⁵⁴² Operada por la DF 3ª de la Ley 10/2008.

⁵⁴³ En sentido idéntico, *vid.* QUICIOS MOLINA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, p. 207.

Cabe señalar, sin embargo, que con la inserción de un apartado quinto al art. 44 LRC por la Ley 19/2015, y la posterior RDGRN de 8.2.2017 (JUR 2018\283287), actualmente cabe inscribir la filiación matrimonial de la comadre sin necesidad de acreditar el recurso a TRA. En consecuencia, si la pareja de mujeres que ha concebido por autoinseminación está casada, es factible que pueda inscribir su filiación en virtud del art. 44.5 LRC. Esta vía deja fuera obviamente a las parejas no unidas por vínculo matrimonial, dado que el citado precepto exige el matrimonio para que proceda la inscripción.

En mi opinión, de inscribirse la doble maternidad derivada del recurso a autoinseminación, se estaría vulnerando el Código Civil catalán al prescindir del título de que permite la determinación de la filiación de la esposa de la madre en Cataluña, a saber, el consentimiento extendido a la fecundación asistida de la mujer (art. 235-3 CCCat). En definitiva, entiendo que una aplicación correcta de la normativa catalana en materia de filiación derivada de TRA impide la determinación extrajudicial de la filiación de la comadre, salvo que se prescinda del título que permite la determinación de la filiación, inscribiéndose la filiación de la cónyuge de la madre al amparo del art. 44.5 LRC.

En cuanto a la aplicación analógica de las disposiciones en materia de filiación derivada de TRA que prevé el CCCat, ya decía al inicio del capítulo que circunscribo esta posibilidad al supuesto en el que la autoinseminación se haya llevado a cabo con esperma de donante, pues de lo contrario se contravendría una regla de carácter imperativo como es el anonimato del donante (art. 5.5 LTRHA). En caso de concurrir

este supuesto, lo cierto es que podrían aplicarse analógicamente los arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat con el objetivo de determinar extrajudicialmente la filiación de la cónyuge o mujer no casada con la madre. No obstante, para ello sería preciso constatar la existencia de su consentimiento a la autoinseminación, ya sea porque se ha dejado constancia del mismo o porque puede inferirse por otros medios, y que este se asimilara al consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, extendido ante el centro o servicio autorizado o en documento público⁵⁴⁴.

b) Determinación judicial

Y suponiendo que se produce la negativa del Registro Civil a inscribir la filiación derivada del recurso autoinseminación, ¿podría la esposa o pareja de la madre ejercitar una acción de reclamación? Pues bien, esta posibilidad ha sido expresamente reconocida en casos de reproducción asistida por el TSJ de Cataluña (STSJ Cataluña, Civil y Penal, de 20.7.2017 [JUR 2017\260960]), así como por el Tribunal Supremo (SSTS, 1ª, de 5.12.2013 [R] 2013\7566] y de 15.1.2014 [R] 2014\1265)⁵⁴⁵, por lo que la cuestión a dilucidar es si esta posibilidad puede extenderse también a supuestos de autoinseminación.

En los territorios sujetos al CC y en Navarra, he defendido que la doctrina del TS no me parecía extrapolable a casos de autoinseminación. Además, he considerado que no existiendo una norma reconocedora de la facultad de reclamar de la comadre que

⁵⁴⁴ *Vid. supra* nota 436.

⁵⁴⁵ En cuanto a estas tres resoluciones, *vid. supra* notas 333, 323 y 324 respectivamente.

pueda resultar aplicable por analogía, no cabe la posibilidad de determinar judicialmente su filiación. En Cataluña, creo que el resultado no varía salvo que nuevamente se asimile el consentimiento a la autoinseminación al consentimiento a la fecundación asistida de la mujer⁵⁴⁶, en cuyo caso cabría aplicar analógicamente los arts. 235-8.1 y 235-13 CCCat para reclamar el establecimiento judicial de la segunda maternidad⁵⁴⁷.

3.2.2. Impugnación de la filiación contradictoria y, en su caso, reclamación de la paternidad al donante

Como he indicado con anterioridad, a mi juicio, en Cataluña la única alternativa posible para determinar extrajudicialmente la filiación de la comadre es la prevista en el art. 44.5 LRC, en la interpretación dada por la DGRN 8.2.2017 (JUR 2018\283287). Se trata de un precepto que permite exclusivamente la inscripción de la maternidad de la esposa de la madre –y no la de su pareja-, y que no exige probar el recurso previo a TRA. El problema que plantea es que la filiación así determinada no adquiere la condición de inimpugnable, al contrario que cuando se ha determinado con arreglo al art. 7.3 LTRHA. De esta forma, aunque la filiación de la cónyuge de la madre pueda determinarse inicialmente,

⁵⁴⁶ Adviértase que en sede de TRA el requisito del consentimiento se ha suavizado por la jurisprudencia catalana en el sentido de aunque no se haya recogido en el documento extendido ante el centro o servicio autorizado o en documento público y no haya sido previo, puede apreciarse su existencia siempre y cuando conste por otros medios. Me remito aquí a la jurisprudencia citada en el apdo. III.3.2.2 del capítulo segundo.

⁵⁴⁷ Me refiero a estos artículos, situados en el CCCat en sede de determinación de la filiación, y no a los que regulan la acción de reclamación de la filiación matrimonial (art. 235-20.1 CCCat) y extramatrimonial (art. 235-21-2 CCCat), porque precisamente la STSJ Cataluña, Civil y Penal, de 20.7.2017 [JUR 2017\260960] permitió a la comadre el ejercicio de la acción en base al art. 235-13-1 CCCat (determinación de la filiación no matrimonial de la mujer no casada con la madre), y no al art. 235-21.2 CCCat. Al respecto, *vid.* apdo. III.3.2.3 del segundo capítulo.

cabe su posterior impugnación salvo que se haya determinado por sentencia firme (arts. 235-19.2 CCCat y 764.2 LEC).

En el supuesto de que la filiación se hubiese determinado por aplicación analógica de los arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat, de plantearse su impugnación, cabría recurrir al art. 235-28.2 CCCat para impedir su estimación con independencia del sujeto que la hubiese ejercitado –donante, comadre, madre gestante o hijo-. De acuerdo con este último precepto, la impugnación no puede prosperar cuando la persona cuya filiación se impugna ha consentido a la fecundación en los términos exigidos legalmente (arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat).

a) Acción de impugnación de la maternidad ejercitada por la comadre

Hasta ahora el único caso que se ha planteado ante nuestros tribunales de impugnación de la filiación derivada de autoinseminación, determinada extrajudicialmente por la vía del art. 44.5 LRC, fue iniciado a instancia del donante de gametos y no de la comadre⁵⁴⁸. No obstante, entiendo que esta posibilidad también está al alcance de la comadre, la madre gestante y el hijo⁵⁴⁹.

En este contexto, de determinarse extrajudicialmente la maternidad con arreglo al art. 44.5 LRC, considero que la comadre también podrá impugnar la filiación con éxito. La acción a ejercitar sería la prevista en el art. 235-23.1 CCCat, cuyo plazo es de 2 años a partir de la fecha en

⁵⁴⁸ Me refiero a la SJPI núm. 4 de Mislata (Valencia), de 9.3.2017 (JUR 2018\236348), confirmada por la SAP Valencia, sec. 10ª, de 27.11.2017 (JUR 2018\56440).

⁵⁴⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* apdo. II.3.1.3.b) del presente capítulo.

que conozca el nacimiento del hijo. Teniendo en cuenta que se trata de un caso de autoinseminación, el *dies a quo* del plazo debería establecerse en el momento de la inscripción de la filiación.

- b) Acción de impugnación de la maternidad y, en su caso, acción de reclamación de la paternidad al donante ejercitada por la madre gestante

Por el mismo razonamiento expuesto en el apartado precedente, la madre gestante podría impugnar con éxito la filiación matrimonial de su cónyuge determinada extrajudicialmente por la vía del art. 44.5 LRC, tanto en nombre propio como en interés y representación del hijo si es menor de edad, en el plazo de dos años a partir de la fecha del nacimiento del hijo (art. 235-24 CCCat).

En el caso de que el donante fuera conocido y la madre pretendiera el establecimiento de su paternidad, podría ejercer la acción de reclamación de la filiación no matrimonial como representante legal sin sujeción a plazo alguno (art. 235-21.1 CCCat). En tal supuesto sería necesario impugnar la filiación contradictoria, determinada a favor de la comadre, al amparo del art. 235-22 CCCat, de manera que esta resultaría accesoria a la de reclamación y solo podría estimarse si se estimase también la segunda, salvo que la madre gestante esté legitimada para ejercer la de impugnación y esta acción no haya caducado. Un escenario que solo sería posible si la madre reclamara la paternidad del donante dentro de los dos años siguientes al nacimiento del hijo (art. 235-24 CCCat), pues en otro caso su derecho se habría extinguido.

En ambos casos, no obstante, estimo que existirían intereses contrapuestos entre la madre y el hijo, por lo que procedería el nombramiento de un defensor judicial (art. 235-16.3 CCCat) que se encargue de decidir en interés del hijo si ejercita la/s correspondiente/s acción/es, o incluso la privación de la legitimación de la madre para actuar como representante legal.

c) *Acción mixta ejercitada por el donante*

Tras la SAP Valencia, sec. 10ª, de 27.11.2017 (JUR 2018\56440), es evidente que el donante podría reclamar su paternidad durante toda su vida (art. 235-21.2 CCCat), ejerciendo a su vez la acción de impugnación de la maternidad matrimonial (art. 235-22 CCCat).

Para que proceda el ejercicio de la acción, el donante debería probar que no ha podido reconocer al hijo o que el reconocimiento no ha sido eficaz por falta de consentimiento del hijo o de aprobación judicial (art. 235-21.2 CCCat). Si el donante no tuvo constancia del nacimiento por no haber sido informado de ello, podría alegar que no pudo reconocer al hijo en el plazo de 10 días establecido para practicar la inscripción del nacimiento (art. 47.1 LRC) y que fuera de dicho plazo, tampoco pudo efectuar un reconocimiento de la paternidad ante en el encargado del Registro Civil (art. 44.7 LRC), dado que ya constaba un segundo progenitor en el certificado de nacimiento (art. 235-19.1 CCCat). En cambio, si el donante tuvo constancia del nacimiento, así como de la inscripción de ambas madres como progenitoras legales del hijo, podría alegar arrepentimiento posterior e imposibilidad de realizar un reconocimiento por existencia de un segundo progenitor inscrito (art. 235-19.1 CCCat).

- d) Acción de impugnación de la maternidad y, en su caso, acción de reclamación de la paternidad al donante ejercitada por el hijo

Por los mismos motivos que los expuestos anteriormente en relación con la comadre y la madre gestante, el hijo podría tanto impugnar la filiación materna matrimonial como reclamar la paternidad al donante con éxito. La primera acción podría ser ejercitada con fundamento en el art. 235-25 CCCat, mientras que la segunda debería ejercitarse con base en el art. 235-21.1 CCCat. Si el hijo ejercitase una doble acción estaría legitimado durante toda su vida. En cambio, si ejercitase la acción de impugnación de forma autónoma, debería hacerlo en los dos años siguientes al cumplimiento de la mayoría de edad, a la recuperación de la plena capacidad o al descubrimiento de las pruebas en que fundamente su impugnación (art. 235-25 CCCat).

3.3. Recorrido de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación

Tanto en los territorios sujetos al CC como en Cataluña y Navarra, la aplicación estricta de las reglas de filiación por naturaleza conllevaría la estimación de la acción de impugnación de la filiación de la comadre, con independencia del sujeto que la hubiese ejercitado, sobre todo si se ha recurrido al espermatozoides de un donante conocido y cabe una ulterior reclamación de paternidad.

En los territorios sujetos al CC y en Navarra, el recurso a la analogía resultaría inútil para evitar que la filiación de la comadre se impugne, dado que la LTRHA no le otorga expresamente a esta filiación la condición de inimpugnable. La única excepción a esta afirmación se

podría producir en Navarra si la madre decide impugnar en nombre e interés propio al amparo de la Ley 56.b) *in fine* FN [ref. 2019]. En tal caso, cabría aplicar analógicamente el art. 8.1 LTRHA para negarle legitimación activa a la madre.

En Cataluña, en cambio, la analogía sí podría servir para evitar que prospere la impugnación de la segunda maternidad, con independencia del sujeto que ejercite la acción, por aplicación del art. 235-28.2 CCCat. Este precepto impide en términos generales impugnar la filiación de quien ha consentido a la fecundación en los términos establecidos legalmente (arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat), lo que permite aplicarlo incluso cuando impugne el propio hijo.

En mi opinión, sin embargo, la acción de impugnación no debería prosperar en ninguno de los casos examinados. Permitir la impugnación tanto a la esposa o pareja como a la madre sería contrario al principio de buena fe y a la doctrina de los actos propios, y supondría un abuso de derecho, dado que ambas han recurrido a autoinseminación como manifestación de un proyecto parental conjunto. Además, la declaración de voluntad efectuada por la comadre debería considerarse irrevocable, permitiéndose únicamente su impugnación ante vicios de la voluntad.

Lo mismo puedo afirmar en cuanto al donante conocido, si el rol que acordó desempeñar con las partes del proyecto parental se limitaba al de mero aportante de gametos. En estos casos la filiación de la esposa o pareja se determina únicamente por la voluntad de ser tenida como progenitora legal, y tanto la madre como el donante asienten (la primera

expresamente y el segundo tácitamente) que la filiación se determine. Por esta razón, permitir luego su impugnación es dejar la determinación de la filiación al albur de la exclusiva voluntad de los sujetos involucrados en la autoinseminación, sin considerar siquiera cuál es el interés superior del menor.

Mientras que el TS ha negado expresamente que la doctrina de los actos propios pueda invocarse en procesos relativos a la filiación⁵⁵⁰, el TSJ de Cataluña la ha aceptado expresamente, junto con el principio de buena fe, en procesos de filiación derivada del recurso a reproducción asistida⁵⁵¹. Desde mi punto de vista, si la autonomía de la voluntad no cabe en este ámbito, permitir a cualquiera de ellos impugnar con posterioridad, es precisamente afirmar que la voluntad de estos debe primar sobre una cuestión de orden público indisponible como es el estado civil (art. 1814 CC)⁵⁵².

En cuanto al hijo, pese a que no existen reglas que le impidan expresamente impugnar la filiación de la comadre, creo que la acción tampoco debería prosperar en términos equivalentes a lo que he defendido en sede de TRA.

A su vez, creo que tampoco debería estimarse la acción de reclamación/declaración ejercitada con el objeto de que se determine

⁵⁵⁰ *Vid.* nota 432.

⁵⁵¹ *Vid.* nota 437.

⁵⁵² BARBER CÁRCAMO, “La incidencia de la voluntad...”, *cit.*, p. 13, se muestra crítica con el hecho de que el TS se haya posicionado en contra de aplicar los límites de la buena fe o el abuso de derecho a las acciones de filiación, afirmando que aplicarlos «significa precisamente ser coherente con la exclusión de la voluntad en esta materia».

judicialmente la paternidad del donante conocido, siempre y cuando el rol que la mujer o pareja haya acordado con él sea el de limitarse a actuar como un mero donante de esperma. Nuevamente si se permite que un hombre realice una donación de material genético aceptando como efecto *ope legis* que no ostentará relación filial alguna con el hijo concebido mediante su material genético, siempre y cuando la misma se lleve a cabo en un centro o servicio autorizado, no veo porqué debe reprocharse la conducta del hombre que hace exactamente lo mismo al margen de un establecimiento sanitario. Cuando la autoinseminación deriva de un proyecto parental conjunto, creo que lo más adecuado es preservar la paz familiar y otorgar seguridad y estabilidad al estado civil, siempre y cuando se garantice el derecho del hijo de solicitar los datos identificativos del donante. A mi juicio, esta es la vía que sin duda mejor preserva el interés del hijo nacido.

4. La filiación del donante en caso de maternidad en solitario

Si la mujer recurre a autoinseminación en solitario, solo quedará determinada legalmente la maternidad, de modo que existe riesgo de una futura determinación de la paternidad cuando el donante al que se haya recurrido sea conocido⁵⁵³. En este supuesto, el donante puede tratar de reconocer al hijo e incluso reclamar su paternidad, si bien esta acción también puede ser ejercitada tanto por la madre como representante legal, como por el hijo.

⁵⁵³ Si el donante es anónimo o identificable, en cambio, el riesgo es muy remoto, por lo que dejo fuera del presente análisis estos escenarios. Sobre esta cuestión, *vid. supra* nota 363.

4.1. Código Civil español

Dado que no existe una filiación contradictoria, previamente a reclamar judicialmente su paternidad, el donante identificable puede intentar determinar su filiación en vía extrajudicial. Dando por hecho que el donante no determinará su paternidad en el plazo previsto para la inscripción del nacimiento *ex art. 120.1º CC*, la única vía posible será la del reconocimiento (*art. 120.2º CC*)⁵⁵⁴. Si el hijo es menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, para su eficacia se requeriría el consentimiento expreso de su representante legal, o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente reconocido (*art. 124 CC*)⁵⁵⁵. Si por el contrario es mayor de edad, se requerirá su consentimiento expreso o tácito (*art. 123 CC*). Si el representante legal denegase su consentimiento, el donante no se vería obligado a acudir automáticamente a la vía judicial, sino que todavía podría determinarse su filiación en vía extrajudicial si obtiene la aprobación judicial⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ BARBER CÁRCAMO, *cit.*, en MAYOR DEL HOYO (Dir.), *cit.*, p. 480 desaconseja que el progenitor intente previamente el reconocimiento, dada la brevedad del plazo de la acción de reclamación y su carácter de caducidad.

⁵⁵⁵ Este procedimiento se tramitará de acuerdo con los arts. 23 a 26 LJV, y el juez resolverá sobre el reconocimiento «atendiendo a la veracidad o autenticidad de su acto, la verosimilitud de la relación de procreación, sin necesidad de una prueba plena de la misma, y el interés del reconocido cuando sea menor o persona con capacidad modificada judicialmente» (*art. 26.1 LJV*). Se muestran muy críticos con esta última norma Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS y Rafael VERDERA SERVER, “Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 15-68, pp. 59-65.

⁵⁵⁶ Rafael VERDERA SERVER, “Comentario al artículo 24”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo I (arts. 1 a 151), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1309-1322, pp. 1310-1311.

En cualquier otro caso, el donante puede reclamar su paternidad en el plazo de un año contado desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en los que haya de basar su reclamación (art. 133.2 CC). A mi juicio, la fijación del *dies a quo* debería establecerse a partir del momento del nacimiento, ya que una vez dona su material genético, el donante tiene que saber que puede tener descendencia. Los herederos del donante no podrían iniciar esta acción, sino solo continuarla en caso de que este hubiese fallecido una vez iniciada la acción (art. 133.2, par. 2º, CC).

A su vez, la madre, como representante legal, podría reclamar la paternidad no matrimonial al donante sin sujeción a plazo en virtud del art. 133.1 CC en relación con el art. 765.1 LEC.

Por último, el hijo puede reclamar judicialmente la paternidad al donante durante toda su vida (art. 133.1 CC). Sus herederos podrían ejercer la acción si el hijo falleciese antes de transcurrir 4 años desde que alcanzase la mayoría de edad o recobrase la capacidad suficiente, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en las que se fundase su reclamación, durante el tiempo que reste para completar dichos plazos (art. 133.1, par. 2º, CC).

4.2. Código Civil catalán

En Cataluña, en términos equivalentes a lo expuesto con respecto a los territorios sujetos al CC, el donante identificable puede intentar reconocer al hijo, dada la inexistencia de una filiación contradictoria, previamente a acudir a la vía judicial. Siendo el hijo menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada y realizando el donante el

reconocimiento fuera del plazo fijado para la inscripción del nacimiento, será precisa la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, del representante legal y, si es conocido, del otro progenitor (art. 235-12.3 CCCat). Si el hijo es mayor de edad o menor emancipado, el reconocimiento requerirá su consentimiento expreso o tácito (art. 235-12.1 CCCat). La denegación de la aprobación judicial o del consentimiento del hijo no impediría la reclamación de la filiación, si bien la sentencia que la admitiese debería determinar la filiación sin ningún otro efecto salvo que se probase la razón que justifique el retraso en el reconocimiento (art. 235-12.2 y 3 *in fine* CCCat)⁵⁵⁷.

Si el donante acude directamente a la vía judicial, la acción a ejercitar será la prevista en el art. 235-21.2 CCCat, que no está sujeta a plazo. Para poder reclamar, no obstante, este precepto exige que no se haya podido reconocer al hijo o que el reconocimiento no haya sido eficaz por falta de consentimiento del hijo o de aprobación judicial (art. 235-21.2 CCCat). No obstante, la STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 30.6.2016 (JUR 2016\174488)⁵⁵⁸, ha precisado que el sentido de este

⁵⁵⁷ Señala FERRER RIBA, *cít.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cít.*, p. 308 que el concepto de retraso injustificado en el intento frustrado de reconocimiento puede incluir supuestos de pasividad y negligencia sin connotaciones dolosas.

⁵⁵⁸ La sentencia resuelve un caso en el que el demandante ejercitó una acción de reclamación de la paternidad no matrimonial al amparo del art. 235-21.2 CCCat, alegando haber mantenido una relación afectiva con la demandada fruto de la cual había nacido la menor –codemandada-. La madre se opuso a las pretensiones ejercitadas alegando, entre otras cuestiones, la falta de legitimación activa del demandante por considerar que este había accionado sin haber intentado previamente determinar su paternidad en vía extrajudicial en los términos que establece el art. 235-21.2 CCCat. En primera instancia se estimó la demanda, dado que la prueba biológica practicada constató con casi total seguridad que el demandante era el padre de la menor. Tras recurrir sin éxito esta decisión, la madre interpuso recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, los cuales fueron asimismo desestimados. El TSJ reprochó la conducta de la madre y la tildó de contraria a la

precepto no es establecer una *conditio iuris* para poder acudir a la vía judicial con el objeto de que se determine la paternidad⁵⁵⁹. En consecuencia, el donante podrá acudir directamente a la vía judicial alegando que no pudo reconocer al hijo en el plazo habilitado para efectuar la inscripción de nacimiento –de 10 días conforme al art. 47.1 LRC- por desconocer este hecho y que, de conocerlo, no pudo reconocerlo por no contar con la aprobación judicial o con el consentimiento del hijo (art. 235-12.1 y 3 CCCat)

A su vez, la madre puede ejercitar la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial en interés del hijo, la cual no está sujeta a plazo (art. 235-21.1 CCCat).

buena fe, al art. 39.2 CE y a las normas de reconocimiento de paternidad que inspiran el Derecho civil de Cataluña. Estimó que el demandante no pudo realizar el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil en el plazo previsto para la inscripción del nacimiento, dado que las relaciones entre los litigantes eran de suma conflictividad, y que tampoco pudo solicitar la ampliación de dicho plazo al amparo del art. 166 del Reglamento del Registro Civil, al no poder acreditar la existencia de una justa causa. Igualmente consideró que la solicitud de aprobación judicial del reconocimiento a que se refiere el art. 235-21.2 CCCat tampoco hubiera agilizado el proceso, habida cuenta de la falta de certeza del demandante sobre su paternidad y de la consecuente necesidad de practicar una prueba biológica. Según el TSJ, menos aún cabía reconocer a la menor mediante expediente gubernativo, ya que no concurrían los requisitos exigidos legalmente y, en cualquier caso, el demandante no tenía ninguna garantía de que la madre fuera a otorgar su consentimiento para la eficacia del reconocimiento. En resumen, entendió que el demandante no pudo determinar su filiación de acuerdo con la normativa del Registro Civil, o con un procedimiento judicial que comportase mayor celeridad, por lo que caracterizó la acción ejercitada como absolutamente legítima.

⁵⁵⁹ María Eugenia ALEGRET BURGÚES, “Especialidades procesales del Derecho de familia en Catalunya: Doctrina del Tribunal Superior de Justicia”, en Joan PICÓ I JUNOY, Xavier ABEL LLUCH (Dirs.) y Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ (Coord.), *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, J.B. Bosch, Barcelona, 2018, pp. 467-498, p. 486.

Por último, el hijo también puede reclamar la filiación no matrimonial del donante durante toda su vida. En caso de que falleciese, los descendientes o herederos podrían ejercer o continuar la acción dentro del tiempo que quede para completar los plazos a los que se refiere el art. 235-20.2 y 3 CCCat (art. 235-21.1 CCCat).

4.3. Fuero Nuevo navarro

En Navarra, para poder reclamar judicialmente el establecimiento de su paternidad, el donante debe haber realizado previamente un reconocimiento y que la determinación de su filiación conforme al mismo no haya podido tener lugar por falta de consentimiento de la persona reconocida o, en su caso, de sus descendientes, o por estimación judicial de la oposición de sus respectivos representantes legales. De hecho, el plazo de ejercicio de la acción de declaración se suspendería en el momento en que se realizase el reconocimiento y su cómputo se reanudaría una vez constase la falta de consentimiento, o desde que la resolución que estimase la oposición formulada por el representante legal adquiriese firmeza (Ley 57.b).2, par 3º, FN [ref. 2019]⁵⁶⁰).

Si el hijo es menor de edad o su capacidad ha sido judicialmente modificada, el reconocimiento será inscribible sin perjuicio de la oposición que pueda formular su representante legal, la cual deberá fundarse en el superior interés de la persona reconocida. En efecto, el representante legal podrá oponerse a dicho reconocimiento en el plazo de 1 año desde que le hubiera sido notificado. Esta oposición se

⁵⁶⁰ *Vid. supra* nota 247.

sustanciaría por los trámites previstos en la LJV para el reconocimiento de la filiación no matrimonial, y se estimará cuando el reconocimiento sea contrario al interés de la persona reconocida o de sus descendientes (Ley 54.d) FN [ref. 2019])⁵⁶¹. En caso de ser mayor de edad o menor emancipado, se requeriría su consentimiento expreso o tácito (Ley 54.c), par. 3º, FN [ref. 2019]).

De estimarse la oposición del representante legal considerándose, por ende, que el reconocimiento no ha resultado eficaz, el donante dispondría de un año para ejercitar la acción de declaración de la filiación no matrimonial. El plazo de ejercicio de esta acción se inicia en el momento en que el donante hubiera tenido conocimiento de la posible paternidad o razonablemente hubiera podido tenerlo [Ley 57.b).2 FN (ref. 2019)]⁵⁶².

En la línea del Código Civil catalán, la redacción de la Ley 71 FN dada por la Ley Foral 9/2018, que con la aprobación posterior de Ley Foral 21/2019 ha pasado a ser la Ley 57, limita la posibilidad de que el progenitor reclame su paternidad solicitando el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos legalmente, cuya ausencia determinará la falta de legitimación activa para el ejercicio la acción. Ahora bien, en caso de que la acción se estime y la filiación paterna se determine, cabe la limitación de sus efectos en interés del hijo o de sus descendientes [Ley 57.b).2 *in fine* FN (ref. 2019)]. En efecto, el párrafo segundo de la Ley 52 FN [ref. 2019] señala que el juez podrá de forma motivada restringir

⁵⁶¹ *Vid. supra* nota 232 *in fine*.

⁵⁶² Sobre la fijación del *dies a quo* de la acción, *vid.* lo comentado en el apartado 2.6.3 del presente capítulo.

el alcance de los efectos de la filiación o incluso determinar que estos sean meramente declarativos⁵⁶³.

A su vez, la madre puede ejercitar la acción de declaración como representante legal para que se determine la paternidad del donante durante la minoría de edad o falta de capacidad del hijo [Ley 57.b).1 FN (ref. 2019)].

En último término, el hijo puede asimismo reclamar la filiación al donante sin sujeción a plazo (Ley 57.b).1 FN [ref. 2019]).

4.4. Recorrido de la acción de reclamación de la filiación

Cuando la mujer recurre a autoinseminación en solitario, solo existe riesgo de controversia en el ámbito de la filiación si ha recurrido al esperma de un donante conocido. En este supuesto, el donante puede tratar de reconocer al hijo o incluso reclamar su paternidad, al igual que puede hacerlo la madre como representante legal, o el hijo una vez alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad, y la aplicación estricta de las reglas en materia de filiación por naturaleza conllevará la estimación de la acción, una vez acreditada la vinculación genética con el hijo cuya filiación se reclama.

Desde mi punto de vista, sin embargo, la acción debería desestimarse dado que en sede de autoinseminación debe primar la voluntad por encima de la biología, excluyéndose la declaración de filiación del

⁵⁶³ Al respecto, *vid.* FERRER RIBA, *cit.*, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *cit.*, pp. 309-311.

hombre que se ha limitado a aportar sus gametos sin voluntad alguna de asumir la paternidad. La maternidad en solitario derivada de TRA está legalmente admitida en España desde la aprobación de la LTRA en 1988, de manera que me resulta complejo encontrar argumentos convincentes por los que no permitir esta posibilidad cuando la mujer decide concebir mediante autoinseminación. Por los mismos motivos expuestos anteriormente en relación con las parejas heterosexuales y de mujeres, me posiciono en contra de la declaración de paternidad del donante, siempre y cuando se garantice el derecho del hijo a conocer sus orígenes.

CAPÍTULO CUARTO

RETOS QUE PLANTEA LA AUTOINSEMINACIÓN CON CONTRIBUCIÓN DE DONANTE Y PROPUESTAS PARA REGULAR LA FILIACIÓN QUE PUEDA RESULTAR

I. Retos que plantea la autoinseminación con contribución de donante en el ámbito de la filiación

1. Inseguridad jurídica en las relaciones paternofiliales ante el riesgo de ejercicio de acciones de filiación

Como se ha puesto de manifiesto en el capítulo precedente, la filiación derivada de autoinseminación con contribución de donante plantea problemas muy relevantes en la práctica, lo que crea una situación de inseguridad jurídica que afecta no solo a sus usuarios, sino también, y muy especialmente, al hijo nacido. Su causa principal es que pese a tratarse de una práctica muy similar a la inseminación artificial, la normativa española no le otorga la consideración de técnica de reproducción asistida, lo que provoca, como se ha puesto de relieve, que no puedan aplicarse automáticamente las especificidades en materia de filiación previstas para estos casos (reguladas en la LTRHA y, en Cataluña, en el CCCat) y, por ende, que la filiación resultante deba regirse necesariamente de acuerdo con las reglas de la filiación por naturaleza⁵⁶⁴.

En este contexto, con independencia de que quien recurra a este método reproductivo alternativo sea una pareja heterosexual, una

⁵⁶⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* apartado I del capítulo tercero.

CAPÍTULO CUARTO. RETOS QUE PLANTEA LA AUTOINSEMINACIÓN CON
CONTRIBUCIÓN DE DONANTE Y PROPUESTAS PARA REGULAR LA FILIACIÓN QUE
PUEDA RESULTAR

pareja de dos mujeres o una mujer sola, la aplicación literal de las reglas de la filiación natural previstas en el Código Civil español, el Código Civil catalán y el Fuero Nuevo navarro implica que puedan plantearse multitud de acciones de reclamación y/o impugnación de la filiación por distintos sujetos legitimados. En el Cuadro 1 presento sucintamente los diferentes escenarios a los que me estoy refiriendo.

Cuadro 1. Aplicación literal de la normativa general en materia de filiación por naturaleza.

Acción/Sujeto	CC	CCCat	FN	
			Presunción	Reconocimiento
Impugnación de la paternidad por el marido u hombre no casado con la madre ⁵⁶⁵	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Impugnación de la maternidad por la comadre	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	
Impugnación de la paternidad/segunda maternidad por la madre gestante en representación del hijo	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	
Impugnación de la paternidad/segunda maternidad por la madre gestante en nombre propio	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	
Impugnación de la paternidad/segunda maternidad por propio el hijo	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	
Reclamación de paternidad al donante por la madre en representación del hijo	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	
Reclamación de paternidad al donante por el hijo	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	

⁵⁶⁵ En el caso del Fuero Nuevo navarro se diferencia el supuesto en el que la filiación paterna queda determinada por presunción, de aquel en el que se establece por reconocimiento dado que, a diferencia de lo que ocurre en los territorios sujetos al Código Civil español y en Cataluña, el título mediante el cual se determina la paternidad tiene consecuencias en materia de impugnación de la filiación. Sobre esta cuestión, vid. apdo. II.2.2.3.a) del capítulo tercero.

CAPÍTULO CUARTO. RETOS QUE PLANTEA LA AUTOINSEMINACIÓN CON
CONTRIBUCIÓN DE DONANTE Y PROPUESTAS PARA REGULAR LA FILIACIÓN QUE
PUEDA RESULTAR

Reclamación de paternidad por el propio donante	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
---	-------------------------------------	-------------------------------------	-------------------------------------

Ahora bien, teniendo en cuenta que la autoinseminación es una práctica que presenta grandes similitudes con la inseminación artificial, se plantea la cuestión de cómo afectaría a cada uno de estos escenarios la aplicación de la regulación citada en combinación con las especificaciones en materia de filiación que prevé la LTRHA (arts. 7 a 10) y, en Cataluña, con las disposiciones previstas por el CCCat en materia de filiación derivada de TRA. Del análisis realizado en el capítulo precedente se desprende que la aplicación analógica de la normativa específica en materia de filiación derivada de reproducción asistida provocaría que algunos de estos escenarios no pudieran efectivamente plantearse. En el Cuadro 2 me refiero únicamente a aquellas acciones que determinados sujetos dejarían de poder ejercitar como resultado del recurso a la *analogía legis*.

Cuadro 2. Aplicación analógica de la normativa en materia de filiación derivada de reproducción asistida.

Acción/Sujeto	CC		CCCat	FN
Impugnación de la paternidad por el marido u hombre no casado con la madre	Filiación matrimonial	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
Impugnación de la maternidad por la comadre			<input checked="" type="checkbox"/>	
Impugnación de la paternidad/segunda maternidad por la madre gestante en representación del hijo			<input checked="" type="checkbox"/>	
Impugnación de la paternidad/segunda maternidad por la madre gestante en nombre propio			<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>

CAPÍTULO CUARTO. RETOS QUE PLANTEA LA AUTOINSEMINACIÓN CON
CONTRIBUCIÓN DE DONANTE Y PROPUESTAS PARA REGULAR LA FILIACIÓN QUE
PUEDA RESULTAR

Impugnación de la paternidad/segunda maternidad por el propio hijo		<input checked="" type="checkbox"/>	
--	--	-------------------------------------	--

Como ambos cuadros evidencian, con la regulación actual las relaciones filiales derivadas de este tipo alternativo de inseminación quedan al absoluto albur de la voluntad de sus usuarios y del hijo, lo que paradójicamente resulta contrario no solo a la indisponibilidad del estado civil, sino también al principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad del estado civil. La posibilidad de dejar sin efecto la filiación reconocida a favor de personas que han participado efectivamente en el proyecto parental que ha posibilitado la concepción del hijo, o en otros casos, la imposibilidad siquiera de que estas puedan obtener reconocimiento legal como progenitores, no salvaguarda el interés superior del hijo, quien puede verse privado de la filiación de uno de sus progenitores, bien por falta de reconocimiento legal, bien a consecuencia de los cambios de opinión que se produzcan por parte de las personas involucradas en su concepción. Unos cambios de opinión que generalmente responden a intereses meramente individuales, a menudo motivados por una crisis de pareja, y que pueden perjudicar gravemente la estabilidad del hijo.

2. Indisponibilidad del estado civil

Además, a todos esos problemas hay que sumar uno más, a saber, que el ordenamiento jurídico no da juego a la autonomía privada en las relaciones de filiación, lo que se traduce en la imposibilidad de que puedan suscribirse válidamente acuerdos previos a la concepción entre los sujetos involucrados en la autoinseminación con la finalidad de

autorregular las relaciones paternofiliales. La SAP Valencia, sec. 10ª, de 27.11.2017 (JUR 2018\56440), analizada en el capítulo precedente, ha evidenciado como, previamente a realizar una autoinseminación, una pareja de mujeres acordó con el donante la renuncia expresa de este a reclamar su paternidad. Aunque la renuncia a la filiación del donante puede ser uno de los pactos objeto de este tipo de acuerdos, su finalidad principal es determinar el rol que cada una de las personas involucradas en la concepción desempeñarán en la vida del futuro hijo. En sede de autoinseminación⁵⁶⁶, este tipo de acuerdos puede suscribirse: 1) entre una pareja heterosexual o de mujeres y el donante, así como, en su caso, su pareja; 2) entre una pareja de hombres y una mujer sola; 3) entre una pareja de hombres y una de mujeres; y 4) entre una mujer sola y un donante. Dichos acuerdos, además, pueden ser excluyentes o incluyentes, es decir, determinar que una o varias de las personas involucradas en la concepción no ostentarán derechos ni obligaciones respecto del futuro hijo que nazca (el ejemplo habitual es la renuncia de paternidad del donante) o, en cambio, establecer qué tipo de reconocimiento legal, si es que hay alguno, obtendrá cada una ellas, su grado de implicación en la vida del futuro hijo, así como la distribución de las obligaciones financieras y de cuidado. Estos últimos acuerdos pueden denominarse de *coparentalidad* o de *multiparentalidad/pluriparentalidad*, en función de si lo suscriben dos o

⁵⁶⁶ Me centro en los acuerdos suscritos en el marco de una autoinseminación por constituir este método reproductivo alternativo el objeto principal del trabajo. No obstante, debe advertirse que este tipo de acuerdos también pueden firmarse cuando se concibe mediante el recurso a TRA o gestación por sustitución, o incluso por reproducción sexual.

más individuos, respectivamente⁵⁶⁷. Su elemento común es el deseo de todas las personas que participan en la concepción de formar una familia, lo que no pueden hacer por sí solas⁵⁶⁸, involucrando en ella a todos o a algunos de los progenitores biológicos del futuro hijo (téngase en cuenta que en los casos de autoinseminación la madre, además de gestar, siempre mantiene un vínculo genético con el hijo nacido).

Esta diversidad de acuerdos puede suscribirse por escrito o realizarse oralmente, y la validez de los mismos depende de su contenido, si bien a día de hoy la mayoría de ellos no son conformes al ordenamiento jurídico vigente en España. Así, por ejemplo, la renuncia a la paternidad efectuada por el donante puede ser considerada ineficaz por ser contraria a la indisponibilidad del estado civil (art. 1814 CC en relación con el art. 751 LEC), y al orden público (art. 1255 CC en relación con el art. 6.2 CC), e incluso nula de pleno derecho por contravenir el principio del anonimato del donante (art. 5.5 LTRHA en relación con el art. 6.3 CC)⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Sobre los primeros, *vid.* un estudio realizado a ciento dos usuarios de Pride Angel, un sitio web que pone en contacto a personas que buscan ejercer una coparentalidad sin que medie entre ellas una relación sentimental: V. JADVA, T. FREEMAN, E. TRANFIELD y S. GOLOMBOK, “Friendly allies in raising a child: a survey of men and women seeking elective co-parenting arrangements via an online connection website”, *Human Reproduction*, vol. 30, núm. 8, 2015, pp. 1896-1906.

⁵⁶⁸ Ingrid BOONE, “Co-parenting before conception. The Low Countries’ approach to intentional multi-parent families”, *Family & Law*, febrero 2018, pp. 1-15, p. 1, accesible en: <http://www.familyandlaw.eu/tijdschrift/fenr/2018/02/FENR-D-18-001>.

⁵⁶⁹ Me ocupo de analizar con más detenimiento la eficacia de la renuncia a la paternidad efectuada por el donante en el apdo. II.4 del presente capítulo.

3. El binarismo en la filiación

Por otra parte, cabe tener en cuenta que en España, como en la mayoría de ordenamientos jurídicos, la filiación solo puede establecerse respecto de dos personas. En términos generales, el modelo actual, binario, responde a la máxima de que un hijo debe tener, a lo sumo, dos progenitores y, por lo tanto, la filiación debe limitarse al reconocimiento legal de ambos⁵⁷⁰. En el ámbito de la filiación por naturaleza, solo cabe determinar la relación paternofilial de un máximo de dos progenitores. Si un hijo es inscrito exclusivamente con la filiación materna, el recurso a la figura del reconocimiento, o el ejercicio de una acción de reclamación con éxito únicamente permite adicionar un progenitor. En cambio, si el hijo es inscrito con doble vínculo filial, ni siquiera cabe adicionar otro progenitor, sino solo sustituir a uno de ellos por otro mediante el ejercicio con éxito de una acción mixta de reclamación e impugnación de la filiación contradictoria. Por otra parte, la irrupción de las técnicas de reproducción asistida tampoco ha supuesto el fin del binarismo en la filiación. Pese a que la máxima de que todo hijo tiene siempre una madre y un padre ha quedado difuminada por la posibilidad de concebir haciendo uso de gametos donados, la filiación del hijo que nace solo puede determinarse con respecto a un máximo de dos personas: en concreto, a favor de la mujer que gesta y da a luz al hijo y, en su caso, a favor de su cónyuge (hombre o mujer) o pareja (hombre -y en Cataluña, también mujer-) cuando ha consentido la fecundación.

⁵⁷⁰ En Argentina, el nuevo Código Civil y Comercial es muy claro a este respecto, pues de acuerdo con su art. 559, par. 3º, «ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación».

El modelo binario también está presente en la filiación adoptiva, dado que la institución de la adopción, que puede calificarse como «plena» por constituir un instrumento de integración familiar cuyos efectos son equiparables a los que produce la filiación por naturaleza, por regla general extingue los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen (arts. 178.1 CC y 235-47.2 CCCat y Ley 61, par. 1º, FN [ref. 2019])⁵⁷¹, y la determinación de la filiación que por naturaleza le corresponda al adoptado no afecta a la adopción (art. 180.4 CC y Ley 62 *in fine* FN [ref. 2019])⁵⁷².

⁵⁷¹ De acuerdo con el Código Civil español, la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen aunque, por excepción, estos subsisten con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda: a) cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido; o b) cuando solo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de 12 años, y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir (art. 178.1 y 2 CC). Las mismas excepciones prevé Navarra en la Ley 61, par. 2º, FN [ref. 2019]. En la misma línea, el art. 235-47.2 del Código Civil catalán establece que la adopción extingue el parentesco entre el adoptado y su familia de origen, salvo en los casos a que se refiere el art. 235-32.1 a) y b), en los que se mantiene el parentesco respecto de la rama familiar del progenitor o progenitores sustituidos. Estos casos son: a) que se adopte al hijo del cónyuge o de la persona con quien el adoptante convive en pareja estable (art. 235-32.1.a) CCCat); o b) que se adopte un huérfano pariente del adoptante hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad (art. 235-32.1.b) CCCat). Téngase en cuenta que en estos casos se reconocen determinados derechos sucesorios respecto de los ascendientes del progenitor de origen sustituido: *vid.* arts. 443-2 y 443-3 CCCat en relación con el art. 443-1 CCCat.

⁵⁷² Hasta el año 1987 el ordenamiento jurídico español regulaba asimismo la adopción «simple» o «menos plena», una figura que se situaba entre la adopción plena y otras instituciones de protección de menores, y que se caracterizaba generalmente por el establecimiento de vínculos de parentesco únicamente entre el adoptado y los adoptantes, sin que ello supusiera la ruptura de los existentes con la familia de origen. Fue introducida en el Código Civil español en 1889 y se contempló como una institución con efectos restringidos que otorgaba la potestad parental del adoptado menor de edad a los adoptantes, a la vez que permitía el uso de los apellidos tanto de la familia de origen como los de los adoptantes. La adopción simple no suponía la ruptura de los vínculos de parentesco con la familia biológica y no concedía derechos

En esencia, en España legalmente un hijo solo puede tener un padre y una madre, dos madres o dos padres, y de la condición legal de progenitor se derivan efectos jurídicos muy importantes, tales como el vínculo de parentesco entre el progenitor y el hijo, los apellidos, la nacionalidad y vecindad civil, las obligaciones de cuidado y de prestación de alimentos, la responsabilidad parental o los derechos sucesorios⁵⁷³.

sucesorios a favor del adoptado en la sucesión de los adoptantes (a excepción de que se los concedieran voluntariamente). Esta institución convivió con la adopción plena desde 1958 hasta su eliminación mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (BOE núm. 275, 17.11.1987). En la actualidad, un sector doctrinal se muestra partidario de recuperar esta figura por, entre otras cuestiones, ser más respetuosa con el derecho a conocer los orígenes del adoptado y al desarrollo de su identidad, y ofrecer asimismo estabilidad con menor rigidez: *vid.* por todos, M^a Jesús SÁNCHEZ CANO, “Hacia la recuperación de la adopción simple en el Derecho español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, octubre 2018, pp. 642-675, accesible en: [https://e-
revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4393](https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4393). En Cataluña, se intentó recuperar esta figura por medio de su reintroducción en el Libro II del CCCat, sin éxito: *vid.* Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, “Panorama general de la reforma del Derecho de familia en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, en Núria GINÉS CASTELLET, *La familia del siglo XXI. Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*, Jose María Bosch Editor, Barcelona, 2011, pp. 13-50, p. 28, accesible en: <https://app.vlex.com/#sources/6393>. Por su parte, Navarra regulaba la institución del prohijamiento que, según la Ley 73 de la Compilación, podía acabar convirtiéndose en una adopción simple o menos plena. En este contexto, se había discutido por la doctrina, sin llegar a un consenso, si era posible entender vigente la adopción simple en Navarra al amparo de la remisión que efectuaba la Ley 74 FN al Código Civil (actualmente Ley 63 [ref. 2019]), en la medida en la que este tipo de adopción desapareció del mismo en 1987: al respecto, *vid.* M^a Teresa ALONSO PÉREZ, “Acerca del prohijamiento en el Derecho navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 12, 1991, pp. 135-154, en especial, pp. 146-151. Finalmente, con la aprobación de la Ley Foral 21/2019, se ha suprimido toda referencia a esta institución dado que, según su Preámbulo, esta figura «ha desaparecido como tal al quedar absorbida por las formas de acogimiento de menores aun cuando sus perfiles no son del todo iguales».

⁵⁷³ Josep FERRER RIBA, “Familias y pluriparentalidad en Derecho español”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 85, julio 2018, pp. 163-177, p. 166.

4. El binarismo en las responsabilidades parentales

Dado que la filiación solo puede determinarse a favor de un máximo de dos progenitores, el binarismo también está presente en el ámbito de las responsabilidades parentales⁵⁷⁴. El art. 156 CC establece que «la patria potestad se ejercerá conjuntamente por *ambos progenitores* o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro»⁵⁷⁵. Como es sabido, la responsabilidad parental impone una serie de deberes y atribuye ciertas facultades, en especial, la obligación de velar por los hijos, tenerlos en compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como de representarlos y administrar sus bienes (arts. 154 CC y 236-17.1 CCCat, y Ley 65 FN [FN]). Solo los progenitores legales pueden ser titulares de la potestad parental⁵⁷⁶, quienes generalmente la ejercerán de manera conjunta en interés del hijo (arts. 154 y 156 CC y 236-2 y 236-8 CCCat, y Leyes 64, par. 1º, y 67.a) FN [ref. 2019]). El incumplimiento de estos deberes paternofiliales puede provocar su privación total o parcial (arts. 170 CC, 236-6 CCCat y Ley 75, par. 2º, FN [ref. 2019]), con posibilidad de

⁵⁷⁴ Refiriéndose al Derecho belga, también lo pone de manifiesto BOONE, *cit.*, p. 4,

⁵⁷⁵ *Vid.*, en Cataluña, art. 236-8 CCCat y, en Navarra, Ley 64 FN [ref. 2019].

⁵⁷⁶ La SAP Madrid, sec. 22, de 12.3.2015 (JUR 2015\108975), constituye una excepción a esta regla, al confirmar el pronunciamiento que atribuía la potestad parental otorgada a una comadre *de facto* respecto de un hijo con el cual no mantenía un vínculo filial. Fruto del recurso conjunto a la técnica ROPA, el matrimonio había tenido dos hijos, si bien la filiación del segundo se había determinado exclusivamente a favor de la madre gestante por encontrarse la pareja separada de hecho en el momento de su nacimiento. En el marco del procedimiento de divorcio, el Juzgado de Primera Instancia de Collado Villalba (Madrid) determinó que la potestad parental respecto de ambos hijos sería compartida, y fijó un régimen de relaciones personales con el segundo hijo a favor de la comadre, decisión frente a la cual interpuso recurso de apelación la madre gestante. Sorprendentemente, la Audiencia Provincial confirmó el pronunciamiento de instancia basándose en el consentimiento que la comadre había prestado al tratamiento al que se había sometido su exesposa y, a su vez, en el hecho de que la actitud de la madre gestante contravenía el tenor de sus propios actos.

restablecimiento, sin perjuicio de que los progenitores puedan seguir relacionándose con sus hijos (arts. 160 CC y 236-4 CCCat), y que el vínculo filial se mantenga intacto.

Por otra parte, pese a que el número de familias reconstituidas existente en España se ha multiplicado en los últimos años, en especial debido a la aprobación del llamado «divorcio libre» en 2005⁵⁷⁷, salvo en Aragón, no se prevé la posibilidad de atribuir responsabilidades parentales, adicionales a las de los progenitores legales, al cónyuge o conviviente en pareja estable⁵⁷⁸. La excepción es el art 85 CDFa que prevé que el cónyuge del *único titular* de la autoridad familiar –potestad parental- que conviva con el hijo, comparta el ejercicio de dicha autoridad (art. 85). Además, ante el fallecimiento del *único titular* de la autoridad familiar, su cónyuge puede asumir la autoridad familiar, de manera que continúe teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel, y se encargue de su crianza y educación (art. 85.2 CDFa). Otras comunidades como Cataluña regulan ciertos derechos del cónyuge o conviviente con respecto al hijo de su pareja. Así, por ejemplo, se reconoce que el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que en cada momento tiene la guarda del hijo tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria (art. 236-14.1 CCCat). En el caso de riesgo inminente para el menor, el cónyuge o

⁵⁷⁷ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, 9.7.2005). El Censo de Población y Viviendas del INE de 2011 puso de manifiesto que en ese año de las 7.060.230 parejas con hijos, 496.135 tenía algún hijo no común a ambos miembros (familias reconstituidas), lo que suponía que esta cifra hubiera aumentado un 110,8% desde 2001 debido a las rupturas matrimoniales: <https://www.ine.es/prensa/np824.pdf>.

⁵⁷⁸ FERRER RIBA, “Familias y pluriparentalidad...”, *cit.*, pp. 165-166.

conviviente puede asimismo adoptar las medidas necesarias para el bienestar del hijo, informando sin demora al progenitor quien, a su vez, debe informar al otro progenitor (art. 236-14.3 CCCat) Además, ante la muerte del progenitor custodio, puede atribuirse excepcionalmente la guarda del hijo, así como otras responsabilidades parentales, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, siempre que el interés superior del hijo lo requiera, que el cónyuge o conviviente haya convivido con el hijo, y que se haya oído al *otro progenitor* y al hijo de acuerdo con lo establecido en el art. 211-6.2 CCCat (art. 236-15.2 CCCat)⁵⁷⁹.

La guarda de los hijos también corresponde por regla general a los progenitores legales, como deber que conforma la responsabilidad parental (arts. 154.1º CC y 236-17.1 CCCat, y Ley 65.1 FN [ref. 2019]), si bien en caso de nulidad, separación o divorcio, puede atribuirse solo a uno de ellos sin perjuicio del derecho de relación personal que corresponda al progenitor no custodio (arts. 103.1.ª CC y 233.1.1.a) CCCat, y Ley 71, par. 1º y 5º, FN [ref. 2019]). Solo de manera excepcional puede encomendarse la guarda de un hijo no emancipado a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consientan, o a una institución idónea (arts. 103.1.ª, par. 2º, CC y 233-1.1.a) *in fine* CCCat⁵⁸⁰,

⁵⁷⁹ Sobre las facultades del cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor en los ordenamientos aragonés y catalán, *vid.* María Teresa DUPLÁ MARÍN, “Potestad parental catalana y autoridad familiar aragonesa. Breve análisis comparativo de las facultades otorgadas a los padrastros respecto de los hijos menores del cónyuge o conviviente”, en Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO y Sergio NASARRE AZNAR (Coords.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 735-746.

⁵⁸⁰ El CCCat se refiere a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas y a una institución idónea.

y Ley 71, par. 11º, FN [ref. 2019]⁵⁸¹). *A priori* la atribución de la guarda no afecta a la responsabilidad parental, de manera que con independencia de a quien sea atribuida, las decisiones más importantes que afectan al hijo corresponden a sus progenitores legales, quienes siguen ostentado la representación legal de sus hijos (arts. 162 CC y 236-18 CCCat, y Ley 65.4 FN [ref. 2019]), y administrando sus bienes (arts. 164 CC y 236.21 CCCat, y Ley 65.5 FN [ref. 2019])⁵⁸². La atribución de la guarda a un tercero es excepcional y presupone la incapacidad de ambos progenitores para ejercerla adecuadamente⁵⁸³. Ahora bien, más allá de abuelos u otros parientes, en la actualidad la jurisprudencia solo ofrece un ejemplo de tercero a favor del cual se ha establecido la guarda y custodia de un hijo no emancipado, a saber, el de la STS, 1ª, de 20.11.2013 (RJ 2013\7824), que la determina a favor de un hombre que había impugnado con éxito su paternidad por falta de correspondencia con la verdad biológica en el proceso de modificación de medidas definitivas dictadas en una sentencia de divorcio.

En resumen, el hijo no podrá tener legalmente más de dos titulares de la potestad parental, y aunque algunos ordenamientos jurídicos como el aragonés o el catalán permitan otorgar determinados derechos a favor del (ex)cónyuge o (ex)conviviente en pareja estable del progenitor, o

⁵⁸¹ El FN alude a otros parientes, allegados y a la Entidad Pública que tenga legalmente atribuidas las facultades de protección del menor.

⁵⁸² Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, noviembre 2014, pp. 3284-3314, pp. 3299-3300, accesible en: <https://app.vlex.com/#ES/vid/556764594>.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 3288.

incluso de un tercero, estos, a excepción del derecho de relación personal con el hijo (arts. 160.2 CC y 236-4 CCCat), se atribuirán generalmente de manera provisional y excepcional ante la ausencia o incapacidad del otro progenitor legal, si es que lo hay, de asumir sus obligaciones parentales⁵⁸⁴. Además, de atribuirse, desaparecerán una vez el hijo alcance la mayoría de edad o recupere la plena capacidad. Este contexto contrasta con el presente en ordenamientos jurídicos como el de Inglaterra y Gales o el finlandés, en los que sí cabe otorgar responsabilidades parentales a terceros con carácter adicional a las que tienen atribuidas los progenitores legales⁵⁸⁵.

Por lo tanto, cuando hayan participado en el proyecto parental más de dos personas que tengan voluntad de asumir responsabilidades parentales, será preciso que los progenitores legales no ejerzan adecuadamente sus funciones para poder asumir ciertos derechos respecto del hijo como, por ejemplo, su guarda. En otro caso, únicamente podrán exigir un derecho de relación personal con el hijo (arts. 160.2 CC y 236-4 CCCat)⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Tal y como señala FERRER RIBA, “Familias y pluriparentalidad...”, *cit.*, pp. 165-166, «el derecho español no prevé la atribución de responsabilidades parentales a terceros con carácter adicional a las que ejercen los padres legales, por lo que en estos casos el desempeño de un cierto rol parental sólo puede concebirse como un supuesto de delegación fáctica de funciones parentales por parte de los padres, hasta donde ello sea posible, o como un desempeño puramente fáctico».

⁵⁸⁵ Jens M. SCHERPE, *The present and future of European Family law*, Volume IV of European Family Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (Reino Unido) y Northampton (Massachusetts, Estados Unidos), 2016, p. 108.

⁵⁸⁶ Con la aprobación de la Ley Foral 21/2019, el legislador navarro ha introducido en la Ley 71 *in fine* FN la posibilidad de que establezca un sistema de comunicación, visitas y contactos de los menores con otros familiares y allegados y, en particular, con los hermanos y abuelos. Sin embargo, esta vía se circunscribe al procedimiento en el que se acuerden las medidas sobre responsabilidad parental, y a que lo soliciten cualquiera de los progenitores o el Ministerio Fiscal. Además, para su establecimiento

5. Recapitulación

El contexto descrito evidencia que los retos que plantea la autoinseminación con contribución de donante en el ámbito del derecho de familia son muchos y muy variados. En primer lugar, este método reproductivo obliga a cuestionarse si las reglas de filiación vigentes responden a las estructuras familiares actuales, esto es, si el vínculo genético debe cohonestarse con la voluntad de asumir un proyecto parental como fundamento para determinar una relación filial. En segundo lugar, exige plantearse nuevamente el papel que debe desempeñar la voluntad en el derecho de familia y, más especialmente, en el derecho de filiación, es decir, si los acuerdos privados suscritos por las partes previa o posteriormente a la concepción merecen algún tipo de reconocimiento por parte del ordenamiento. Y, en caso de respuesta afirmativa, cuáles deben ser sus límites. Y en tercer y último lugar, procede asimismo preguntarse si el ordenamiento jurídico debe otorgar la posibilidad de que más de dos personas se involucren en la crianza de un hijo, ya sea otorgando a todas ellas la condición legal de progenitores, o bien reconociendo la posibilidad de que se atribuyan determinadas responsabilidades parentales al margen de la filiación legal⁵⁸⁷.

se requiere la audiencia previa de esas personas, y que el sistema a fijar sea beneficioso para los menores.

⁵⁸⁷ En sede de autoinseminación, FERRER RIBA, “Familias y pluriparentalidad...”, *cit.*, pp. 173, se muestra partidario de que se respeten legalmente los acuerdos a los que llegue la mujer gestante y, en su caso, su pareja, con el donante de esperma, si su objeto es que se determine la paternidad del último con todos los efectos –lo que crearía una situación de pluriparentalidad–, o la atribución, plena o limitada, de responsabilidades parentales u otros derechos y deberes respecto al nacido.

Así las cosas, el presente capítulo pretende ofrecer respuestas a los retos mencionados, a la luz de la legislación vigente y de las propuestas formuladas en otros ordenamientos jurídicos que han abordado una o varias de estas cuestiones. Se trata, en esencia, de formular propuestas *de lege ferenda* que puedan contribuir a una más que necesaria reforma del sistema de filiación actual⁵⁸⁸.

II. Propuestas para regular la filiación de los hijos concebidos mediante autoinseminación con contribución de donante

1. La inclusión de la autoinseminación en el concepto de «reproducción asistida»

Una de las posibles respuestas a los problemas que la actual regulación de la filiación plantea tras el recurso a autoinseminación con contribución de donante, pasa por incluir esta práctica en el concepto «reproducción asistida», de manera que las disposiciones específicas en materia de filiación derivada de TRA que prevé el ordenamiento jurídico también puedan resultarles aplicables.

De hecho, se trata de una técnica legislativa que ya utilizan algunos ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, en el estado norteamericano

⁵⁸⁸ Como acertadamente señala DE LORA DELTORO, *cit.*, en GARCÍA AMADO (Dir.), GUTIÉRREZ SANTIAGO, y ORDÁS ALONSO (Coords.), *cit.*, p. 231, «el Derecho español en materia de filiación está desbordado frente a la realidad, la de las nuevas relaciones familiares, la de las posibilidades tecnológicas en materia reproductiva, pero también la de los enjuagues inseminadores más o menos caseros, los apaños de toda la vida, ayunos, eso sí, de una regulación valiente que dé seguridad jurídica a todos los involucrados». *Vid.* también la obra ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, Madrid, 2018, que en la que constan varias propuestas con el objeto de rediseñar el sistema de filiación vigente en España.

de California, la §7606(a) de su *Family Code* (FCC), en el que se halla la regulación de la filiación derivada del uso de TRA, advierte que el término «reproducción asistida» es comprensivo de cualquier método de concepción distinto a la reproducción sexual⁵⁸⁹. También se utiliza esta vía en Canadá, concretamente en las provincias de Columbia Británica y Ontario. En la primera, la §20 de la *Family Law Act* 2011 (FLACB), disposición que regula la filiación incluyendo la determinada de TRA, establece que el término «*assisted reproduction*» se refiere a cualquier método de concepción distinto a la reproducción sexual⁵⁹⁰. En la segunda, de manera similar, la §1(1) de la *Children's Law Reform Act* 1990 (CLRAO), que contiene la regulación en materia de filiación, aclara que la referencia a «reproducción asistida» significa un método de concepción ajeno a la reproducción sexual⁵⁹¹. En sentido análogo, un territorio australiano prevé la aplicación de las disposiciones en materia de filiación derivada de TRA con independencia de que la técnica se lleve o no a cabo en un centro o servicio autorizado. Se trata de la §11 de la *Parentage Act* 2004 del Territorio de la Capital Australiana, que aplica el sistema de presunciones previsto en caso de recurso a TRA, no solamente a la IA y a la FIV, sino también a cualquier otra práctica, médicamente asistida o no, que permita la reproducción sin necesidad

⁵⁸⁹ El término en inglés que utiliza el precepto es «*assisted reproduction*» y el tenor literal de la definición que establece es el siguiente: «“*Assisted reproduction*” means conception by any means other than sexual intercourse». El texto consolidado de esta disposición es accesible en inglés en: <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=fam> (consultado el 10.2.2019).

⁵⁹⁰ La versión consolidada de esta disposición puede consultarse, en inglés, en: <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/justice/about-bcs-justice-system/legislation-policy/legislation-updates/family-law-act> (consultado el 19.2.2019).

⁵⁹¹ Se puede acceder a la versión consolidada de esta norma, en inglés, en el siguiente enlace: <https://www.ontario.ca/laws/statute/90c12> (consultado el 19.2.2019).

de recurrir a relaciones sexuales⁵⁹². Con ello, son varios los ordenamientos que ya permiten aplicar las disposiciones relativas a la filiación derivada de TRA a la autoinseminación, evitando recurrir a las reglas de la filiación natural para establecer el *status filii* del hijo nacido.

Si se traslada esta alternativa al ordenamiento jurídico español, una propuesta que podría contribuir a la mejora de la situación actual pasaría por modificar el art. 7.1 LTRHA, según el cual la filiación derivada de TRA se regula de acuerdo con las leyes civiles a salvo de las especificaciones contenidas en los arts. 8, 9 y 10 LTRHA, en el sentido de añadir que, a efectos de la filiación de los hijos nacidos, «las técnicas de reproducción asistida» incluyen cualquier método de concepción distinto a la reproducción sexual, en términos similares a lo que disponen los ordenamientos referenciados en sus respectivas legislaciones⁵⁹³.

En el ámbito de las parejas heterosexuales, de existir consentimiento escrito a la autoinseminación por parte del hombre no casado, cabría la posibilidad de otorgarle la consideración de escrito indubitado en los términos establecidos en el vigente art. 8.2 LTRHA, quedando siempre a salvo la reclamación judicial de paternidad, en aquellos supuestos en

⁵⁹² La versión consolidada de esta disposición es accesible, en inglés, en: http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/act/consol_act/pa200499/ (consultado el 10.3.2019).

⁵⁹³ La técnica legislativa utilizada en el art. 7.1 LTRHA ha sido muy criticada por la doctrina, dado que su interpretación está lejos de considerarse sencilla. *Vid.*, por ejemplo, BARBER CÁRCAMO, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *cit.*, p. 28, que tilda la remisión general a las leyes civiles de «sorprendente», o BENAVENTE MOREDA, “Los errores de legislar en paralelo...”, *cit.*, p. 20, quien la califica de «error del legislador».

los que el hombre finalmente no determinara voluntariamente su paternidad.

Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto en el capítulo segundo, el art. 8.2 LTRHA otorga un trato desigual e injustificado al hombre no casado con la madre que consiente la fecundación heteróloga frente a la mujer no casada con la madre, por lo que sería deseable que el legislador aprovechara la reforma para extender la doble maternidad a parejas no unidas por vínculo matrimonial mediante la reforma del art. 7.3 LTRHA. A su vez, sería un paso en la buena dirección que el art. 8.1 LTRHA sustituyese el término «marido» por el de «progenitor que haya prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes», de manera que la imposibilidad de impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de la fecundación consentida fuese aplicable a cualquier persona con independencia de su estado civil y orientación sexual, incluido el hombre no casado con la madre, sin necesidad de realizar una interpretación extensiva de la norma.

En el ámbito de las parejas de mujeres, esta reforma aclararía las dudas en cuanto a la determinación de la filiación de la cónyuge de la madre *ex* art. 7.3 LTRHA, dado que su contenido pasaría a estar cohonestado con el art. 44.5 LRC, y se cerraría el debate en torno a si es preciso demostrar el recurso a TRA previa inscripción de la filiación materna. Como he puesto de manifiesto en el capítulo precedente, el art. 7.3 LTRHA condiciona la posibilidad de determinar la doble maternidad legal al recurso previo a reproducción asistida por parte de la pareja,

mientras que el art. 44.5 LRC, que traslada esta posibilidad a la normativa del Registro Civil, no hace ninguna referencia a las TRA⁵⁹⁴. En consecuencia, de clarificarse que a efectos de la filiación de los hijos nacidos el concepto de «reproducción asistida» que recoge el art. 7.1 LTRHA es comprensivo de cualquier método de concepción distinto a la reproducción sexual, cabría afirmar con rotundidad que no es preciso que el encargado del Registro Civil compruebe el recurso previo a reproducción asistida por parte del matrimonio como requisito previo para proceder a la inscripción de la doble maternidad. Además, ello permitiría evitar que la madre gestante pudiera impugnar la filiación de la comadre en un momento posterior por aplicación de la regla que contiene el art. 8.1 LTRHA. Respecto a la posibilidad de impugnar de la segunda, lo cierto es que el art. 8.1 LTRHA solo se refiere a la «mujer progenitora» y al «marido» que han consentido la fecundación heteróloga, de manera que, en aras de imposibilitar el ejercicio de una acción para dejar sin efecto su maternidad, sería preciso recurrir, como ocurre en la actualidad, a la aplicación analógica de dicho precepto⁵⁹⁵. Este paso, sin embargo, no sería preciso si el legislador abordara la reforma del art. 8.1 LTRHA en el sentido apuntado al referirme al hombre no casado con la madre. Todo ello, por supuesto, bajo la premisa de que la pareja haya hecho uso de donante anónimo, dado que si el donante es identificable o conocido se estaría contraviniendo el art. 5.5 LTRHA y, en consecuencia, no cabría aplicar ninguna de las especificaciones que prevé la norma en materia de filiación.

⁵⁹⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* apdo. II.3.1.1.a) del capítulo tercero.

⁵⁹⁵ *Vid.* apdo. III.3.2.4 del capítulo segundo.

En cualquier caso, esta propuesta seguiría dejando fuera a las parejas de mujeres no casadas que recurran a autoinseminación, quienes se verían obligadas a recurrir a la adopción del hijo de la pareja para poder determinar legalmente la segunda maternidad (art. 175.4 CC y Ley 59.2 FN [ref. 2019]). Por consiguiente, de nuevo sería conveniente de que el legislador reconsiderase la posibilidad de extender la doble maternidad legal a las parejas de mujeres no unidas por vínculo matrimonial mediante la reforma del art. 7.3 LTRHA.

En Cataluña, dado que la DF 1ª de la LTRHA exceptúa del carácter básico de la ley los arts. 7, 8, 9 y 10 dictados al amparo del art. 149.1.8. CE, la reforma propuesta no sería operativa en esta comunidad, de manera que también resultaría necesario aclarar el concepto «fecundación asistida» en el Código Civil catalán. Para ello, bastaría con modificar el art. 235-3 CCCat, según el cual «la filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre.», con el objeto de introducir la aclaración siguiente: «La fecundación asistida de la mujer comprende cualquier método de concepción distinto a la reproducción sexual». De esta forma, por un lado, cabría determinar la filiación tanto del hombre como de la mujer, casado/a o no, que consienta el recurso a la autoinseminación (arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat) y, por otro, se podría aplicar la regla prevista en el art. 235-28.2 CCCat para impedir la posterior impugnación de la filiación con éxito si la persona cuya

relación paterno filial se impugna ha consentido su práctica. Según este último precepto, «si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió a la fecundación de acuerdo con los artículos 235-8 o 235-13, y tampoco, en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo». En mi opinión, este precepto, aunque no lo señale expresamente, también impide al hijo impugnar una vez alcance la mayoría de edad o recupere la plena capacidad⁵⁹⁶, por lo que la modificación propuesta también permitiría evitar la impugnación de la filiación por parte del hijo. De nuevo, todo ello bajo la premisa de que se haya hecho uso del esperma de un donante anónimo, pues en caso contrario se contravendría el art. 5.5 LTRHA, y resultarían de aplicación las reglas de la filiación por naturaleza.

El legislador catalán también podría aprovechar la ocasión para modificar el art. 235-1 CCCat, en el sentido de incluir la filiación derivada de fecundación asistida como un tercer tipo de filiación, adicional a la filiación por naturaleza y a la filiación por adopción dado que, por un lado, ya otorga al consentimiento prestado a la fecundación asistida de la mujer la consideración de título de determinación de la filiación (art. 235-3 CCCat) y, por otro, prevé normas específicas para la impugnación de la filiación derivada de fecundación asistida (arts. 235-27.3 y 235-28.2 CCCat). En tal caso, desde mi punto de vista, esta tercera categoría filial debería aplicarse exclusivamente cuando existe recurso previo a reproducción asistida heteróloga.

⁵⁹⁶ Lo justifico con más detalle en el apdo. III.3.1.3 *in fine* del capítulo segundo.

Por último, en Navarra, si bien la reforma operada por la Ley Foral 21/2019 no ha abordado la regulación de la filiación derivada de TRA, sí que se ha aprovechado la ocasión para introducir un precepto muy similar al art. 7.1 LTRHA. Se trata de la Ley 53.d) FN [ref. 2019], que dispone que «sin perjuicio de su regulación por ley foral especial, la determinación de la filiación en supuestos de fecundación asistida de la madre tendrá lugar conforme a lo dispuesto en las leyes generales»⁵⁹⁷. En consecuencia, también resultaría preciso aclarar que el término «fecundación asistida» al que alude el referido precepto es comprensivo de la autoinseminación, de manera que también puedan aplicarse las especificidades en materia de filiación derivada de reproducción asistida que prevé la LTRHA en esta comunidad.

En definitiva, pese a que esta propuesta podría contribuir a incrementar la seguridad jurídica de los hijos concebidos mediante el recurso a autoinseminación, seguirían sin resolverse algunos problemas relevantes a menos que, como he ido sugiriendo a lo largo de este apartado, se reformaran también las especificidades que prevé la LTRHA en materia de filiación derivada de reproducción asistida (arts. 7 a 10). Tanto es así que en el caso de que la usuaria o pareja hiciera uso de un donante identificable o conocido para llevar a cabo la autoinseminación, la filiación del hijo nacido se regularía con arreglo a lo dispuesto por las reglas de la filiación por naturaleza, un escenario que, tal y como se ha evidenciado a lo largo del capítulo precedente, resulta poco satisfactorio. Además, salvo en Cataluña, la mujer no

⁵⁹⁷ Para más información, *vid. supra* nota 195.

casada con la usuaria seguiría sin poder determinar su filiación salvo recurso a la adopción.

2. Filiación derivada de TRA y autoinseminación por presunción

Otra posibilidad pasa por sustituir el modo de determinación de la filiación derivada de TRA del consentimiento a la presunción. Si bien es cierto que esta ya opera cuando una pareja heterosexual casada recurre a TRA, en virtud de la remisión que realiza el art. 7.1 LTRHA (en Navarra, la Ley 53.d) FN [ref. 2019]) a las leyes civiles⁵⁹⁸, no ocurre lo mismo cuando no existe vínculo matrimonial, y tampoco cuando se trata de parejas de mujeres. En tales casos es preciso recurrir, bien a un título extrajudicial de determinación de la filiación, bien al ejercicio de una acción de reclamación en sede judicial⁵⁹⁹.

Los mecanismos de determinación de la filiación existentes contribuyen a que la filiación derivada de TRA pueda quedar al albur de la voluntad de las personas involucradas en la concepción, ya que el hombre no casado puede negarse a reconocer su paternidad, del mismo modo que la esposa de la madre (y en Cataluña, también la mujer no casada con la madre) puede optar por no determinar su comaternidad, en cuyo caso

⁵⁹⁸ En Cataluña, no existe tal remisión si bien la paternidad del marido se determina por presunción dado que el Código Civil catalán, por un lado, no prevé un mecanismo específico de determinación de la filiación del marido en caso de recurso a TRA y, por otro, que solo distingue dos tipos de filiación: natural y adoptiva.

⁵⁹⁹ Respecto a la posibilidad de reclamar judicialmente la paternidad del hombre no casado con la madre o la maternidad de la esposa de la madre (y en Cataluña, también de la mujer no casada con la madre), *vid.* apdos. III.3.1.2 y III.3.2.3 del capítulo segundo, respectivamente.

resulta necesario recurrir a la vía judicial⁶⁰⁰. *A priori*, si se prueba el recurso conjunto a TRA y, en particular, la suscripción del consentimiento a la reproducción asistida de la pareja, se determinará judicialmente la filiación con toda probabilidad. No obstante, cuando no pueda probarse documentalmente su existencia, es posible que el tribunal desestime la acción y, por ende, solo se mantenga la filiación de la mujer gestante. En Cataluña, el TSJ se ha mostrado partidario de determinar o mantener la filiación, en función de si se ejercita una acción de reclamación o de impugnación, incluso en estos supuestos, siempre que pueda probarse que la pareja participó en el proyecto parental que culminó con el recurso a TRA⁶⁰¹. En cualquier caso, la necesidad de recurrir a la vía judicial y condicionar la cuestión a la necesaria prueba del consentimiento extendido a la reproducción asistida en el centro o servicio autorizado, incrementa la inseguridad jurídica, y puede dar lugar a situaciones en las que la filiación de la pareja no quede finalmente determinada por un mero problema de prueba.

En este contexto, un sistema de presunciones aplicable, más allá del marido de la madre, tanto al hombre no casado, como a la esposa o

⁶⁰⁰ En el caso de parejas de mujeres, no existe norma expresa en la LTRHA que permita reclamar judicialmente la filiación de la comadre (sí, por el contrario, la del hombre no unido por vínculo matrimonial con la madre *ex art.* 8.2 LTRHA). No obstante, el TS ha confirmado esta posibilidad por la vía del art. 131 CC, siempre y cuando exista posesión de estado (SSTS, 1ª, de 5.12.2013 [RJ 2013\7566] y de 15.1.2014 [RJ 2014\1265]. Aunque en ambos casos fue la comadre quien ejercitó la acción, entiendo que la madre gestante también podría reclamar en interés del hijo. A mi juicio, esta afirmación es extrapolable igualmente a Cataluña, donde la STSJ Cataluña, Civil y Penal, de 20.7.2017 (JUR 2017\260960) confirmó la posibilidad de que la mujer no casada con la madre pudiese reclamar la determinación de su maternidad al amparo del art. 235-13.1 CCCat.

⁶⁰¹ *Vid.* apdo. III.3.2.2 del capítulo segundo.

mujer no casada con la madre, facilitaría en principio la determinación de la filiación derivada de TRA. De introducirse, su operatividad sería automática, si bien su eficacia se condicionaría, por un lado, a la existencia de una relación de pareja en el momento de recurrir a TRA y, por otro, a la prestación del consentimiento a la técnica sin que se haya producido su posterior revocación. Este consentimiento podría ser expreso o tácito, así como formal o informal, lo que daría cabida a su aplicación incluso en casos de autoinseminación. Se trataría, en esencia, de una presunción *iuris tantum* que quedaría desvirtuada si se consiguiese probar: a) la inexistencia de una relación de pareja en el momento de recurrir a TRA; b) el recurso en solitario a reproducción asistida por parte de la madre; c) la revocación del consentimiento de la pareja en los términos del art. 3.5 LTRHA; o d) que el nacimiento es fruto de las relaciones sexuales de la madre con un tercero, o de otro método reproductivo.

La determinación de la filiación derivada de TRA por presunción es una técnica legislativa por la que han optado varios ordenamientos jurídicos. A continuación, examino algunos de ellos con el objetivo de identificar sus principales similitudes y diferencias, así como las ventajas y desventajas de este sistema.

2.1. Reino Unido

Uno de estos ordenamientos es Reino Unido, en el cual si la mujer que recurre a TRA heterólogas está casada con un hombre, se presume la paternidad del marido salvo que se pruebe que no consintió al

tratamiento [§35(1) HFEA⁶⁰²]. La misma presunción aplica si la mujer está casada o unida civilmente con otra mujer [§42(1) HFEA]⁶⁰³. En el caso de que la mujer que recurre a TRA no esté casada o en una unión civil, su pareja (hombre o mujer) puede ser reconocida igualmente como progenitor/a legal del hijo nacido, siempre y cuando consienta previamente el tratamiento, y la técnica se haya realizado en un centro o servicio autorizado radicado en Reino Unido [§§36 y 37 -parejas heterosexuales-, y §§43 y 44 parejas de mujeres- HFEA]⁶⁰⁴. La norma es clara al establecer que las presunciones aplicables a parejas casadas o uniones civiles se aplican con independencia de que la técnica se haya llevado a cabo o no en Reino Unido [§§35(2) y 42(2) HFEA]⁶⁰⁵, mientras que las que afectan a parejas no formalizadas solo pueden aplicarse cuando el tratamiento se ha realizado en una clínica británica autorizada [§§36(a) y 43(a) HFEA]. De esta forma, en caso de recurso a

⁶⁰² *Vid.* nota 310.

⁶⁰³ El termino en inglés es «*civil partnership*» y se trata de una pareja registrada. Esta figura está al alcance de parejas del mismo sexo desde diciembre de 2005, dado que la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo en Reino Unido (a excepción de Irlanda del Norte) no se produce hasta el año 2014. Desde entonces, ambas posibilidades coexisten, si bien se posibilita la conversión de la «*civil partnership*» al matrimonio en Escocia, Gales e Inglaterra. Irlanda del Norte no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que la unión civil sigue siendo en la actualidad la única vía para formalizar las parejas del mismo sexo.

⁶⁰⁴ El precepto no exige que la pareja mantenga una relación afectiva o conviva, si bien es dudoso que un centro autorizado británico acepte llevar a cabo el tratamiento si no aprecia la existencia de dicha relación: Jonathan HERRING, *Family Law*, 8ª ed., Pearson, London, 2017, pp. 385 y 365.

⁶⁰⁵ El tenor literal que utilizan ambos preceptos es el siguiente: «this section applies whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time mentioned in subsection (1) [referido al momento de realización de la técnica]». En consecuencia, interpreto que cabe considerarlos aplicables con independencia de que la técnica se haya llevado a cabo o no con arreglo a la legislación británica vigente.

autoinseminación, la filiación de la pareja solo puede quedar determinada si existe vínculo matrimonial o unión civil con la madre⁶⁰⁶.

2.2. Países Bajos

En Países Bajos, la determinación de la filiación derivada de TRA o autoinseminación del marido u hombre registrado como pareja de hecho con la madre se produce porque opera la presunción de paternidad (art. 1:199.a CCN). La filiación paterna así determinada no resulta impugnabile por falta de coincidencia con la verdad biológica si el marido o pareja conocía el embarazo de la madre previamente a formalizar su relación con ella (art. 1:200.2 CCN), y tampoco cuando este haya consentido al acto que pudo haber resultado en la concepción del hijo⁶⁰⁷ (art. 1:200.3 CCN). Adviértase, no obstante, que estas dos reglas carecen de efecto en caso de que la madre haya engañado al marido o pareja con respecto a la persona que ha engendrado el hijo (art. 1:200.4 CCN). En consecuencia, si el matrimonio o pareja recurre a TRA o a autoinseminación con esperma de donante, pese a que sea conocido, la filiación del hombre, una vez determinada, deviene

⁶⁰⁶ Lo advierte también HERRING, *cit.*, pp. 365 y 366.

⁶⁰⁷ El consentimiento al acto que pudo haber resultado en la concepción del hijo es un concepto amplio y para que concurra no es necesario que se haya recogido por escrito, sino que puede haberse expresado oralmente, o resultar implícito en la conducta previa a la concepción. De hecho, este concepto incluye desde un consentimiento a TRA expresado en el centro o servicio autorizado, hasta el consentimiento a que la mujer mantenga relaciones sexuales con un tercero para lograr la concepción: Machteld VONK, “The role of formalised and non-formalised intentions in legal parent-child relationships in Dutch law”, en Katharina BOELE-WOELKI (Ed.), *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009, pp. 171-195, pp. 181 y 190.

inatacable⁶⁰⁸. Si no opera la presunción de paternidad, la filiación del hombre puede determinarse por reconocimiento, por resolución judicial o por adopción (art. 1:199 CCN). Cuando se trata de parejas de mujeres, la filiación de la comadre también puede establecerse por presunción, aunque para ello es necesario que el donante de gametos que ha contribuido a la concepción cumpla los requisitos establecidos legalmente. Más concretamente, mediante la reforma del título primero del CCN en el año 2013⁶⁰⁹, se introduce una presunción de maternidad en el ordenamiento jurídico que opera *ex lege* a favor de la pareja femenina de la mujer tras el recurso conjunto a reproducción asistida, y siempre que ambas estén casadas o se hayan constituido como pareja registrada⁶¹⁰. Para que entre en juego esta presunción, es preciso que la pareja de la mujer que se ha sometido a TRA presente en el plazo legalmente establecido para la inscripción del nacimiento un documento del Registro de Donantes que certifique dos extremos concretos: por un lado, que el matrimonio o pareja ha hecho uso de un centro o servicio autorizado que cumple con la normativa neerlandesa en materia de donación de gametos y, por otro, que el donante que ha contribuido a la concepción del hijo no es conocido por la madre gestante⁶¹¹. El hecho de que el donante no deba ser conocido por la

⁶⁰⁸ Frederik SWENNEN, “The changing concept of ‘family’ and challenges for family law in the Benelux countries”, en Jens M. SCHERPE, *European Family Law*, Volume II, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2016, pp. 5- 21, p. 14.

⁶⁰⁹ Operada por la *Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie* (Staatsblad núm. 480, 5.12.2013), cuya entrada en vigor se produce el 1.4.2014.

⁶¹⁰ Ian CURRY-SUMNER y Machteld VONK, “Dutch co-motherhood in 2014”, *The International Survey of Family Law*, vol. 1, pp. 361-376, p. 362.

⁶¹¹ *Idem*.

madre gestante previa realización de la TRA, no significa que su identidad no pueda ser revelada al hijo que nazca si este así lo solicita⁶¹². De hecho, en Países Bajos, una vez alcanzada la edad de 16 años, el hijo puede solicitar información identificativa del donante al Registro, que será facilitada siempre y cuando este haya otorgado su consentimiento⁶¹³. Cumplidos los requisitos legales, ambas mujeres serán consideradas madres legales del hijo nacido con todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición. Debe advertirse, sin embargo, que esta presunción de maternidad no resulta de aplicación cuando la pareja de mujeres no esté casada o no se haya constituido como pareja registrada y tampoco, con independencia del vínculo que una a la pareja, cuando el donante sea conocido, o cuando se haya recurrido a un donante anónimo, ya sea porque el tratamiento se ha producido en el extranjero, o porque se ha concebido por autoinseminación con espermia adquirido mediante su compraventa en línea⁶¹⁴. Con todo, el legislador neerlandés, consciente de la realidad de estas prácticas, prevé un mecanismo alternativo de determinación de la filiación de la comadre, al que haremos referencia en el apartado II.3.1 del presente capítulo.

⁶¹² *Idem.*

⁶¹³ La normativa neerlandesa en materia de donación de gametos opta por solicitar autorización al donante para revelar su identidad, al considerar que sus motivos o circunstancias pueden haber cambiado desde que realizó la donación. Ante una negativa por parte del donante, el Registro debe valorar la situación, y salvo que haya motivos relevantes que lo justifiquen –no especificados legalmente–, prevalecerá el derecho del hijo a conocer su origen genético: JANSSENS, *et al., cit.*, p. 853.

⁶¹⁴ CURRY-SUMNER y VONK, *cit.*, p. 363. Este contexto ha suscitado, de hecho, una propuesta de reforma por parte de un Comité multidisciplinar de expertos nombrado por el Gobierno neerlandés. Para más información al respecto, *vid.* apdo. II.3.1.2 del presente capítulo.

2.3. Victoria (Australia)

Otro ejemplo es el estado australiano de Victoria, en el cual la filiación derivada de TRA también se determina por presunción. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el Reino Unido o en Países Bajos, su aplicación no se circunscribe en ningún caso a que la técnica se haya llevado a cabo en un centro o servicio autorizado lo que, en consecuencia, puede comprender la autoinseminación⁶¹⁵. La §10C SCAV establece las presunciones que operan respecto al *status filii* del hijo nacido mediante el recurso a «inseminación artificial heteróloga»⁶¹⁶, de forma que si la usuaria está casada o convive *more uxorio* con un hombre⁶¹⁷, se le presume padre legal del hijo que nazca, excluyéndose a su vez la paternidad del donante [§10C(2) SCAV]. No obstante, esta presunción puede desvirtuarse si se prueba que el marido u hombre no casado no ha consentido a la inseminación [§10C(4) SCAV]. Además, una presunción semejante opera cuando se trata de una pareja de mujeres⁶¹⁸, si bien su eficacia se condiciona, adicionalmente a que exista

⁶¹⁵ Jenni MILLBANK, “De facto relationships, same-sex and surrogate parents: exploring the scope and effects of the 2008 Federal Relationship Reforms”, *Australian Journal of Family Law*, vol. 23, julio 2009, pp. 1-34, p. 19.

⁶¹⁶ Aunque se utiliza el término «artificial», las presunciones también se aplican a los hijos concebidos mediante autoinseminación: MILLBANK, “De facto relationships...”, *cit.*, p. 19.

⁶¹⁷ La §2 SCAV establece que el término «*partner*» incluye tanto al cónyuge como a la persona que convive con la usuaria en pareja, y la §10A(1) SCAV, ubicada en la parte que se ocupa del estatus del hijo nacido tras el recurso a TRA por parte de pareja heterosexual (*Part II*), aclara que cualquier referencia a la mujer casada realizada en esta parte debe entenderse extensible asimismo a la mujer que convive con otro hombre manteniendo una relación análoga a la matrimonial.

⁶¹⁸ Tanto el cónyuge como la pareja que convive *more uxorio* con la usuaria están comprendidos en el término «*partner*» definido por la §2 SCAV, si bien este precepto tiene carácter general (no está ubicado específicamente ni en la parte II SCA relativa a la filiación de la pareja heterosexual derivada de TRA, ni tampoco en la parte III SCA relativa a la filiación de la pareja de mujeres o mujer sola derivada de TRA). Hasta

consentimiento a la reproducción asistida, a que ambas sean pareja en el momento de recurrir a TRA [§13(1)(b)(i) SCAV]⁶¹⁹.

2.4. Columbia Británica (Canadá)

También prevé un sistema de presunción la provincia canadiense de Columbia Británica, en la que si la mujer que recurre a TRA está casada o mantiene una «*marriage-like relationship*»⁶²⁰ en el momento de la concepción, con independencia de quien haya aportado el material genético necesario para la concepción, su cónyuge o pareja es considerado/a progenitor/a legal, a menos que se pruebe que no consintió a ostentar tal condición, o que revocó dicho consentimiento [§27(3) FLACB]. Como ocurre en Victoria, las presunciones se aplican también a los nacimientos derivados de autoinseminación, si bien en esta provincia ello se establece de modo expreso (§20 FLACB)⁶²¹.

noviembre de 2017, las parejas del mismo sexo no podían acceder al matrimonio en Australia, aunque sí podían ser consideradas pareja estable a nivel federal, con el objeto de obtener derechos y beneficios semejantes a los que otorga el vínculo matrimonial. Paralelamente también podían registrarse como pareja estable (*domestic partnership*) a nivel estatal. Con todo, el 7 de diciembre de 2017 entró en vigor la reforma de la *Marriage Act* 1961 operada por la *Marriage Amendment (Definition and Religious Freedom) Act* 2017, que finalmente ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo, convirtiendo así a este país en el vigésimoquinto del mundo en garantizar este derecho. En consecuencia, debe entenderse que el término «*partner*» al que alude la parte III SCA, en combinación con la §2 SCA, incluye tanto a la cónyuge de la usuaria como a su pareja.

⁶¹⁹ En este supuesto, se excluye la paternidad del donante con independencia de que sea conocido por la madre gestante o su pareja [§13(1)(c) SCAV].

⁶²⁰ La norma diferencia entre parejas casadas y parejas que tienen una «*marriage-like relationship*». Este último término hace referencia a las parejas que mantienen una relación análoga a la matrimonial, siempre que hayan convivido durante un periodo continuo de al menos 2 años, o que vigente la convivencia hayan tenido un hijo en común [§3(1)(b) FLACB].

⁶²¹ *Vid.*, además, lo dispuesto en el apartado II.1 del presente capítulo sobre Columbia Británica, que excluye expresamente los casos de reproducción sexual.

2.5. Ontario (Canadá)

Por último, en otra provincia canadiense, la de Ontario, se establecen dos presunciones con los mismos efectos, en función de si el hijo ha nacido fruto del recurso a TRA heterólogas [§8(1) CLRAO], o de autoinseminación con esperma de donante [§8(2) CLRAO]. En ambos casos, se presume la filiación del/de la cónyuge o pareja de la madre⁶²², salvo que no haya consentido a la fecundación, o que haya revocado su consentimiento [§8(3) CLRAO].

En resumidas cuentas, en la mayoría de los ordenamientos la presunción de paternidad/maternidad opera automáticamente, si bien cabe desvirtuarla probando que no ha existido consentimiento al acto que ha resultado en la concepción del hijo, o que este ha sido revocado⁶²³. En algunos de ellos, además, es precisa la existencia de una relación de pareja formalizada en el momento de la concepción para que la presunción pueda operar.

2.6. Ventajas y desventajas de la propuesta

Trasladar la posibilidad de determinar la filiación en estos casos mediante presunción al ordenamiento jurídico español al menos

⁶²² El precepto utiliza el término «*spouse*», definido en la §1(1) CLRAO como el cónyuge o la persona con la que se convive en una relación conyugal al margen del matrimonio.

⁶²³ En Reino Unido, por ejemplo, pese a que del tenor literal de la HFEA se desprende la exigencia de un consentimiento formal y expreso [§44(2)], la jurisprudencia ha sido más flexible al permitir en algunos casos la determinación de la filiación de la pareja –no formalizada– de la madre, pese a no existir consentimiento formal o ser este incompleto, al considerarse probado que ambas mujeres tenían intención de ser consideradas progenitoras legales del hijo nacido. HERRING, *cit.*, p. 358 da cuenta de estos casos y de algún otro previo en sentido contrario.

incrementaría la seguridad jurídica en el ámbito de los matrimonios de mujeres, pues bastaría la mera comprobación del estado civil de la receptora de la técnica por parte del encargado del Registro Civil en el momento de practicar la inscripción del nacimiento para inscribir la filiación de su cónyuge. De esta forma, se eliminarían algunos de los problemas que plantea actualmente el vigente art. 7.3 LTRHA, tales como el plazo en el que debe realizarse la manifestación de voluntad por parte de la cónyuge de la madre; la cuestión de si es preciso o no el asentimiento de esta última para que pueda procederse a la inscripción de su maternidad; o qué ocurre en caso de que la pareja se separe y la madre gestante se oponga a que su cónyuge determine extrajudicialmente su maternidad.

En el caso de parejas heterosexuales no casadas, en cambio, la introducción de una presunción legal no evitaría la necesidad de que la pareja tuviera que acudir a alguno de los títulos extrajudiciales reconocidos legalmente para determinar su filiación, dado que no podría determinarse de forma automática si bien, cuando resultase necesario, agilizaría y facilitaría el proceso judicial de reclamación. Ahora bien, la ausencia de una norma estatal que regule las parejas estables no debería impedir que la operatividad de la presunción se pudiese condicionar a que se probasen unos determinados requisitos de convivencia, tal y como hacen actualmente otras leyes de carácter estatal⁶²⁴. De esta forma, el hombre no casado con la madre podría ser

⁶²⁴ Así, por ejemplo, el art. 16.1.b) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, 25.11.1994), que con el objeto de poder subrogarse en un contrato de arrendamiento, exige a la pareja del arrendatario fallecido «que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su

considerado progenitor legal del hijo nacido, una vez se acreditase en el Registro Civil la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente.

Con independencia del tipo de pareja de que se trate, sería preciso acudir a la vía judicial para destruir la presunción de maternidad/paternidad. Y dado que cabe dejarla sin efecto, a la hora de configurar la presunción, resultaría necesario determinar con claridad los requisitos que debe cumplir el consentimiento del cónyuge o pareja al acto del cual resulte la concepción del hijo, para que pueda considerarse válido a los efectos pretendidos.

En Cataluña, el establecimiento de un sistema de presunciones permitiría determinar automáticamente la maternidad de la esposa de la madre, una vez constatado el matrimonio entre ambas. A diferencia del Código Civil español, el Código Civil catalán sí que ha abordado la regulación de la pareja estable por lo que, en el caso de parejas heterosexuales u homosexuales no casadas, cabría condicionar la

orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo de fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia». Otro ejemplo es el del art. 221.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, 31.10.2015), que tiene por objeto regular el derecho a la pensión de viudedad, y que determina que para que la pareja de hecho pueda ser beneficiaria, es necesario que esta se haya constituido con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes no estén impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona, «y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años». El precepto exige, además, la acreditación de la existencia de pareja de hecho mediante la certificación de la inscripción en uno de los registros específicos que existen en las CC.AA. o en los ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante el documento público en el que conste la constitución de dicha pareja, formalizada/o al menos dos años antes de la fecha de fallecimiento del causante.

operatividad de la presunción al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 234-1 CCCat, y que son: a) que la convivencia dure más de dos años ininterrumpidos; b) que durante la convivencia se tenga un hijo en común; o c) que se formalice la relación en escritura pública. De esta forma, acreditado el cumplimiento de cualquiera de los tres requisitos, la filiación del hombre o mujer no casado/a con la madre podría determinarse automáticamente con respecto al hijo concebido mediante el recurso conjunto a TRA.

En cualquier caso, el establecimiento de un sistema de presunciones, tal y como se ha expuesto, no solucionaría los problemas que existen actualmente para determinar la filiación derivada de autoinseminación. Para ello, sería preciso dar un paso adicional, concretamente, el que he expuesto en el apartado II.1 del presente capítulo. Es decir, tanto el legislador español como el catalán y el navarro deberían, a su vez, aclarar que el término «reproducción asistida» es comprensivo de cualquier método de concepción distinto a la relación sexual, pues solo de esta forma la presunción operaría asimismo tras el recurso a este tipo alternativo de inseminación. Teniendo en cuenta que ni la regulación española ni la catalana optaron por este modelo al regular la filiación derivada de TRA, y que la presunción es un sistema falaz de determinación de la filiación para las parejas del mismo sexo por basarse en la probabilidad de ser padre/madre biológico/a, considero que este cambio legislativo no resulta necesario ni mejora sobremanera la regulación actual. A fin de cuentas, la presunción, por más que opere automáticamente en algunos casos, siempre puede dejarse sin efecto, por lo que no evita que la filiación pueda quedar en manos de los

sujetos involucrados en la concepción. En mi opinión, una futura reforma de la filiación derivada de TRA debería intentar prever mecanismos que limiten al máximo esta posibilidad, de manera que se dé prevalencia a la voluntad de las partes del proyecto parental existente con anterioridad a su materialización, sin que esta pueda modificarse tras las desavenencias que entre ellas se puedan suscitar.

3. La aceptación de la filiación derivada del recurso previo a autoinseminación

Otra propuesta legislativa pasa por establecer un mecanismo específico, al margen del previsto para el caso de recurso a reproducción asistida, para determinar la filiación derivada de autoinseminación. Puede tratarse de un mecanismo que exija mayores, menores o distintos requisitos, y que se aplique a todos los usuarios que recurren a este método, o únicamente a algunos de ellos. A continuación, examino Países Bajos como ejemplo de ordenamiento que prevé un sistema propio para determinar la filiación de las personas concebidas de esta forma en el seno de una pareja de mujeres.

3.1. Países Bajos

3.1.1. El contexto actual

El legislador neerlandés, consciente de que determinadas parejas de mujeres optan o pueden optar por concebir al margen de los requisitos que establece la legislación en materia de reproducción asistida, optó por establecer un mecanismo de determinación de la filiación alternativo aplicable, entre otros, a los nacimientos derivados de

autoinseminación con contribución de donante producidos en el seno de parejas de mujeres.

En este país el mecanismo de determinación de la filiación de la comadre es distinto en función de si la pareja de mujeres ha concebido por TRA en los términos exigidos por la legislación neerlandesa, o lo ha hecho al margen de los mismos. Mientras que en el primer caso la filiación de la comadre se determina por presunción⁶²⁵, en el segundo la pareja debe recurrir a la figura del reconocimiento. En contraposición a lo que ocurre en los territorios sujetos a los Códigos civiles español y catalán, la normativa es explícita en cuanto al requisito del consentimiento de la madre gestante para que la filiación de la comadre pueda determinarse eficazmente⁶²⁶. Además, el legislador neerlandés prevé una solución para el caso de que este consentimiento complementario no concurra. Así, en caso de que la madre gestante deniegue su consentimiento, la comadre puede solicitar autorización judicial a los efectos de inscribir su filiación mediante dicho reconocimiento⁶²⁷. Esta petición debe fundamentarse en el hecho de que la esposa o mujer no casada consintió al acto que permitió concebir al hijo que ha dado a luz la madre gestante, esto es, en la existencia de consentimiento a la IA con esperma de donante realizada en un centro o servicio extranjero, a la autoinseminación con esperma de donante conocido o, aunque pueda parecer sorprendente, incluso a la relación sexual de la madre con el «donante»⁶²⁸. De cumplirse estos requisitos, la

⁶²⁵ Para más información, *vid.* lo dispuesto en el apartado II.2.2 del presente capítulo.

⁶²⁶ ANTOKOLSKAIA, *cit.*, p. 8.

⁶²⁷ CURRY-SUMNER y VONK, *cit.*, p. 363.

⁶²⁸ CURRY-SUMNER y VONK, *cit.*, pp. 363-364.

autoridad judicial solo podrá autorizar la inscripción de la doble filiación materna cuando considere que tal reconocimiento es acorde con el interés superior del hijo nacido (art. 1:204.3 CCN)⁶²⁹. En el supuesto contrario, esto es, que la comadre se niegue a reconocer al hijo nacido tras haber consentido a la fecundación, la madre gestante podrá igualmente solicitar que se determine su filiación judicialmente si concurren los requisitos mencionados⁶³⁰.

Además de reconocer una vía para que la comadre pueda determinar su maternidad tras el recurso a autoinseminación, la normativa también permite al donante conocido que mantenga una «relación personal estrecha» con el hijo nacido⁶³¹ reconocer al hijo nacido mientras la filiación de aquella no se haya determinado, y siempre y cuando cuente con el beneplácito de la madre gestante (art. 1:204.1.c CCN). Si esta última se niega, el donante conocido es otro de los sujetos legitimados, además de la comadre que haya consentido a la fecundación, para solicitar autorización judicial al objeto de que se proceda a la inscripción de su filiación por la vía del reconocimiento (art. 1:204.3.b CCN)⁶³². En caso de que la formule, la autorización judicial será otorgada en favor del donante salvo que ello comprometa los intereses

⁶²⁹ ANTOKOLSKAIA, *cit.*, p. 8.

⁶³⁰ *Idem.*

⁶³¹ CURRY-SUMNER Y VONK, *cit.*, p. 364.

⁶³² Como es lógico, también ostenta legitimación para formalizar dicha solicitud el hombre que ha mantenido relaciones sexuales con la madre (art. 1:204.3.a CCN).

de la madre o el desarrollo social, psicológico y emocional del hijo (art. 1:204.3 CCN)⁶³³.

El criterio al que debe atender el juez para autorizar la inscripción de la filiación por la vía del reconocimiento es distinto en función del sujeto solicitante: cuando sea la comadre quien lo solicite el criterio será el interés superior del menor, mientras que si se trata del donante la regla general será conceder la autorización salvo que ello infrinja los intereses de la madre o el bienestar del hijo⁶³⁴. El contexto descrito evidencia que en primera instancia es la madre gestante quien decide quien ha de ser considerado segundo progenitor del hijo, si bien en el supuesto de que esta deniegue su consentimiento, la posición del donante es más favorable que la de la comadre⁶³⁵. Por otra parte, si la comadre reconoce al hijo nacido con el consentimiento de la madre y, paralelamente, el donante pretendía reconocer al hijo, este último cuenta con remedios legales a su alcance para tratar de invalidar su consentimiento⁶³⁶. Aunque el art. 1:205 CCN solo permite impugnar el reconocimiento realizado a la madre, al/a la reconocedor/a y al hijo reconocido, el Tribunal Supremo neerlandés, en su sentencia de 12.11.2004 declaró que el padre biológico puede impugnar excepcionalmente el reconocimiento si la madre ha cometido abuso de derecho a la hora de otorgar o denegar su consentimiento para la

⁶³³ Este criterio se aplica también en el caso de que sea el hombre que ha mantenido relaciones sexuales con la madre quien solicite la autorización: CURRY-SUMNER Y VONK, *cit.*, p. 364.

⁶³⁴ CURRY-SUMNER Y VONK, *cit.*, pp. 364-365.

⁶³⁵ ANTOKOLSKAIA, *cit.*, p. 8.

⁶³⁶ CURRY-SUMNER Y VONK, *cit.*, p. 365.

validez del reconocimiento⁶³⁷. Según un sector doctrinal neerlandés, la posibilidad de que el donante invalide el reconocimiento es muy limitada, todo lo contrario que si lo solicita el propio hijo, dado que la normativa neerlandesa tiene como objetivo proteger la filiación determinada por reconocimiento con el consentimiento de la madre gestante y, por ende, el interés del hijo, de una impugnación arbitraria del reconocimiento por parte del padre biológico⁶³⁸.

Si se diera el escenario opuesto, esto es, que el donante reconociera al hijo nacido con el consentimiento de la madre gestante y, paralelamente, la comadre pretendiera reconocer al hijo, *a priori* no existe remedio legal posible para invalidar el reconocimiento efectuado por el donante. No obstante, si la madre gestante prometió dar su consentimiento a la comadre para reconocer al hijo y posteriormente lo prestó al donante, un sector doctrinal considera que la comadre podría alegar abuso de derecho por parte de la madre gestante a la hora de otorgar su consentimiento, de forma que el tribunal tuviera que resolver atendiendo a todos los intereses en juego⁶³⁹. En cualquier caso, este sector es consciente que la estimación de tal pretensión a favor de la comadre supondría un cambio de carácter fundamental para el derecho de filiación neerlandés⁶⁴⁰.

⁶³⁷ ECLI:NL:HR:2004:AQ7386. La sentencia puede consultarse en neerlandés en el siguiente enlace: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2004:AQ7386>.

⁶³⁸ CURRY-SUMNER y VONK, *cit.*, pp. 365-366.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 366.

⁶⁴⁰ CURRY-SUMNER y VONK, *cit.*, p. 366.

La normativa neerlandesa tampoco otorga guía alguna para resolver el supuesto en el que la madre gestante deniegue su consentimiento para la inscripción del reconocimiento tanto a la comadre como al donante, y ambos soliciten la sustitución judicial de su consentimiento, por lo que hasta que no se plantee un caso de estas características ante los tribunales neerlandeses, se desconoce cómo será resuelta la presente controversia⁶⁴¹.

Por último, en caso de que la filiación de la comadre que ha consentido no se determine en vía extrajudicial, tanto el hijo como la madre gestante pueden instar una acción judicial para que se establezca su maternidad al amparo del art. 1:207 CCN⁶⁴². Cabe destacar, no obstante, que el resultado del pleito no afecta a la obligación de alimentos con respecto al hijo a la que está sujeta la pareja o expareja de la madre que ha consentido a la concepción (art. 1:394 CCN)⁶⁴³. Por el contrario, no cabe instar la determinación judicial de la paternidad del donante en contra de su voluntad⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 367.

⁶⁴² *Idem.*

⁶⁴³ En el supuesto de que el hijo haya sido inscrito exclusivamente con la filiación materna, existe una obligación de pagar alimentos, bien del hombre que ha mantenido relaciones sexuales con la madre, bien de la persona que ha consentido a la concepción fruto de la cual ha nacido el hijo, pese a no estar determinada legalmente su filiación. Esta obligación de alimentos se extiende incluso hasta después de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad para cubrir sus gastos de manutención y educación, aunque posteriormente solo se mantiene si existe necesidad: Paul VLAARDINGERBROEK, “Chapter 5. Family law”, en Jeroen CHORUS, Ewoud HONDIUS y Wim VOERMANS (Eds.), *Introduction to Dutch Law*, 5ª ed., Kluwer Law International B.V., Alphen aan den Rijn (Países Bajos), 2016, pp. 59-92, p. 76.

⁶⁴⁴ ANTOKOLSKAIA, *cit.*, p. 8. Una acción que, por el contrario, sí cabe ejercer contra el hombre que ha mantenido relaciones sexuales con la madre fruto de las cuales ha nacido el hijo: VLAARDINGERBROEK, *cit.*, en CHORUS, HONDIUS y VOERMANS (Eds.), *cit.*, p. 76.

El panorama descrito evidencia que si bien la legislación neerlandesa prevé un mecanismo alternativo para determinar la filiación en caso de recurso a autoinseminación por parte de parejas de mujeres, que incluye tanto la vía extrajudicial como la judicial, también permite impugnar el reconocimiento por el cual se ha determinado la filiación de la comadre⁶⁴⁵. Mientras que ambas mujeres solo pueden instar esta acción ante la existencia de vicios del consentimiento, la impugnación por parte del hijo no está sujeta a semejante requisito, y este puede dejar sin efecto la maternidad de la progenitora no biológica siempre que ejercite la acción en el plazo de 3 años desde que haya alcanzado la mayoría de edad⁶⁴⁶.

En mi opinión, esta vía deja algunas cuestiones sin resolver y hace caso omiso al posible uso de autoinseminación por parte de parejas heterosexuales o mujeres solas. Desde un punto de vista práctico, este contexto parece preferible a la situación de alegalidad presente actualmente en España, si bien creo que no constituye el procedimiento óptimo para resolver el problema. Tanto en la reproducción asistida heteróloga como en la autoinseminación con contribución de donante, lo que fundamenta la maternidad/paternidad legal es la voluntad de concebir un hijo, por lo que no encuentro motivos que justifiquen un distinto tratamiento en función de si se trata de uno u otro caso.

⁶⁴⁵ CURRY-SUMNER y VONK, *cit.*, p. 368.

⁶⁴⁶ *Idem.*

3.1.2. Propuesta de reforma

Este mecanismo alternativo de determinación de la filiación de la comadre ha sido fuertemente cuestionado en un informe elaborado por un comité multidisciplinar de expertos nombrado por el Gobierno neerlandés, publicado el 7.12.2016 y actualizado a fecha de 27.6.2015, que se titula «Child and parents in the 21st century. Report of the Government Committee on the reassessment of parenthood», y que tiene por objeto reevaluar el sistema de filiación, guarda y gestación por sustitución vigente⁶⁴⁷. El informe, compuesto por un total de 11 capítulos, describe la situación existente en materia de filiación, guarda y gestación por sustitución, así como los desarrollos sociales y médicos que se han ido produciendo en estos campos. Además, contiene la visión de futuro formulada por el comité, junto con 68 propuestas de reforma de la legislación neerlandesa vigente, entre las que destaca la que plantea regular la multiparentalidad⁶⁴⁸. Es evidente que, pese a su gran interés, no pueden abordarse en esta sede todas sus propuestas, si bien merece la pena comentar dos de ellas dado que su aprobación supondría modificar el mecanismo de determinación de la filiación descrito, y contribuiría en gran medida a incrementar la seguridad jurídica con respecto a la filiación de los hijos concebidos por autoinseminación con contribución de donante.

⁶⁴⁷ El informe completo, en neerlandés, puede consultarse en: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/12/07/rapport-van-de-staatscommissie-herijking-ouderschap-kind-en-ouders-in-de-21ste-eeuw>. El capítulo undécimo, que contiene la visión de futuro del comité y las recomendaciones propuestas, puede consultarse en inglés en: <https://www.government.nl/documents/reports/2016/12/07/child-and-parent-in-the-21st-century>.

⁶⁴⁸ Esta recomendación concreta es objeto de estudio en el apdo. II.5.4.2 del presente capítulo.

En la primera recomendación, de carácter general, el comité propone que el vínculo genético y la voluntad de asumir un proyecto parental como fundamentos para atribuir la filiación tengan un tratamiento equivalente en la legislación neerlandesa⁶⁴⁹. Lo cierto es que esta acertada propuesta pone en igualdad de condiciones a todos los hijos con independencia del modo en el que hayan sido concebidos, algo que actualmente no ocurre en España, donde el vínculo genético sigue teniendo mucho peso, aunque el hijo haya nacido fruto del recurso a reproducción asistida heteróloga.

La segunda recomendación que cabe traer a colación se refiere directamente al mecanismo de determinación de la filiación previsto para parejas de mujeres casadas o registradas de hecho. El Comité considera que la exigencia actual de presentar una declaración al Registro de donantes con el objeto de garantizar que se ha hecho uso del esperma de un tercero no conocido en un centro o servicio autorizado neerlandés para que pueda operar la presunción de maternidad a favor de la comadre sitúa a los nacidos en el seno de una familia formada por dos mujeres en desigualdad con respecto a los nacidos en el marco de una familia heterosexual. En este contexto,

⁶⁴⁹ *Vid.* recomendación núm. 1 y uno de sus fundamentos, cuyo tenor literal, en inglés, es el siguiente: «The genetic relationship can form the basis for holding a person responsible for the existence of a child and, therefore, also for the care and upbringing of the child, or the associated costs. However, the intention to conceive a child can also be used, on an equal footing, as a fundamental basis to hold somebody responsible for a child. The genetic tie between a parent and a child is not a condition for this responsibility.»: THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *Report Child and parents in the 21st century*, Xerox/OBT, La Haya, 2016, pp. 14-17.

recomienda la eliminación de este requisito de forma que la comadre, casada o registrada como pareja de hecho, con independencia de que se haya hecho uso de un donante anónimo o conocido y de que se haya concebido o no en un centro o servicio autorizado, se convierta en madre legal automáticamente por el juego de la presunción⁶⁵⁰. Consciente de que ello eliminaría la posibilidad de que el donante reconozca al hijo nacido, el comité justifica su recomendación afirmando que esta imposibilidad ya se produce actualmente cuando la pareja que utiliza gametos donados es heterosexual, y ello porque la legislación actual opta por proteger la familia *de facto* en la que nace el hijo. En España, el mecanismo de determinación de la filiación derivada de TRA no solamente cambia en función de si la pareja es heterosexual u homosexual, sino también dependiendo de si la pareja está o no unida por vínculo matrimonial. Creo que es muy positivo dotar del mismo tratamiento a todo tipo de parejas, sobre todo cuando la concepción no tiene lugar por reproducción sexual y han intervenido donantes pues, como apuntaba con anterioridad, en estos casos no encuentro motivos de peso que justifiquen un tratamiento distinto.

Estas y otras propuestas del Comité fueron inicialmente bien recibidas por el entonces ministro de justicia neerlandés⁶⁵¹. Un mes más tarde se

⁶⁵⁰ Se trata concretamente de la recomendación número 20, cuyo tenor literal en inglés es el siguiente: «Remove the condition that in the case of a birth during a marriage or registered partnership of two women, a declaration must be submitted in order to establish the parenthood of the co-mother by operation of law». *Vid.* THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, pp. 39-42.

⁶⁵¹ Me refiero a Ard van der Steur, miembro del Partido Popular por la Libertad y la Democracia («Volkspartij voor Vrijheid en Democratie» [VVD]), quien respondió afirmativamente a las recomendaciones del comité, asegurando que las desarrollaría y las sometería a debate público. De hecho, en febrero de 2017 organizó una

produjeron elecciones generales en Países Bajos y el nuevo Ejecutivo, previamente a adoptar una posición oficial con respecto a las recomendaciones del Comité, consideró necesario un estudio más profundo de determinadas propuestas contenidas en el informe⁶⁵². Esta investigación se llevó a cabo en diversos ámbitos por diferentes organismos y, una vez concluida⁶⁵³, el Gobierno se posicionó exclusivamente a favor de abordar la regulación de tres propuestas concretas, sin referirse expresamente a las recomendaciones analizadas en este apartado⁶⁵⁴. Así las cosas, todavía habrá que esperar más tiempo para conocer si Países Bajos opta finalmente por incorporar estas dos recomendaciones mediante la aprobación de una reforma de la legislación vigente en materia de filiación.

3.2. Ventajas y desventajas de la propuesta

En el ordenamiento jurídico vigente el reconocimiento como mecanismo de determinación de la filiación solo está al alcance de parejas heterosexuales, dado que para establecer la maternidad de la esposa de la madre debe recurrirse necesariamente al título previsto en el art. 7.3 LTRHA, que es distinto⁶⁵⁵. El reconocimiento presupone la

conferencia para analizar el apoyo por parte del público a las recomendaciones formuladas. En esta conferencia participaron, entre otros, jueces, investigadores y partes interesadas, quienes en términos generales respondieron afirmativamente a estas propuestas: BOONE, *cit.*, p. 9.

⁶⁵² Entre ellas, las relativas a la multiparentalidad legal y a la regulación de la filiación derivada del recurso a gestación por sustitución practicada en el extranjero.

⁶⁵³ Para más información sobre el resultado de esta fase, *vid. infra* nota 742.

⁶⁵⁴ Sobre dichas propuestas, *vid. infra* apdo. II.5.4.2.e) del presente capítulo y, en especial, nota 743.

⁶⁵⁵ En Cataluña el título también es distinto, si bien se regula en el art. 235-8.1 CCCat y permite determinar la filiación con independencia de que exista vínculo matrimonial.

relación biológica, aunque el reconecedor no necesita demostrarla para que el reconocimiento devenga eficaz. Pese a ser irrevocable, la filiación así determinada puede dejarse sin efecto mediante el ejercicio de una acción de impugnación que se fundamente exclusivamente en la inexistencia de vinculación genética con el hijo reconocido. Es cierto que el hecho de que el reconocimiento no requiera prueba de la relación biológica como requisito previo para su inscripción invita a reflexionar acerca de la conveniencia de utilizarlo también en casos de doble maternidad. No obstante, dado que la filiación así determinada podría impugnarse, a diferencia de lo que ocurriría si se tratase de un título judicial, me posiciono en contra de esta posibilidad.

Existe, además, otro argumento que desincentiva el recurso a este título para determinar la doble maternidad y es que, para su eficacia durante la minoría de edad del hijo, se requiere el consentimiento expreso de su representante legal⁶⁵⁶, lo que *a priori* deja la relación filial al albur de la voluntad exclusiva de la madre gestante⁶⁵⁷. Y pese a que el consentimiento del representante legal puede ser sustituido por la autoridad judicial, tal y como ocurre en Países Bajos, se trata, en la línea de lo ya apuntado, de un título que ofrece poca seguridad jurídica al

Sobre la determinación de la doble maternidad, *vid. supra* apartado III.3.2.2 del capítulo segundo.

⁶⁵⁶ Salvo que el reconocimiento se efectúe en testamento o en el plazo previsto para practicar la inscripción del nacimiento. Durante el año siguiente al nacimiento, la inscripción de la paternidad así practicada puede suspenderse a simple petición de la madre. En este último supuesto, el padre puede solicitar la confirmación de la inscripción, si bien es necesaria la aprobación judicial con audiencia del ministerio fiscal (art. 124 CC): *vid. supra* nota 555.

⁶⁵⁷ Navarra constituye la excepción a esta regla, ya que en esta comunidad el reconocimiento de un hijo menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada es directamente inscribible sin perjuicio de la oposición que pueda formular su representante legal (Ley 54.c), par. 2º, FN [ref. 2019]: *vid. supra* nota 232.

nacido. Por un lado, porque en caso de controversia la filiación puede determinarse con retraso, lo que puede dejar al hijo en una situación de indefensión, por ejemplo, en caso de fallecimiento de su representante legal. Y, por otro, porque si no llega a determinarse exige el ejercicio de una acción judicial de reclamación, cuyo éxito nunca está asegurado.

En este contexto quizá podría resultar más adecuado crear un nuevo título de determinación extrajudicial de la filiación, consistente en una aceptación de la paternidad/maternidad fruto de un proyecto parental conjunto, previsto exclusivamente para casos en los que la concepción no derive de reproducción sexual, y en los que el progenitor cuya filiación vaya a determinarse no tenga vínculo genético alguno con el hijo. En la línea del reconocimiento que regula el derecho navarro (Ley 54 FN [ref. 2019]), este nuevo título podría configurarse como directamente inscribible en el Registro Civil, sin perjuicio de la oposición que pudiese formular el representante legal del hijo en un plazo de tiempo limitado. La posibilidad de oposición debería circunscribirse exclusivamente a dos supuestos: 1) que el «aceptante» no haya consentido al acto que ha dado lugar a la concepción del hijo; o 2) que este último haya nacido fruto de las relaciones sexuales de la madre con un tercero. En ambos casos, se trasladaría la carga de la prueba al representante legal. Por otra parte, creo que el plazo para formalizar la aceptación de la filiación debería ser limitado y, una vez determinada la paternidad/maternidad, solo debería poder dejarse sin efecto por el «aceptante», como en el caso de que el representante legal formule oposición, si demuestra que no consintió al acto que ha dado lugar a la

concepción del hijo, o que la misma no es consecuencia del método de concepción consentido.

Ahora bien, como ocurre en el caso del reconocimiento o del título previsto en el art. 7.3 LTRHA, la irrupción del donante conocido podría amenazar la eficacia de la filiación determinada por aceptación, de manera que esta propuesta por sí sola no resolvería todos los problemas que plantea la filiación derivada de autoinseminación con contribución de donante. Para evitarlo sería preciso, con carácter adicional, impedir que prosperara cualquier reclamación de la filiación basada en el vínculo genético entre el hijo y su progenitor biológico, cuando la concepción se ha producido por cualquier medio distinto a la reproducción sexual, en la línea de lo dispuesto por el art. 8.3 LTRHA respecto del donante anónimo. Más allá del donante anónimo que realiza su donación en el marco de la LTRHA, esta prohibición debería resultar aplicable también al donante anónimo que realiza su donación al margen de un centro o servicio autorizado español, así como a un donante identificable o conocido. Solo de esta forma podría prevalecer la seguridad jurídica y paz familiar de la familia creada a partir de un proyecto parental conjunto.

4. La renuncia expresa del donante a su paternidad legal

4.1. El contexto español

Otra de las propuestas que puede contribuir al incremento de la seguridad jurídica de los usuarios que recurren a autoinseminación con

contribución de donante consiste en permitir que este último, ajeno al proyecto parental, pueda renunciar eficazmente a su filiación con respecto al futuro hijo que nazca⁶⁵⁸.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico español no cabe semejante renuncia⁶⁵⁹, pues el estado civil es considerado un atributo esencial de la persona, de orden público, que está sometido a normas imperativas e indisponibles⁶⁶⁰. La condición civil de la persona interesa a la misma estructura de la comunidad, en cuanto señala su puesto y significado jurídico en ella, por lo que todo lo referente directa o indirectamente al estado civil se considera de orden público⁶⁶¹. Este carácter se manifiesta «en el número cerrado de los estados reconocidos, de las causas que los crean y modifican; pero, sobre todo, en la intervención directa del Estado, preestableciendo su prueba, imponiendo su inscripción en el Registro y en la necesaria asistencia del Ministerio fiscal en los pleitos sobre estado civil, para vigilar los cambios» que le afectan⁶⁶². El art. 1814 CC sanciona que «no se puede transigir sobre el estado civil de las

⁶⁵⁸ DE LORA DELTORO, *cit.*, en GARCÍA AMADO (Dir.), GUTIÉRREZ SANTIAGO, y ORDÁS ALONSO (Coords.), *cit.*, p. 231 se muestra partidario de extender esta posibilidad incluso a los casos en los que la concepción se produce por reproducción sexual, lo que provocaría «pasar de un régimen de responsabilidad procreativa a una responsable contractualización de las relaciones paterno y materno-filiales futuras que incumbirán a los progenitores».

⁶⁵⁹ También lo pone de manifiesto QUICIOS MOLINA, *cit.*, pp. 17 y 24.

⁶⁶⁰ Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, “Reconocimiento de complacencia e impugnación de la filiación”, *Revista de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, vol. 66, 2015, pp. 1-22, p. 13, accesible a través de la base de datos *Aranzadi-Westlaw* (BIB 2015\295).

⁶⁶¹ Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Vol. II, Tomo II y Temas de Derecho Civil, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 72.

⁶⁶² *Ibid.*, pp. 72 y 73.

personas»⁶⁶³, y el art. 751 LEC, relativo a la indisponibilidad del objeto del proceso, señala que no cabe la renuncia, el allanamiento, ni la transacción en los procesos de filiación, paternidad y maternidad⁶⁶⁴. Además, en virtud del art. 1255 CC, «los contratos pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». En palabras del Tribunal Supremo (STS, 1ª, de 28.11.1992, FJ 3º [RJ 1992\9449]), «las cuestiones relativas a la filiación, matrimonial o no matrimonial, son cuestiones de orden público y quedan sustraídas, en principio, a la libre autonomía de la voluntad (art. 1814 del Código Civil), que sólo puede desplegar su eficacia dentro de los límites excepcionales que en cada caso marca la Ley (...)». En este contexto, la renuncia a la filiación, de producirse, carece de efecto legal alguno.

Con todo, en el ámbito de la reproducción asistida, el ordenamiento jurídico vigente impone expresamente la renuncia a la eventual paternidad o maternidad por parte de los donantes de material genético. En sentido técnico, se trata más bien de un efecto *ope legis*, de acuerdo con el cual cuando un hombre o una mujer dona esperma u óvulos a un banco de gametos autorizado con el fin de que una mujer o

⁶⁶³ Para OGÁYAR AYLLÓN, la prohibición legal se justifica «porque la transacción solo actúa y tiene poder en las relaciones patrimoniales, y por ello no se puede transigir sobre las condiciones personales constitutivas del estado de las personas»: Tomás OGÁYAR AYLLÓN, “Comentario al artículo 1814”, en Manuel ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XII, Vol. 2, Artículos 1809 a 1821 y Ley de 22 de Diciembre de 1953, sobre Arbitrajes de Derecho Privado, Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, pp. 1-7, p. 1, accesible en: <http://app.vlex.com/#sources/727>.

⁶⁶⁴ A salvo del desistimiento con conformidad del ministerio fiscal cuando no existan menores, personas con la capacidad modificada judicialmente o ausentes interesados en el procedimiento.

pareja puedan hacer uso del/de los mismo/s con fines reproductivos (art. 11.4.b) LTRHA), acepta que no pueda determinarse en ningún caso su filiación con respecto al futuro hijo que nazca. Este efecto viene produciéndose desde la aprobación de la LTRA en 1988 al amparo de su art. 8.1, según el cual la revelación del donante en los supuestos que proceda legalmente no implica en ningún caso determinación legal de la filiación. En la actualidad, encuentra su fundamento en el art. 8.3 LTRHA, que reproduce el tenor literal del derogado art. 8.1 LTRA.

Asimismo, la renuncia a la filiación también es posible en el marco de la adopción del hijo del cónyuge, si existe doble vínculo filial, así como en la adopción plena, ya que ambas pueden acordarse si el/los progenitor/es legalmente determinado/s asiente/n a la adopción (arts. 177.2.2º CC y 235-41.1.b) CCCat, y Ley 60, par. 2º, FN [ref. 2019])⁶⁶⁵. Este asentimiento, en la práctica, supone una renuncia a la filiación del hijo, si bien es cierto que, al producirse, no se le deja sin progenitor, sino que este es sustituido por otro distinto. Una sustitución que, de hecho, también se produce en el marco de la autoinseminación salvo que la mujer recurra a ella en solitario.

Pese a este contexto, la renuncia a la filiación por parte del hombre que dona su material genético al margen de un centro o servicio autorizado español carece de efecto alguno por ser contraria al orden público (art. 1255 CC), y constituir el estado civil una materia de carácter

⁶⁶⁵ Su asentimiento no es necesario si está/n imposibilitado/s para prestarlo, si está/n privado/s de la potestad parental por sentencia firme, o si se encuentra/n incurso/s en causa legal para tal privación.

indisponible (1814 CC). Así lo ha confirmado, de hecho, la SAP Valencia, sec. 10^a, de 27.11.2017 (JUR 2018\56440)⁶⁶⁶, con respecto a la renuncia expresa realizada por un donante conocido en relación con el hijo concebido mediante su esperma en el marco de una pareja de mujeres que recurrió a autoinseminación. A juicio del tribunal, «el documento suscrito (...) no produce efecto conforme al artículo 1255 del Código Civil en relación con el artículo 6-3, pues es contrario a la indisponibilidad del estado civil, reflejada en el artículo 1.814 del Código Civil, así como en el artículo 751 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (FJ 2º). Y añade que «la renuncia hecha por el actor es contraria al interés y al orden público, pues la fijeza y seguridad del estado civil es una exigencia de ese interés, así como la correspondencia con la verdad biológica dentro de los límites y requisitos legales, lo que lleva a la invalidez de esa renuncia conforme al artículo 6-2 del Código Civil» (FJ 2º).

A mi juicio, resulta paradójico que cuando la donación se realiza en un centro o servicio autorizado se produzca como efecto *ope legis* la imposibilidad de determinar la filiación del donante con respecto al eventual hijo que nazca y que tal efecto, sin embargo, no pueda operar cuando la donación se lleva a cabo al margen del mismo por personas con plena capacidad de obrar. Creo que esta diferencia de trato carece de justificación⁶⁶⁷, más allá del deseo del legislador de regular y

⁶⁶⁶ Un análisis exhaustivo de esta resolución puede verse en el apartado II.3.1.3.a) del capítulo tercero.

⁶⁶⁷ En el mismo sentido, *vid.* FERRER RIBA, “Familias y pluriparentalidad...”, *cit.*, p. 173, para quien la ley debería respetar la inmunidad del donante si su contribución se produce y acepta bajo este presupuesto, de forma que se llegue al mismo resultado

controlar la donación de espermatozoides u óvulos por centros o servicios debidamente autorizados. Al fin y al cabo, el efecto que produce es el mismo: se donan los gametos y se excluye la filiación del donante con respecto al futuro hijo que nazca.

El hecho de que este efecto no opere por ministerio de la ley cuando el donante es conocido y la donación se ha producido al margen de los términos establecidos por el art. 5.5 LTRHA, provoca que siempre exista el riesgo de que se acabe determinando su filiación pese a que la mujer o pareja que haya hecho uso del material genético se haya comprometido a no reclamarla, y el donante haya renunciado, implícita o explícitamente, a ella. La determinación de su filiación puede desestabilizar o incluso destruir el modelo familiar creado a partir del recurso a este tipo alternativo de inseminación, en el caso de que el establecimiento de la filiación desplace la del segundo progenitor reconocido, lo que le privaría de todos los efectos que derivan de la condición legal de progenitor. Por esta razón, considero que reconocer la posibilidad de renunciar a la paternidad/maternidad por parte de las personas que cedan su material genético a terceros con fines reproductivos sin voluntad de asumir responsabilidades parentales, incrementa sobremanera la seguridad jurídica de todas las personas involucradas en la concepción (la del donante, la de la mujer y, en su caso, la de su pareja), y también la del hijo nacido. Con ello se evitan las consecuencias que puedan producir los futuros cambios de opinión de las partes, priorizándose así la voluntad de asumir la filiación

que valida el régimen legal vigente de la LTRHA cuando proporciona un donante anónimo a una mujer que decide recurrir a TRA en solitario.

exteriorizada de forma previa a la concepción, frente al vínculo biológico existente con el hijo nacido, tal y como ocurre cuando se trata de una IA practicada en un centro o servicio autorizado.

Puede argüirse, no obstante, que pese a incrementar la seguridad jurídica, la adopción de esta propuesta reduce las garantías sanitarias que pretende asegurar la LTRHA cuando se pone en práctica una técnica reproductiva. Sin embargo, realizar una autoinseminación no conlleva necesariamente riesgos médicos, dado que el esperma puede ser controlado previamente con el fin de evitar el riesgo de transmisión de enfermedades infecciones y/o hereditarias⁶⁶⁸. Ello depende no solo del modo de adquisición del material genético, sino también del comportamiento previo de los usuarios (si exigen pruebas médicas al donante, si no lo hacen...)⁶⁶⁹. En consecuencia, considero que este argumento no tiene peso suficiente para desaconsejar la adopción de esta propuesta.

A continuación, examinaré dos ordenamientos que recientemente han permitido que el donante pueda renunciar eficazmente a su

⁶⁶⁸ Si bien es cierto que cuando se dona esperma informalmente, los gametos no se pueden congelar ni almacenar, de forma que no cabe realizar pruebas de seguimiento de enfermedades con un período de incubación como el VIH o la Hepatitis B.: Joyce HARPER *et. al.*, “Using an introduction website to start a family: implications for users and health practitioners”, *Reproductive BioMedicine and Society Online*, vol. 4, 2017, pp. 13-17, p. 15.

⁶⁶⁹ Lo ponen también de manifiesto RAVELINGIEN, PROVOOST y PENNING, *cit.*, p. 525.

paternidad⁶⁷⁰, con el objetivo de identificar los pros y los contras que puede suponer la adopción de esta propuesta.

4.2. La vía californiana

El primero de ellos es el del estado norteamericano de California, donde la posibilidad de renunciar a la filiación por parte del donante se reconoce con carácter expreso desde 2016, y comporta la imposibilidad de reclamar la determinación de su filiación con fundamento en el vínculo biológico existente con el hijo nacido.

De acuerdo con el *Family Code* de California, el hombre que dona su esperma a un profesional médico o un banco de gametos autorizado, al objeto de que pueda ser utilizado con el objetivo de lograr descendencia por una mujer que no sea su cónyuge o pareja registrada, no ostenta la condición legal de progenitor legal respecto del futuro hijo que nazca salvo que se haya pactado por escrito lo contrario previamente a su concepción [§7613(b)(1) FCC]. En términos similares, cuando la donación de gametos se realiza al margen de un profesional médico o de un banco de esperma autorizado, con el propósito de que sea utilizada con fines reproductivos por una mujer distinta a la cónyuge o pareja registrada del donante, este último tampoco ostenta vínculo filial con respecto al futuro hijo que nazca, siempre y cuando se cumpla uno de los siguientes requisitos: a) que el donante y la mujer hayan acordado, por escrito y de forma previa a la concepción, que el primero no ostentará la condición legal de progenitor; o b) que un

⁶⁷⁰ Adviértase que estos son los dos únicos ordenamientos de los que se tiene constancia hasta la actualidad.

tribunal determine que existen pruebas claras y convincentes que demuestran que el hijo ha sido concebido por reproducción asistida y que, previamente a la concepción, la usuaria y el donante habían suscrito un acuerdo oral cuyo pacto principal consistía en que este último no asumiría la condición legal de progenitor [§7613(2)(a) y (b) FCC].

Esta última posibilidad se introdujo en el FCC mediante la *Assembly Bill* 960, *chapter* 566, de 7.10.2015, una ley cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2016 con efectos retroactivos, y que ha incrementado la seguridad jurídica de las familias que conciben mediante reproducción asistida heteróloga al permitir excluir la filiación de las personas que contribuyen genéticamente a la concepción sin voluntad de asumir responsabilidades parentales, con independencia de que la donación se haya producido o no en un centro o servicio autorizado⁶⁷¹. Contrariamente a lo que pueda inferirse, el término «reproducción asistida» que utiliza el *Family Code* de California es comprensivo de cualquier método de concepción distinto a la reproducción sexual [§7606(a)], por lo que en él también tiene cabida la autoinseminación⁶⁷². La norma, además, incorpora una serie de formularios a los que pueden recurrir las personas involucradas en el proyecto parental con el objetivo de plasmar sus intenciones con respecto al futuro hijo que nazca⁶⁷³. Estos formularios se recogen en la §7613.5 FCC y están

⁶⁷¹ Esta disposición es accesible, en inglés, en: http://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201520160AB960 (consultado el 21.5.2019).

⁶⁷² *Vid. supra* nota 589.

⁶⁷³ NATIONAL CENTER FOR LESBIAN RIGHTS (NCLR), *Fact Sheet California's New Assisted Reproduction Law (AB 960) & California Statutory Forms for Assisted Reproduction*,

diseñados para proporcionar claridad respecto a la voluntad, en el momento de la concepción, de los progenitores intencionales que recurren a reproducción asistida. Ahora bien, el hecho de que este precepto incluya determinados formularios no excluye que las personas interesadas puedan suscribir sus propios acuerdos, aunque se aclara que el uso de los primeros satisface el requisito escrito que impone la §7613 FCC. Con todo, la suscripción del acuerdo conforme a dichos formularios no afecta a las presunciones de maternidad/paternidad que establece la §7611 FCC, ni tampoco impide que un tribunal considere cualquier demanda de filiación fundada en la legislación vigente en California o en la propia jurisprudencia. Además, estos formularios no resultan aplicables cuando las partes suscriban acuerdos de gestación por sustitución [§7613.5(c) FCC]⁶⁷⁴.

La §7613.5 FCC contiene un total de cuatro formularios, de entre los cuales el cuarto y último está destinado a mujeres o parejas que recurran a espermatozoides u óvulos donados para concebir. A este cuarto formulario es al que precisamente deben recurrir los usuarios que pretendan concebir mediante autoinseminación con contribución de donante. Su contenido tiene por objeto dejar constancia de la voluntad de utilizar el material genético de un donante para concebir, así como de exonerarle de cualquier tipo de relación parental con el futuro hijo que nazca. Puede ser utilizado tanto por parejas heterosexuales o de mujeres, como por mujeres solas, e incluye la posibilidad de que el progenitor no gestante se comprometa a asumir la filiación del hijo

p. 2, accesible en: <http://www.nclrights.org/legal-help-resources/resource/california-statutory-forms-for-assisted-reproduction/> (consultado el 20.3.2019).

⁶⁷⁴ Esta posibilidad se regula específicamente en las §§7960-7962 FCC.

CAPÍTULO CUARTO. RETOS QUE PLANTEA LA AUTOINSEMINACIÓN CON
CONTRIBUCIÓN DE DONANTE Y PROPUESTAS PARA REGULAR LA FILIACIÓN QUE
PUEDA RESULTAR

gestado por su pareja. El propio modelo advierte que si las partes no suscriben este acuerdo o uno similar el donante de esperma puede ser declarado padre legal a menos que la donación se haya realizado ante un profesional médico o un banco de gametos autorizado, o que un tribunal considere en base a pruebas convincentes que la persona o pareja planeó concebir mediante reproducción asistida con la voluntad de excluir la filiación del donante, tal y como se establece en la §7613(b) FCC. La misma advertencia se realiza con respecto al posible uso de una donante de óvulos. Más concretamente, el modelo contiene cuatro cláusulas concretas: la primera referida a la mujer gestante; la segunda, cuando sea aplicable, al donante de esperma; la tercera, cuando sea aplicable, a la donante de óvulos; y la cuarta referida, en su caso, al progenitor de intención que no gestará al hijo. En la primera y la última, la madre gestante y el progenitor de intención manifiestan su proyecto de recurrir a TRA o autoinseminación mediante esperma/óvulos de donante con la intención de asumir la filiación del futuro hijo que nazca, así como su voluntad de que el/la donante no sea considerado/a progenitor legal. Por su parte, la segunda y tercera recogen la voluntad del/la donante en la que manifiesta su intención de donar su material genético con fines reproductivos, afirma no estar casado/a o formar una pareja registrada con la madre gestante, o mantener una relación extramatrimonial con ella, y mediante la cual deja constancia de su intención de no ser considerado/a progenitor legal del futuro hijo que nazca.

En este contexto, si una pareja o mujer sola recurre a autoinseminación con esperma de donante conocido habiendo suscrito dicho acuerdo, la

§7613(b)(2)(a) FCC resulta de aplicación y, por tanto, la paternidad legal del donante queda excluida. Por su parte, la filiación de la madre gestante queda determinada por el mero hecho del parto [§7610(a) FCC], mientras que la del otro progenitor intencional, si lo hay, se determina en virtud del acuerdo al amparo de la §7613(a) FCC.

Esta inmunidad de la que goza el donante mediando acuerdo [§7613(b) FCC] solo tiene relevancia, no obstante, cuando quien pretende que se establezca su paternidad legal pueda probar únicamente el vínculo biológico existente entre él y el hijo nacido, pero no una conducta activa del donante similar a la paterna mantenida con posterioridad al nacimiento. En otras palabras, si quien solicita la determinación de su paternidad –habitualmente la madre- basa su petición en la conducta activa del donante manifestada con posterioridad al nacimiento, y no en el vínculo biológico existente con el hijo nacido, cabe la posibilidad de que se establezca su filiación al amparo de la §7611 FCC (*Jason P. v. Danielle S.* [2014] 226 Cal.App.4th 167⁶⁷⁵ y *County of Orange v. Cole* [2017]

⁶⁷⁵ El caso involucraba a una pareja heterosexual no casada. Desde 2002 ambos habían mantenido una relación sentimental y habían intentado lograr descendencia sin éxito, tanto por medios naturales como mediante el recurso a reproducción asistida. Ante la imposibilidad de concebir y los vaivenes por los que atravesaba su relación, la demandada adquirió esperma de un donante anónimo con el objetivo de recurrir a TRA en solitario. Al comunicárselo al demandante, este le manifestó que no estaba preparado para ser padre, aunque se ofreció a donar su propio material genético con el propósito de que pudiera utilizarlo para concebir. Poco después, la demandada hizo uso del esperma del demandado y no del que había adquirido previamente de un donante anónimo, sometiéndose primero a dos inseminaciones intrauterinas infructuosas, y después a una FIV mediante la cual se quedó finalmente embarazada. La demandada dio a luz a un hijo en diciembre de 2009, quien fue inscrito únicamente con la filiación materna. Tras el nacimiento, la pareja retomó la relación sin residir conjuntamente, dados los compromisos laborales del demandante. Este se relacionó con el hijo desde el mismo momento del nacimiento, involucrándose en la toma de decisiones importantes relativas a su cuidado y educación, aunque manteniéndose siempre en un segundo plano con respecto a la demandada. A mediados de 2012, la

14 CA5th 504⁶⁷⁶). Este último precepto establece una serie de presunciones *iuris tantum* que permiten determinar la paternidad con

pareja puso fin a su relación aunque, durante un corto período de tiempo, la demandada permitió que el demandante visitase al menor varias veces por semana. Dada la tensión existente entre la expareja, la demandada acabó negándose a permitir que estas visitas siguieran produciéndose, lo que provocó que en julio de 2012 el demandante interpusiese una demanda solicitando que se determinase su paternidad legal, así como que se estableciera un régimen de guarda compartida con respecto al hijo biológico de ambos. En primera instancia se desestimaron ambas peticiones, al considerarse que la §7613(b) FCC impedía la determinación de la paternidad legal de un donante, por lo que el demandante decidió recurrir la decisión. La Corte de Apelaciones de California revocó la sentencia, considerando que la §7613(b) FCC solo impedía determinar la paternidad legal cuando la demanda se fundamentaba en el vínculo biológico existente entre el donante y el hijo nacido, si bien dicha paternidad aún podía determinarse en base a la conducta mantenida por el demandante con posterioridad al nacimiento *ex* §7611(d) FCC. De esta forma, remitió las actuaciones al juzgado *a quo* para que determinase si la conducta efectivamente mantenida por el demandante permitía determinar la paternidad en base a este último precepto. El juzgado de instancia examinó dicha conducta siguiendo el mandato impuesto por la Corte y acabó concluyendo que cabía considerar padre legal al demandante en virtud de la presunción establecida por la §7611(d) FCC. Además, estableció un régimen de guarda exclusiva a favor de la demandada por un período de seis meses, tras el cual se fijaría uno de guarda compartida entre ambos progenitores, y condenó al demandante al pago de una pensión en concepto de alimentos. La demandada interpuso recurso contra esta segunda decisión de instancia, que fue parcialmente estimado por la Corte de Apelaciones en cuanto al régimen de guarda (*Jason P. v. Danielle S.* [2017] 9 Cal.App.5th 1000). Pese a confirmar el pronunciamiento relativo a la filiación, remitió de nuevo las actuaciones al juzgado *a quo* con el propósito de que examinase si concurrían los requisitos necesarios para poder atribuir la guarda compartida al demandante. Una crítica a la resolución de la Corte de Apelaciones de California de 2014 puede verse en Amy Leah HOLTZ, “Daddy or Donor? Uncertainty in California Law in the wake of *Jason P. v. Danielle S.*”, *Hastings Law Journal*, vol. 68, núm. 4, 2017, pp. 869-908.

⁶⁷⁶ Este caso también involucraba a una pareja heterosexual no casada, que se conoció en 1991, y que inició una relación sentimental en el año 2005. Aunque ambos habían discutido la posibilidad de criar un hijo conjuntamente, finalmente el demandado se prestó a donar su esperma para que la mujer se pudiera someter en solitario a una FIV con el objetivo de lograr descendencia. Tras dicho proceso, la mujer dió a luz a un hijo en 2008. El demandado estaba a su vez casado con otra mujer y tenía dos hijos. Pese a esta circunstancia, acostumbraba a residir algunos días en casa de la madre y se identificaba como padre del menor no solo frente a la familia y amigos de esta, sino también frente al hijo. Aunque el demandado no contribuyó pagando alimentos al hijo, sí le realizó varios regalos y ayudó a pagar algunos gastos tanto de la madre como del hijo. En 2010, sin embargo, el demandado dejó de tener contacto con ambos. Cuatro años más tarde, el Condado californiano de Orange presentó una demanda contra él, con el objeto de que fuera declarado padre legal del menor en base a su

independencia de que exista o no vínculo biológico con el hijo nacido (*Elisa B. v. Superior Court* [2005] 37 Cal.4th 108⁶⁷⁷). Más concretamente, en virtud del apartado (d) de la §7611 FCC, se presume progenitor legal a la persona que recibe al hijo en su hogar y lo trata abiertamente como si de su hijo natural se tratara⁶⁷⁸. Esta presunción prescinde del dato biológico y puede aplicarse si ha existido una relación familiar entre el presunto progenitor y el hijo, aunque no la haya habido desde el mismo momento de la concepción o del nacimiento (*In re Nicholas H.* [2002] 28 Cal.4th 56 y *Jason P. v. Danielle S.* [2014] 226 Cal.App.4th 167⁶⁷⁹). El

conducta posterior al nacimiento al amparo de la §7611(d) FCC –y no en base a su conexión biológica–, para poder así ser obligado al pago de una pensión de alimentos a favor del menor. El demandado se opuso a la demanda invocando la §7613(b) FCC, que exime al donante de esperma de ser declarado padre legal cuando la mujer que ha utilizado sus gametos no es su cónyuge, y siempre y cuando no exista acuerdo escrito entre ambos en sentido contrario. La sentencia de primera instancia estimó las pretensiones del Condado de Orange, declarando probada la presunción de paternidad contenida en la §7611(d) FCC y condenándole al pago de una pensión de alimentos a favor del hijo. Posteriormente el demandado interpuso recurso de apelación contra la sentencia de instancia sin éxito, ya que la Corte de Apelaciones de California confirmó la decisión, al considerar probado que el demandado había actuado activamente como progenitor durante al menos los dos primeros dos años y medio de vida del menor.

⁶⁷⁷ Este caso fue instado judicialmente por el Fiscal del condado de El Dorado (California, Estados Unidos) con el objeto de que se declarase la filiación de la comadre respecto de los dos gemelos que había dado a luz dos años antes su expareja, así como que se le condenase al pago de una pensión de alimentos. Los hijos habían sido concebidos mediante IA con esperma de donante anónimo en el marco de un proyecto parental conjunto, si bien habían sido inscritos exclusivamente con la filiación de la madre gestante. No obstante, ambas mujeres se habían ocupado del cuidado de los menores hasta que se produjo la ruptura de la pareja. El Tribunal Supremo de California declaró la maternidad legal de la comadre y la condenó al pago de una pensión de alimentos, al considerar que la conducta activa de la comadre mantenida con posterioridad al nacimiento permitía presumir la existencia de una relación paternofamiliar entre ella y los dos menores.

⁶⁷⁸ El tenor literal de la §7611(d) FCC es el siguiente: «A person is presumed to be the natural parent of a child if (...) (d) the presumed parent receives the child into his or her home and openly holds out the child as his or her natural child.»

⁶⁷⁹ El primer caso involucra a un menor de seis años, cuya madre legal no se hacía cargo de su cuidado debido a problemas mentales y de drogadicción. La expareja de la

fundamento de esta presunción se arraiga en la fuerte política social favorable a preservar una relación paterno filial en curso, y se basa en el interés del estado de California en preservar y proteger las relaciones paterno filiales que se desarrollen, y que otorgan a los hijos estabilidad social y emocional (*In re Nicholas H.* [2002] 28 Cal.4th 56 y *R.M. v. T.A.* [2015] 233 Cal.App.4th 760⁶⁸⁰). Se articula así un medio para proteger la «familia *de facto*», permitiendo que se determine la filiación con base en la posesión de estado.

Para que la presunción de la §7611(d) FCC resulte de aplicación, el tribunal puede considerar una gran variedad de factores, incluyendo el apoyo físico y financiero prestado al menor, los esfuerzos por inscribir el apellido propio en el certificado de nacimiento del hijo, o para que se

madre, que había sido inscrito como progenitor legal del menor pese a no ser su padre biológico, y con quien el menor había convivido durante un período sustancial de tiempo, solicitó judicialmente la atribución de la potestad parental. Pese a que su identidad era conocida, el padre biológico del menor no compareció en el marco del procedimiento, ni pudo ser localizado. La autoridad judicial privó de la potestad parental a la madre del menor, la cual atribuyó en exclusiva a su expareja, si bien esta decisión fue revocada en apelación, al considerarse que la admisión por parte de la expareja de la madre de no ser el padre biológico del menor permitía desvirtuar la presunción de paternidad en virtud de la cual se le había atribuido la potestad parental. Finalmente, el Tribunal Supremo de California revocó esta decisión y confirmó la resolución de instancia, estableciendo que la ausencia de vínculo biológico con el hijo no constituía fundamento suficiente para desvirtuar la presunción. Sobre el segundo caso, *vid. supra* nota 675. Sobre el segundo caso, *vid. supra* nota 675.

⁶⁸⁰ Sobre el primero, *vid.* nota precedente. Por su parte, el segundo caso involucra a una madre que recurrió en solitario a IAD, fruto de la cual dio a luz a un hijo. Posteriormente ella y el menor convivieron con la pareja de la madre durante un período sustancial de tiempo en el cual, además, nació el hijo común de la pareja. Al producirse la ruptura, la expareja de la madre solicitó que se declarase judicialmente su paternidad con respecto al hijo concebido por la madre en solitario. En primera instancia se declaró la paternidad del demandante al considerarse que la conducta activa del demandante mantenida con posterioridad al nacimiento permitía presumir la existencia de una relación paterno filial entre él y el menor y, pese al recurso interpuesto por la madre, la Corte de Apelaciones de California confirmó la decisión.

atribuya a su favor la potestad parental, así como la amplitud y naturaleza inequívoca del reconocimiento del hijo como propio (*S.Y. v. S.B.* [2011] 201 Cal.App.4th 1023⁶⁸¹). Ninguno de estos factores por sí solo es determinante, sino que el tribunal debe considerar todas las circunstancias del caso con el propósito de determinar si la persona cuya filiación se reclama ha demostrado la existencia de una relación paternofamiliar al tratar al hijo como propio, asumiendo la responsabilidad de recibirlo en su hogar (*Charisma R. v. Kristina S.* [2009] 175 Cal.App.4th 361 y *In re Nicholas H.* [2002] 28 Cal.4th 56⁶⁸²). En definitiva, el donante puede ser declarado padre legal si se extralimita en su actuación como mero donante e interviene activamente en la vida del hijo, dado que la §7613(d) FCC impide que se determine su paternidad en base al vínculo biológico si media acuerdo en este sentido o la técnica se ha realizado en un centro o servicio autorizado, pero no evita que ello pueda ocurrir en base a la conducta manifestada con posterioridad al nacimiento al amparo de la §7611(d) FCC⁶⁸³.

⁶⁸¹ Este caso involucró a una pareja de mujeres que había mantenido una relación durante aproximadamente 13 años, período en el cual una de ellas había adoptado a dos menores. Su pareja se había involucrado en su cuidado actuando como progenitora *de facto* durante un período sustancial de tiempo. Al producirse la ruptura, la comadre solicitó judicialmente la declaración de su filiación respecto de los dos hijos de su pareja. En primera instancia se estimó su petición, dada la conducta activa mantenida por la comadre respecto de ambos menores. Pese a que la decisión fue recurrida, la Corte de Apelaciones de California confirmó la resolución.

⁶⁸² El primer caso involucra a una pareja de mujeres que había tenido un hijo en común fruto de un proyecto parental conjunto materializado mediante el recurso previo a IAD. Al producirse la ruptura de la pareja, la madre gestante abandona la residencia familiar con el menor, por lo que la comadre interpone una acción para que se declare judicialmente su filiación. En primera instancia se estima la petición, y esta decisión resultó confirmada por la Corte de Apelaciones de California. Sobre el segundo, *vid supra* nota 679.

⁶⁸³ *Jason P. v. Danielle S.* (2014) 226 Cal.App.4th 167. HOLTZ, *cit.*, p. 879 crítica la actual regulación californiana y opina que actualmente ninguna mujer no casada en California puede pretender ser madre soltera por elección sin temer una futura

Sin perjuicio de todo lo expuesto, cabe advertir que si el proyecto parental consiste en que el donante, además de la madre gestante, adquiera la condición legal de progenitor, cabe suscribir un acuerdo por escrito en tal sentido con carácter previo a la concepción [s. 7613(3) FCC]. De hecho, cuando el acuerdo alcanzado prevea la determinación de la filiación y ello no se haya producido, la §7630(f) FCC otorga legitimación a la parte afectada para solicitar en cualquier momento su establecimiento de acuerdo con la voluntad expresada en el contrato suscrito.

4.3. La vía argentina

En Argentina la autoinseminación también se encuentra actualmente en una situación de alegalidad aunque, como en España, ello no impide que los órganos administrativos y/o los tribunales se enfrenten a casos en los que deben resolver sobre la filiación de los hijos concebidos mediante este tipo alternativo de inseminación. De hecho, en 2017, se planteó en vía administrativa un caso de estas características, de acuerdo con el cual una pareja de mujeres no casadas no pudo inscribir la doble filiación de un hijo nacido por autoinseminación con contribución de donante conocido en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, al no existir vínculo matrimonial entre

reclamación de paternidad por parte del donante, salvo que recurra al esperma de un donante anónimo. Si bien considera que esta última vía *a priori* puede parecer simple, destaca que existen razones de peso por las que una mujer puede preferir no hacer uso de este tipo de donante. Pone de manifiesto, a su vez, que esta normativa permite el establecimiento de la filiación y la consecuente imposición de obligaciones de manutención al donante de gametos, pese a que su intención en el momento de la concepción haya sido la de limitarse a donar su propio material genético con fines reproductivos en beneficio de terceros.

ambas, ni contar con el consentimiento extendido a TRA en un centro o servicio autorizado argentino protocolizado ante notario, tal y como exige el art. 561 CCCN⁶⁸⁴. Pese a la negativa inicial del registro, amparada en la regulación argentina vigente, finalmente se accedió a la petición de inscripción de la doble filiación materna a condición de que se presentara una declaración jurada por parte del donante en la que afirmase su condición, así como el hecho de haber sido totalmente ajeno al proyecto parental⁶⁸⁵. Con ello, se pretendía evitar que el hijo se viera privado ilegítimamente de la filiación paterna, así como de los datos relativos a su identidad, salud y cualesquiera otros que eventualmente pudieran serle de utilidad⁶⁸⁶. En vía administrativa se constató que las dos mujeres habían contraído matrimonio poco después del nacimiento, la voluntad procreacional de ambas fruto de la cual había nacido el hijo, así como que el donante era conocido para la pareja y que no tenía ningún interés en figurar como padre legal⁶⁸⁷. De esta forma, finalmente se procedió a la modificación del acta de inscripción de nacimiento mediante resolución, lo que permitió la reconocer la segunda mujer como madre legal del menor⁶⁸⁸.

⁶⁸⁴ Un relato fáctico del caso puede verse en: “Dos mujeres de Santa Elena hicieron una inseminación casera y pelean para anotar al bebé como hijo de dos mamás”, *Análisis Digital*, 18.7.2017: <http://analisisdigital.com.ar/archivo/2019/06/04/dos-mujeres-de-santa-elena-hicieron-una-inseminacion-casera-y-pelean-para-anotar> (consultado el 20.3.2019).

⁶⁸⁵ DE LORENZI y CAPELLA, “Instrumentalización...”, *cit.*, pp. 4-5.

⁶⁸⁶ DE LORENZI y CAPELLA, “Instrumentalización...”, *cit.*, p. 4.

⁶⁸⁷ --, “Lograron la doble filiación de Giro, el bebé concebido tras inseminación casera”, *Elonce*, 9.10.2017: <https://www.elonce.com/secciones/sociedad/523131-lograron-la-doble-filiacion-de-giro-el-bebn-concebido-tras-inseminacion-casera.htm> (consultado el 20.3.2019).

⁶⁸⁸ *Idem*.

Como puede observarse, la solución *ad hoc* argentina es similar a la que ha adoptado el legislador californiano, esto es, excluir la filiación del donante si media una renuncia expresa a su paternidad. La declaración jurada exigida por el órgano administrativo argentino produce los mismos efectos que el acuerdo privado regulado en California, pues con su suscripción el donante se exonera de las consecuencias jurídicas que se derivan de traer un hijo al mundo. A raíz de esta solución al caso concreto, dos autoras se han posicionado a favor de la misma, y han concretado los términos en los que debería efectuarse la renuncia a la paternidad por parte del donante con el objeto de proteger todos los intereses en juego⁶⁸⁹.

DE LORENZI y CAPELLA rechazan que deban encajarse «nuevos supuestos» en «moldes inadecuados», lo que obliga a ofrecer una nueva respuesta jurídica para determinar el *status filii* de los hijos concebidos por autoinseminación⁶⁹⁰. Dado que el Código Civil y Comercial argentino otorga a la voluntad procreacional la condición de fuente de la filiación en casos de reproducción asistida (arts. 558 y 562), consideran que la filiación derivada de autoinseminación debería determinarse conforme a la misma, de manera que el vínculo genético con el hijo nacido devenga irrelevante.

⁶⁸⁹ Me refiero a la formulada por DE LORENZI y CAPELLA, “Instrumentalización...”, *cit.*, pp. 1-9. La propuesta de estas autoras abarca también la filiación derivada de un acuerdo de gestación por sustitución, si bien me limito a examinarla exclusivamente para el supuesto de que el hijo nazca fruto del recurso a autoinseminación, por ser este el objeto principal del trabajo.

⁶⁹⁰ DE LORENZI y CAPELLA, “Instrumentalización...”, *cit.*, pp. 2-3.

Para poder determinar la filiación en estos casos, ambas autoras proponen la suscripción de un acuerdo privado que resultase directamente inscribible en el registro civil, y que debería cumplir dos requisitos: uno de carácter positivo para constatar la voluntad procreacional de la mujer o pareja que concibe mediante autoinseminación, y otro de carácter negativo para evidenciar la ausencia de voluntad procreacional del donante del material genético, lo que justificaría la exclusión de su filiación⁶⁹¹. DE LORENZI y CAPELLA abogan por un acuerdo que podría suscribirse previa o posteriormente al nacimiento, y mediante el cual las partes del proyecto parental se comprometerían, entre otras cosas, a informar debidamente al hijo nacido de sus orígenes biológicos, así como del derecho que le asiste a acceder a la información facilitada por el donante⁶⁹². Una vez suscrito el acuerdo y producido el nacimiento consideran que las partes del proyecto parental deberían poder presentarlo ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas para que se procediese a la inscripción del nacimiento, haciendo constar la información relativa a los orígenes genéticos del hijo nacido⁶⁹³. Para el supuesto de que no se hubiese celebrado un acuerdo estiman que debería ser posible la comparecencia de las partes del proyecto parental en el registro con el objeto de constatar la voluntad procreacional fruto de la cual ha nacido el hijo cuya filiación se pretende inscribir, así como la del donante de espermatozoides, lo que a su vez permitiría confirmar su ajenidad al proyecto parental y, por ende, que no pretende asumir la filiación del hijo

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 6.

⁶⁹² DE LORENZI y CAPELLA, “Instrumentalización...”, *cit.*, pp. 7-9.

⁶⁹³ *Ibid.*, pp. 8 y 9.

nacido⁶⁹⁴. Tras haber sido informadas sobre las consecuencias jurídicas que tales manifestaciones acarreen, proponen que se pueda proceder a la inscripción de la filiación derivada de autoinseminación⁶⁹⁵.

4.4. Ventajas y desventajas de la propuesta

Aunque el fundamento de la presunción prevista en la §7611(d) del *Family Code* de California puede resultar comprensible –declarar padre legal a quien actúa como tal-, lo cierto es que su aplicación desvirtúa legalmente el objeto del acuerdo que posibilita la §7613(b)(2)(a) FCC. Desde mi punto de vista, si con carácter previo a la concepción las partes pactan la exclusión de la paternidad del donante, este acuerdo debe prevalecer conforme a las exigencias del principio de buena fe, con independencia de la conducta que el donante mantenga con el menor. Solo así, a mi juicio, cobra sentido mantener la posibilidad de excluir la paternidad del donante. En esencia, lo que debe resultar relevante es la voluntad de asumir un proyecto parental, así como de no asumirlo, con anterioridad a que este se materialice, que ha quedado perfectamente reflejada en un acuerdo firmado con el donante, y que no debe ser objeto de modificación ulterior salvo que exista acuerdo de todas las partes. Y es que una vez reconocida la posibilidad de que la autonomía de la voluntad juegue un papel fundamental en el establecimiento de las relaciones paternofiliales, permitir que el donante, tras el contacto el hijo, cambie de parecer y consiga determinar la filiación del hijo nacido pese a la oposición del/de los progenitor/es legal/es, constituye una actuación totalmente contraria a

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 8.

⁶⁹⁵ *Idem.*

la buena fe. En resumidas cuentas, otorgar validez a este acuerdo justamente pretende dar prevalencia a la voluntad de las partes en el momento de la concepción, de manera que lo suscrito debe prevalecer con independencia de los futuros cambios de circunstancias que se produzcan en aras de preservar la paz familiar y otorgar seguridad y estabilidad al estado civil.

Y una vez admitida la posibilidad de renunciar a la paternidad, creo que nada debería obstar para que también se permita la determinación de la filiación del donante, sin perjuicio de lo acordado, en caso de que exista consenso entre todas las partes involucradas en la fecundación. Excepcionalmente me parece factible dejar el contenido del acuerdo sin efecto en este supuesto. Si las partes del acuerdo fuesen únicamente la madre y el donante, la determinación de la filiación se podría establecer fácilmente mediante el recurso a la adopción. En cambio, cuando el acuerdo se hubiese suscrito entre la madre, un progenitor de intención y el donante, la cuestión podría resultar un poco más compleja. En este supuesto, ya existiría un segundo progenitor legal determinado, por lo que la determinación de la paternidad del donante podría suponer el desplazamiento del primero en beneficio del segundo. Creo que esta situación no es deseable en ningún caso y que, ante su concurrencia, la única vía razonable debe ser el recurso a la multiparentalidad legal. En California ya existe esta posibilidad al amparo de la §7612(c) FCC⁶⁹⁶, y permite que tanto la madre y su pareja como el donante puedan ostentar la condición legal de progenitor del hijo nacido, sin que ello

⁶⁹⁶ *Vid.* apdo. II.5.1 del presente capítulo.

suponga desplazar o suprimir la de ninguna de las partes del proyecto parental. En cualquier otro caso, creo que el acuerdo debe prevalecer, de manera que el hijo no mantenga vínculo filial alguno con el donante de esperma.

En definitiva, el ordenamiento jurídico californiano ha optado por dar, al menos de inicio, prevalencia a la voluntad de las partes del proyecto parental en el ámbito de la filiación derivada de reproducción asistida y autoinseminación, dejando totalmente al margen el criterio biológico. A mi parecer, esta es probablemente una de las propuestas más idóneas para solventar los problemas que plantea la actual ausencia de regulación de la filiación derivada de autoinseminación en España. Ahora bien, aunque tal propuesta por sí sola mejora la situación actual no responde a todos los retos que este método reproductivo alternativo plantea en el ámbito de la filiación. Para ello debería reconocerse la posibilidad de renunciar a la filiación y, a su vez, otorgar reconocimiento legal a las familias *de facto* multiparentales, de manera que quepa dar cumplimiento al mandato establecido por el proyecto parental en sentido exclusivo o inclusivo, esto es, permitiendo que el donante se quede al margen de dicho proyecto mediante la renuncia a su paternidad o que forme parte del mismo, bien asumiendo, a la vez que los demás, la condición de progenitor legal, bien ostentando todas o algunas de las responsabilidades parentales con carácter adicional a las que ostentan los progenitores legales.

En cuanto a Argentina, lo cierto es que la adopción de la propuesta planteada ni siquiera requeriría la reforma de la regulación actual, sino

más bien la aprobación de un protocolo de actuación destinado a los órganos administrativos encargados de la inscripción de la filiación. Creo que se trata una buena alternativa, si bien una reforma normativa siempre ofrece mayor seguridad jurídica.

Respecto a los requisitos, considero que el acuerdo debería suscribirse necesariamente con anterioridad al nacimiento, sin que bastase la mera comparecencia de todas las partes involucradas en el registro. La filiación es una cuestión de vital importancia para el hijo por lo que, a mi juicio, la exigencia de ciertas formalidades para otorgar validez a la renuncia a la paternidad efectuada por el donante resultaría más que justificada. Desde mi punto de vista, el acuerdo previo ofrecería mayores garantías, dado que obligaría a las partes a reflexionar acerca de sus consecuencias jurídicas con anterioridad a embarcarse en el proyecto parental, lo que les permitiría asesorarse debidamente y tomar una decisión informada. Además, su suscripción y posterior inscripción en el registro civil con carácter previo al nacimiento implicaría que, una vez se produjese, las partes podrían limitarse a acudir al registro e inscribir la filiación sin ningún obstáculo relevante, habida cuenta de que el acuerdo ya habría sido examinado con anterioridad, y bastaría efectuar la inscripción de acuerdo con lo allí pactado. Se evitaría así la posibilidad de que la determinación de la filiación pudiera verse finalmente alterada por los cambios de opinión de las partes, que generalmente acostumbran a suscitarse con posterioridad al nacimiento. Además, la filiación del hijo quedaría determinada desde que nace, de modo que si entre el nacimiento y la determinación de la filiación se produjera alguna vicisitud (muerte de la comadre o del progenitor *de*

facto, ruptura de la pareja, etc.), ello no afectaría a los derechos del nacido (alimentos, sucesión, etc.). En consecuencia, de no haberse pactado la renuncia a la filiación, cabría la determinación de paternidad del donante. En otro caso, inscrito el acuerdo y determinada la filiación con arreglo a su contenido, se reconocería la relación paterno filial entre el hijo y las partes del proyecto parental, y se eliminaría toda posibilidad de futuras reclamaciones o impugnaciones de maternidad/paternidad que se pudieran llegar a plantear, pues el acuerdo prevalecería en aras de garantizar no solo la estabilidad del estado civil, sino también la seguridad jurídica. Nuevamente, a mi parecer, la ineficacia sobrevenida del acuerdo solo debe poder producirse mediando acuerdo en este sentido entre todas las partes.

En cualquier caso, es preciso advertir que la adopción de esta propuesta, que defiende en interés del hijo y de la seguridad jurídica de las relaciones paternofiliales, no solo impediría que el donante pudiese reclamar su paternidad, sino que también cerraría la puerta a que lo hiciera el hijo, por sí mismo o por medio de su representante legal. Es decir, admitir una renuncia de estas características no solo supondría bloquear la reclamación de la filiación, sino también otorgar inmunidad al donante ante reclamaciones del hijo, incluso cuando este último haya sido inscrito exclusivamente con la filiación materna. Este punto es quizá el más difícil de compaginar con el interés superior del hijo, pues puede argüirse que otorgar eficacia a la renuncia del donante automáticamente priva al hijo de un padre. Esta afirmación es cierta, pero este mismo efecto también se produce cuando una mujer recurre a TRA o adopta en solitario, dos posibilidades que están expresamente

admitidas por el ordenamiento jurídico español, por lo que considero que este argumento no tiene la entidad suficiente para desincentivar la adopción de esta propuesta. En definitiva, reconocer la validez y eficacia de la renuncia expresa a la filiación persigue evitar la irrupción sorpresiva del donante en el estatuto personal del hijo, si bien su adopción implica asimismo liberar al primero de toda responsabilidad procreativa frente al hijo.

5. Multiparentalidad y propuestas afines

Otra propuesta para abordar la problemática que suscita la ausencia de regulación en materia de filiación derivada de autoinseminación con contribución de donante consiste en examinar la posibilidad de regular la multiparentalidad legal. En general, se parte de la idea de que el donante de espermia es ajeno al proyecto parental materializado mediante el recurso a autoinseminación y, por ende, el objetivo de establecer un mecanismo efectivo para determinar la filiación de los hijos nacidos pasa por excluir su paternidad. No obstante, tal afirmación ignora la realidad actual, pues en ocasiones el donante es parte de dicho proyecto, y pretende ejercer responsabilidades parentales con respecto al hijo nacido. De hecho, algunas familias pueden estar formadas por más de dos miembros que ejerzan como progenitores efectivos del hijo nacido, sin que el grado de implicación de cada uno de ellos tenga que ser necesariamente equivalente. En cualquier caso, el ordenamiento jurídico vigente no permite otorgar reconocimiento legal a más de dos personas como progenitores, con todas las obligaciones y los derechos inherentes que derivan de su condición, y tampoco permite atribuir responsabilidades parentales a terceros con carácter

adicional a las que ostentan los progenitores legalmente determinados⁶⁹⁷. En consecuencia, en el seno de estas familias al menos uno de los progenitores que ha formado parte del proyecto parental - pueden ser más de uno-, ni tiene determinada legamente su filiación, ni ostenta responsabilidad parental alguna con respecto al hijo nacido.

En tales circunstancias, la multiparentalidad legal puede ser la respuesta jurídica óptima para reconocer legalmente el papel que el progenitor ejerce en la vida del hijo, ya sea permitiendo que se establezca un vínculo filial entre ambos, o atribuyéndole ciertas responsabilidades parentales con carácter adicional a las que ostentan sus progenitores legales. Si bien es cierto que estas propuestas pueden resultar deseables, ya adelanto que abordarlas en exclusiva sin acompañarlas de otras medidas legislativas no soluciona todos los retos que plantea la filiación derivada del recurso a este tipo alternativo de inseminación.

Lo cierto es que hasta ahora solo tres ordenamientos jurídicos (California [Estados Unidos], Columbia Británica y Ontario [Canadá]) han optado por regular la multiparentalidad legal, entendida como la posibilidad de determinar la filiación a favor de más de dos progenitores, sujetándola a requisitos, caracteres y efectos distintos. En Europa, la posibilidad de abordar su regulación se ha discutido en Bélgica y en Países Bajos, llegando este último incluso a encomendar un informe que culminó en una propuesta concreta favorable a su

⁶⁹⁷ Sobre esta cuestión, *vid. supra* apdos. I.3 y I.4 del presente capítulo.

regulación, que finalmente no ha llegado a aprobarse⁶⁹⁸. Fuera de Europa, se ha planteado dicha posibilidad sin éxito en al menos dos ordenamientos jurídicos: Nueva Zelanda y Victoria (Australia)⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ Respecto a Países Bajos, *vid. supra* nota 647. En cuanto a Bélgica, el Senado publicó a finales del año 2015 un informe que puso sobre la mesa, entre otras cuestiones como la coparentalidad masculina o la gestación por sustitución, la multiparentalidad legal. Su origen trae causa en una solicitud formulada por varios senadores belgas con el objetivo de eliminar la discriminación que sufren las parejas del mismo sexo de acuerdo con la legislación vigente, de responder al posible deseo de tener un hijo de dichas parejas, así como de sancionar penalmente los potenciales abusos que puedan producirse. El punto de partida del informe es que cualquier persona debe poder elegir libremente el modelo familiar que desee y debe gozar de protección legal con independencia de cuál sea su decisión. El informe reconoce que, aunque más de dos personas pueden decidir concebir y criar a un hijo conjuntamente, el ordenamiento jurídico vigente ni permite la determinación la filiación a favor de más de dos progenitores, ni posibilita que se puedan atribuir responsabilidades parentales a más de dos personas. Seguidamente el informe plantea algunas cuestiones concretas en relación con la multiparentalidad, tales como qué posibilidades legales deben otorgarse en caso de optar por su regulación, cómo deben tomarse las decisiones relevantes respecto al hijo en el marco de una familia multiparental, o si la regulación de esta institución es conforme con el interés del hijo. Tal y como señala BOONE, *cit.*, p. 6, este informe constituye el primer paso hacia un futuro trabajo parlamentario, si bien a fecha de finalización de esta tesis doctoral Bélgica todavía no ha planteado ninguna propuesta de regulación concreta para regular la multiparentalidad. Toda la información relativa a la solicitud del informe, su debate y publicación final, puede consultarse en francés y neerlandés en el siguiente enlace: <http://www.senaat.be/www/?MIval=/dossier&LEG=6&NR=98&LANG=nl> (consultado el 2.7.2019).

⁶⁹⁹ En el primero, en 2005 la *Law Commission* de Nueva Zelanda, órgano asesor público independiente encargado de la revisión sistemática, reforma y desarrollo de la legislación neozelandesa, recomendó introducir la posibilidad de que el donante conocido pudiera ser considerado como tercer progenitor legal del hijo junto con los dos restantes progenitores legales. Más concretamente, sujetó esta posibilidad a la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) existencia de un acuerdo entre las partes suscrito con carácter previo a la concepción; 2) que exista constancia de que todas las partes han recibido asesoramiento legal independiente previamente a su suscripción; y 3) que se presente ante la autoridad judicial, por un lado, una declaración jurada de la pareja en la que se afirme que el donante será el progenitor biológico del hijo y que la pareja desea que este sea considerado progenitor legal y, por otro, una declaración jurada del donante en la que declare que será el padre biológico del hijo y pretende asumir su paternidad legal. La *Commission* también se posicionó a favor de que esta posibilidad se pudiese materializar con posterioridad al nacimiento previa prueba biológica de paternidad del donante. Con todo, esta recomendación no ha sido adoptada por el momento: NEW ZEALAND LAW COMMISSION, “New issues in legal parenthood”, Report 88, Wellington, 2005, pp. 68-69, accesible, en inglés, en:

Con el objeto de identificar el marco jurídico más óptimo para regular la multiparentalidad legal en España, en los siguientes apartados examinaré las particularidades de cada uno de estos ordenamientos, así como el modelo de regulación propuesto en Países Bajos por un Comité de expertos, en un informe encargado por el Gobierno neerlandés y publicado en 2016⁷⁰⁰. Adviértase que Bélgica queda fuera de este análisis, dado que en este país todavía no se ha planteado ninguna propuesta concreta para abordar su regulación⁷⁰¹. En último término, me referiré a la multiparentalidad legal entendida como la posibilidad de atribuir responsabilidades parentales a terceros con carácter adicional a las que ya ostentan los progenitores legalmente determinados⁷⁰². Tomando como referencia algunos países que ya la han incorporado a sus respectivos ordenamientos jurídicos, trataré de identificar cómo podría abordarse su adopción, y las ventajas y desventajas que presenta frente a la multiparentalidad legal entendida

<https://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/projectAvailableFormats/NZLC%20R88.pdf>. En el segundo, en 2007 la *Law Reform Commission* de Victoria, órgano encargado de desarrollar procesos de reforma de la legislación estatal, se posicionó en contra de eliminar el límite de los dos progenitores legales con el objeto de permitir que el donante pudiera ser considerado progenitor legal junto con las restantes partes del proyecto parental. Consciente de que ello no evitaría que se formaran familias en las que varias personas actuaran como progenitores, afirmó que esta posibilidad podría ser objeto de análisis en el futuro: VICTORIAN LAW REFORM COMMISSION, “Assisted reproductive technology and adoption. Final report”, 2007, p. 139, accesible, en inglés, en: <http://www.lawreform.vic.gov.au/sites/default/files/ART%20%26%20Adoption%20Report%20FINAL.pdf>.

⁷⁰⁰ *Vid. supra* apdo. II.5.4 del presente capítulo y, especialmente, nota 647.

⁷⁰¹ *Vid. supra* nota 698.

⁷⁰² *Vid. infra* apdo. II.5.6 del presente capítulo.

como la posibilidad de determinar la filiación a favor de más de dos progenitores.

5.1. California (Estados Unidos)

El *Family Code* del estado norteamericano de California permite a un tribunal, desde el año 2013, reconocer a más de dos progenitores legales cuando limitar dicho reconocimiento únicamente a dos sea contrario al interés del hijo [§7612(c)]⁷⁰³. Así, la multiparentalidad legal se constituye en vía judicial y se basa en la asunción *de facto* de un rol parental, sin que sea preciso para que proceda que exista un vínculo genético con el hijo⁷⁰⁴. Contrariamente a otros ordenamientos que han regulado la cuestión, como las provincias canadienses de Columbia Británica u Ontario, el precepto no limita el reconocimiento de la multiparentalidad legal a un determinado número de progenitores por hijo, y tampoco exige que su nacimiento derive del recurso a

⁷⁰³ El legislador californiano adopta una posibilidad prevista en la *Uniform Parentage Act* (UPA) de 2017 [§613(c)]. La UPA constituye un conjunto de reglas para determinar las relaciones paterno-filiales elaborado por la *Uniform Law Commission* (también conocida como *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*), que pretende ofrecer un marco legal armonizado con el objeto de que los estados puedan adoptarlo en sus respectivos ordenamientos. La última versión de la *Uniform Parentage Act* es de 2017 (la versión previa era de 2002) y, a fecha de finalización de esta tesis doctoral, únicamente ha sido adoptada por tres de los 50 estados (California, Vermont y Washington en 2018), si bien ha sido propuesta por otros cuatro (Pensilvania, Connecticut, Rhode Island y Massachusetts en 2019). La disposición y toda la información relativa a su elaboración e implementación por los diferentes estados puede consultarse en: <https://www.uniformlaws.org/home> (consultado el 26.7.2019).

⁷⁰⁴ Jens M. SCHERPE, “Breaking the existing paradigms of parent-child relationships”, en Gillian DOUGLAS, Mervyn MURCH y Victoria STEPHENS (Eds.), *International and national perspectives on child and family law. Essays in honour of Nigel Love*, Intersentia, Cambridge – Amberes – Portland, 2018, pp. 343-359, p. 354.

reproducción asistida⁷⁰⁵. El criterio relevante es el interés superior del menor, y para poder determinar si limitar el reconocimiento de la filiación a únicamente dos progenitores es perjudicial para el hijo el juez tiene que considerar todos los factores relevantes incluyendo, aunque no limitándose solo a ello, al daño que puede sufrir el hijo al ser apartado de un progenitor que ha satisfecho todas sus necesidades físicas y psicológicas con respecto a su cuidado y afecto, y que ha asumido este rol durante un período de tiempo considerable [§7612(c) FCC]. Para poder entender que la limitación del reconocimiento de la filiación es perjudicial para el hijo no es necesario probar la incapacidad de ninguno de los progenitores o personas con legitimación para solicitar el establecimiento de la filiación [§7612(c) *in fine* FCC].

A diferencia de Columbia Británica y Ontario, California contiene un precepto regulador de la multiparentalidad muy escueto, que deja abierta la puerta a su reconocimiento en diferentes escenarios, habida cuenta de que su aplicación exige un análisis caso por caso. La norma que introdujo esta posibilidad en el *Family Code* justificó el reconocimiento de la multiparentalidad legal en la necesidad de que la legislación se adaptase a una realidad social que, aun no siendo la norma general, existe⁷⁰⁶. En efecto, la disposición reconoce la existencia

⁷⁰⁵ La ubicación del precepto, incardinado en el capítulo 2 de la parte III del *Family Code*, relativa al *Uniform Parentage Act*, y en el cual se regula asimismo la filiación por naturaleza, permite asumir que se trata de un precepto dedicado a la filiación en general, y no exclusivamente a la derivada de reproducción asistida. También parece optar por esta vía la propuesta de reforma holandesa: *vid. infra* apdo. II.5.4.2 del presente capítulo, relativo a la multiparentalidad en los Países Bajos.

⁷⁰⁶ *Senate Bill* No. 274, *chapter* 564, de 4.10.2013, accesible, en inglés, en: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB274.

de familias *de facto* multiparentales y la necesidad de otorgarles protección legal en aras de evitar los daños psicológicos y emocionales devastadores que puede sufrir un hijo al ser apartado de uno de sus progenitores⁷⁰⁷. Se indica que el propósito concreto de la §7612(c) FCC es abrogar el precedente establecido por los tribunales californianos en el caso *In re M.C.* (2011) 195 Cal.App.4th 197⁷⁰⁸, en virtud del cual cuando más de dos personas soliciten o puedan solicitar el establecimiento de su filiación legal con respecto a un hijo de acuerdo con la UPA, los tribunales no pueden extender el reconocimiento de la filiación legal a más de dos progenitores con independencia de las circunstancias particulares del caso⁷⁰⁹. Finalmente se aclara que la intención del legislador californiano al aprobar la §7612(c) FCC pasa por reconocer la multiparentalidad legal únicamente en supuestos excepcionales en los que el hijo tenga *de facto* más de dos progenitores y el no reconocimiento de la filiación de todos ellos pueda ser contrario a su interés⁷¹⁰. El contexto descrito evidencia que más que de una

⁷⁰⁷ §1(a) Senate Bill No. 274, chapter 546, de 4.10.2013.

⁷⁰⁸ La controversia se centró en determinar si un hijo nacido durante el matrimonio de una pareja de mujeres pero concebido como resultado de una relación prematrimonial entre la madre gestante y un tercero, podía tener más de dos progenitores legales. El hijo había sido inscrito con doble filiación materna dado que cuando se produjo el nacimiento la madre gestante estaba casada con una mujer. Fruto de un episodio de violencia intrafamiliar, una de ellas acabó ingresada en un hospital y la otra fue encarcelada. Como consecuencia de ello, y dado que el padre biológico no ostentaba vínculo legal alguno con el hijo nacido, este último fue enviado a un hogar de acogida. Posteriormente el padre biológico inició, sin éxito, una batalla legal con el objeto de obtener reconocimiento legal como progenitor y asumir el cuidado del menor. Un análisis exhaustivo del caso y de sus consecuencias puede verse en Nancy D. POLIKOFF, “Response: and baby makes... How many? Using In Re M.C. to consider parentage of a child conceived through sexual intercourse and born to a lesbian couple”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 100, 2012, pp. 2015-2050.

⁷⁰⁹ §1(b) Senate Bill No. 274, chapter 546, de 4.10.2013.

⁷¹⁰ §1(b) Senate Bill No. 274, chapter 546, de 4.10.2013.

cuestión de tutela de la autonomía privada se trata de otorgar protección legal a la posesión de estado. En otras palabras, California articula un mecanismo que permite otorgar reconocimiento legal al progenitor que ejerce efectivamente como tal cuando ello resulta lo más beneficioso para el hijo. Una medida que puede tener mucho sentido, por ejemplo, cuando el progenitor biológico impugna la filiación de quien hasta el momento ha actuado como padre/madre del menor, dado que permite determinar la filiación del primero y, a su vez, mantener intacta la del segundo.

La reforma del FCC no solo reguló el reconocimiento de la multiparentalidad legal, sino que también incorporó disposiciones relativas a los regímenes de guarda y relaciones personales que deben establecerse en estos casos. De hecho, la §3040 FCC establece el marco jurídico genérico de acuerdo con el cual debe establecerse cualquier régimen de guarda, y posteriormente regula por separado los casos de multiparentalidad. Mientras que para los casos generales se prevé un orden de preferencia⁷¹¹, ante una multiparentalidad legal el orden desaparece, siendo el único criterio relevante el interés del hijo. Se precisa que se debe tomar en consideración, aunque no de forma limitada, la necesidad de continuidad y estabilidad del hijo con el objetivo de preservar los patrones de cuidado y los vínculos

⁷¹¹ En primer término, la guarda se debe otorgar a ambos padres o a solo uno de ellos [§3040(a)(1) FCC]. Si ello no es posible, se debe atribuir a las personas con quien el menor ha vivido en un entorno estable y saludable y, en su defecto, a cualquier otra persona/s que el tribunal considere apta/s para proveer un cuidado y una guía adecuada al hijo [§3040(a)(2) y (3) FCC]. El precepto aclara que no establece una preferencia o presunción a favor o en contra de la guarda compartida o exclusiva, sino que el tribunal y la familia gozan de gran discrecionalidad para seleccionar el plan de parentalidad que mejor se ajuste al interés del hijo [§3040(c) FCC].

emocionales establecidos, y se advierte que el tribunal puede acordar que no todos ellos compartan la guarda o la potestad parental del hijo cuando lo contrario pueda resultar perjudicial para su interés [§3040(d) FCC].

5.2. Columbia Británica (Canadá)

Desde 2013 la provincia canadiense de Columbia Británica también regula la multiparentalidad legal, para cuyo reconocimiento se precisa la suscripción de un acuerdo escrito previo a la concepción [§30(1) FLACB]. Además, a diferencia de California, limita esta posibilidad a los hijos concebidos mediante el recurso a «reproducción asistida»⁷¹² [§30(1)(a) FLACB], si bien no exige la intervención del juez para su constitución. Este acuerdo se puede suscribir entre el/los progenitor/es de intención y la potencial madre gestante [§30(1)(b)(i) FLACB]; o entre la potencial madre gestante, su cónyuge o pareja, y el donante [§30(1)(b)(ii) FLACB]. En efecto, no es necesario mantener un vínculo genético con el hijo, aunque la madre gestante debe ser en todo caso parte del acuerdo⁷¹³. El convenio debe estipular que la potencial madre gestante será quien dé a luz al hijo concebido y que, una vez tenga lugar el nacimiento, todas las partes del acuerdo ostentarán la condición legal de progenitor [§30(1)(c) FLACB]. Si se cumplen los requisitos, la filiación se determinará con arreglo a lo estipulado. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en el supuesto de que una de las partes revoque su consentimiento o fallezca con anterioridad a la

⁷¹² Término que comprende asimismo la autoinseminación [§20(1) FLACB].

⁷¹³ SCHERPE, *cit.*, p. 354.

concepción del hijo, el acuerdo se considerará revocado [§30(3)
FLACB]

Los requisitos subjetivos que impone la §30(1)(b)(i) FLACB limitan la multiparentalidad a un máximo de tres progenitores legales: madre gestante, y progenitor/es intencional/es, o madre gestante, su cónyuge o pareja y el donante. Así, por ejemplo, cabe este acuerdo entre un hombre solo o una pareja de hombres y una madre gestante, o entre una mujer sola o parejas de mujeres y el donante⁷¹⁴. Las parejas heterosexuales también pueden hacer uso de la §30 FLACB, si bien de los trabajos preparatorios de la reforma legal se desprende que la multiparentalidad legal fue diseñada para responder más bien a las necesidades de familias no tradicionales⁷¹⁵. Sin embargo, esta disposición no permite que la pareja del donante pueda ser considerado igualmente como progenitor legal⁷¹⁶. Por otra parte, el precepto no hace referencia al interés superior del hijo como parámetro a tener en consideración a la hora de evaluar si el acuerdo cumple con todas las formalidades legales y puede, por tanto, producir efectos legales⁷¹⁷. Pese

⁷¹⁴ Tal y como señala KELLY, solo cabe recurrir a la §30 FLACB cuando el progenitor adicional mantiene un vínculo genético con el hijo nacido. Además, cuando una pareja pretenda hacer uso de esta posibilidad, es preciso que esté casada o mantenga una relación de afectividad análoga a la matrimonial: Fiona KELLY, “Multiple-parent families under British Columbia's new Family Law Act: a challenge to the supremacy of the nuclear family or a method by which to preserve biological ties and opposite-sex parenting?” *UBC Law Review*, vol. 47, núm. 2, 2014, pp. 565-595, p. 581.

⁷¹⁵ Fiona KELLY, “One of these families is not like the others: the legal response to non-normative queer parenting in Canada”, *Alberta Law Review*, vol. 51, núm. 1, 2013, pp. 1-21, p. 7, accesible en: <https://www.albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/55>.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 7.

⁷¹⁷ SCHERPE, *cit.*, p. 354.

al silencio de la norma, entiendo que este criterio se tiene en cuenta. En cualquier caso, cuando medie acuerdo escrito suscrito previamente a la concepción, la filiación legal con respecto al hijo nacido se determinará con arreglo a lo pactado [§30(2) FLACB].

5.3. Ontario (Canadá)

Con ocasión de la reforma operada en 2016 en la *Children's Law Reform Act* ⁷¹⁸, en la provincia canadiense de Ontario se regula legalmente la posibilidad de que más de dos personas puedan ser consideradas progenitores legales de un hijo. Para que proceda dicho reconocimiento, en primer lugar, es preciso que se suscriba un acuerdo previo a la concepción entre un mínimo de dos y un máximo de cuatro personas [§9(2)(a) CLRAO]. En segundo lugar, como en Columbia Británica, es necesario que la mujer que vaya a dar a luz al hijo sea parte del acuerdo, lo que excluye a aquellas mujeres que gesten un hijo en el marco de un acuerdo de gestación por sustitución [§9(2)(b) CLRAO)] ⁷¹⁹. En tercer lugar, además de poder suscribirse cuando se conciba por reproducción asistida o autoinseminación, el acuerdo cabe incluso cuando el hijo es concebido por reproducción sexual, si bien en este último caso se requiere que el «donante de esperma» sea asimismo parte del acuerdo [§9(2)(c) CLRAO] ⁷²⁰. Por último, en el caso de que la

⁷¹⁸ Su entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2017.

⁷¹⁹ Estos acuerdos se regulan en las §§10 y 11 CLRAO.

⁷²⁰ Tal y como apunta SCHERPE, *cit.*, p. 354, la legislación ontariana va más allá de la reproducción asistida y extiende singularmente la posibilidad de suscribir acuerdos de multiparentalidad a aquellos casos en los que la concepción se haya producido por medios naturales. En España, DE LORA DELTORO, *cit.*, en GARCÍA AMADO (Dir.), GUTIÉRREZ SANTIAGO, y ORDÁS ALONSO (Coords.), *cit.*, p. 230, ha criticado que los hombres que mantienen relaciones sexuales sin voluntad de asumir un proyecto parental, a quien denomina «inseminadores naturales», sean tratados legalmente de

madre gestante esté casada o tenga una pareja también se requiere que su cónyuge o conviviente sea parte del acuerdo salvo que, previamente al nacimiento del hijo, manifieste por escrito su negativa a asumir la filiación [§§9(2)(d) y 9(3) CLRAO]. Una vez se ha producido el nacimiento, cualquier persona con interés legítimo y sin sujeción a plazo puede solicitar judicialmente el establecimiento de su filiación en base a un acuerdo previo a la concepción [§13(1) CLRAO]. De cumplirse con los requisitos establecidos legalmente, todas las partes del acuerdo suscrito serán reconocidas como progenitores legales del hijo nacido, siempre y cuando ello sea lo más acorde con el interés superior del hijo [§13(5).4 CLRAO], y no se supere el límite máximo de cuatro progenitores legales [§9(2)(a) CLRAO].

5.4. Países Bajos

5.4.1. Contexto

A diferencia del contexto norteamericano, hasta ahora ningún país europeo ha abordado la regulación de la multiparentalidad legal. En Bélgica se planteó esta posibilidad en un informe solicitado por el Parlamento si bien, como ya se ha avanzado, ello no ha derivado en una propuesta concreta de regulación⁷²¹. Países Bajos, en cambio, ha

modo distinto a los donantes de esperma. En palabras del autor, «Permitir que los «inseminadores naturales» (...) se vayan de rositas es sencillamente una llamada a la irresponsabilidad masculina general. Así puede perfectamente rezar una plausible objeción. Lo cierto es que ese irse de rositas ya se produce cuando la inseminación transcurre con intermediación de un centro de reproducción humana asistida. El contexto doméstico, no asistido, no es esencialmente algo distinto: si hay un claro acuerdo de voluntades para disfrutar de las relaciones sexuales precavidas sin el compromiso, claramente establecido, de que se desea procrear, no se entiende que una de las partes pueda imponer las obligaciones paterno-filiales a otra por encima de su voluntad».

⁷²¹ *Vid. supra* apdo. II.5 del presente capítulo y, más específicamente, nota 698 .

ido un poco más allá, ya que no solo ha puesto la propuesta encima de la mesa, sino que un Comité multidisciplinar de expertos nombrado por el gobierno neerlandés en un informe publicado en 2016 desarrolló los puntos clave a considerar en una eventual regulación de la multiparentalidad legal a nivel nacional ⁷²².

En Países Bajos, tal y como sucede en España, por ahora solo cabe la determinación de la filiación a favor de un máximo de dos progenitores, si bien en su informe el Comité advirtió que las familias multiparentales ya son una realidad ⁷²³. Tras entrevistarse con algunas de ellas, constató que los progenitores legalmente determinados gozan de una posición preferente con respecto al hijo ⁷²⁴. Ello era debido a que el resto de progenitores, pese a que podían ostentar ciertas responsabilidades parentales aún no existiendo vínculo de filiación, estas desaparecían al extinguirse la potestad parental ⁷²⁵.

En aras de otorgar a los hijos concebidos en el marco de una familia multiparental la misma protección de la que gozan aquellos que nacen en el seno de una familia monoparental o biparental, el Comité recomendó regular la multiparentalidad condicionada al cumplimiento de una serie de condiciones legales ⁷²⁶. Seguidamente realizó un análisis más detenido de los puntos clave de la propuesta neerlandesa.

⁷²² *Vid.* apdo. II.3.1.2 del presente capítulo, y muy especialmente, nota 647.

⁷²³ THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, p. 62.

⁷²⁴ *Ibid.*, pp. 62-63.

⁷²⁵ *Idem.*

⁷²⁶ *Ibid.*, pp. 62-64.

5.4.2. Propuesta

El Comité afirmó que condicionaba el reconocimiento legal de esta realidad al cumplimiento de determinados requisitos ya que entendía que su eventual aprobación aumentaría evidentemente la complejidad en el ámbito del cuidado de los hijos⁷²⁷.

Así, decidió articular su propuesta en torno a cinco puntos clave: a) la existencia de un proyecto parental conjunto previo al nacimiento; b) el número de personas que pueden ser parte del acuerdo de multiparentalidad; c) el modo de constitución de la multiparentalidad; d) la inscripción del acuerdo; y, por último, e) la posibilidad de impugnar la filiación así determinada. A continuación, analizo cada uno de ellos.

a) Proyecto parental conjunto previo al nacimiento

El Comité solo concibe la multiparentalidad legal en los casos en los que todos los progenitores tengan voluntad de actuar como tal equitativa y conjuntamente⁷²⁸. A su juicio, los potenciales progenitores deben tener la posibilidad de considerar todas las opciones previamente a la concepción del hijo, y de llegar a los acuerdos que consideren oportunos⁷²⁹. De hecho, se posiciona a favor de que las partes del acuerdo acepten la maternidad/paternidad legal en cualquier momento

⁷²⁷ THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, p. 64.

⁷²⁸ De esta forma, el comité no concibe la multiparentalidad legal como una solución cuando, por ejemplo, la filiación legal se disputa entre el hombre que ha mantenido relaciones sexuales con la madre y su pareja femenina: THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, p. 64.

⁷²⁹ THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, p. 64.

previo al nacimiento del hijo, y que en otro caso la única alternativa posible para que se determine su filiación sea recurrir a la adopción⁷³⁰.

b) Partes del acuerdo

El Comité aboga por limitar la multiparentalidad a un máximo de cuatro progenitores legales divididos hasta en dos domicilios⁷³¹. En cuanto a las potenciales partes del acuerdo de multiparentalidad, se posiciona a favor de las personas que estén genéticamente relacionadas con el hijo, la madre gestante, y sus respectivas parejas⁷³².

c) Modo de constitución

Dada la complejidad que puede suponer el reconocimiento legal de la multiparentalidad, el Comité aconseja que solo pueda constituirse judicialmente⁷³³, al entender que un tribunal estará en disposición de

⁷³⁰ En consecuencia, el Comité se muestra contrario a que la regulación propuesta sea accesible para familias multiparentales constituidas previamente a su entrada en vigor: THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, pp. 64-65.

⁷³¹ Mientras que la primera limitación está relacionada con la situación fáctica de multiparentalidad más común observada por el comité y la realidad de que solo un número limitado de personas desarrolla una relación estrecha con el hijo, la segunda se justifica en base a la extensa experiencia existente con hijos de padres divorciados, la cual ha demostrado durante años que los menores pueden criarse adecuadamente en torno a dos residencias: THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, p. 65.

⁷³² Si esta condición no pudiera satisfacerse por problemas de infertilidad, el comité considera que la ruta adecuada para que se produzca el reconocimiento legal de la multiparentalidad debe ser la adopción simple: THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, p. 65.

⁷³³ THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, p. 66.

determinar el interés superior del futuro hijo y podrá situar dicho interés como primordial en la toma de decisiones⁷³⁴.

En cuanto al procedimiento de constitución, el comité propone que los interesados presenten un acuerdo de multiparentalidad junto con una petición, en los que quede constancia de la intención común de asumir la maternidad/paternidad legal⁷³⁵. Además, propone el nombramiento de un defensor judicial que vele por el interés del hijo⁷³⁶, y que informe al tribunal de cómo los involucrados han tenido en consideración dicho interés a la hora de suscribir el acuerdo⁷³⁷.

d) Inscripción del acuerdo y determinación de la filiación

Una vez se constituya judicialmente la multiparentalidad, el Comité aboga por la inscripción del acuerdo en el «Registro de la Historia

⁷³⁴ Lo que, además, considera que garantizaría la publicidad de las decisiones y contribuiría a mejorar la aceptación de esta institución en el extranjero. De esta forma, si las partes de un acuerdo de multiparentalidad decidieran tener un segundo hijo, el comité se muestra partidario de que sea preciso un nuevo acuerdo, así como una nueva decisión judicial: THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, p. 66.

⁷³⁵ Desde su perspectiva, el acuerdo estimula que las partes consideren cuidadosamente la forma en que pretenden ejercer la multiparentalidad, y estima que el mismo tendría que tener por objeto, entre otras cuestiones: los pactos sobre la división del cuidado y la educación del hijo; la determinación de su residencia habitual; la división de las obligaciones financieras; el apellido; la forma en la que será informado sobre su historia genética; y, finalmente, el modo en el que resolverán posibles controversias y abordarán futuras modificaciones del acuerdo: THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, pp. 66-67.

⁷³⁶ La versión en inglés del informe se refiere a esta figura como «*guardian ad litem*». En neerlandés, se denomina «*bijzondere curator*» y se encuentra regulado en el art. 1:212 CCN.

⁷³⁷ THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, p. 67.

Genética»⁷³⁸, siempre que el tribunal haya declarado que el acuerdo es inmediatamente ejecutable y que el embarazo se produzca con éxito⁷³⁹. Sucesivamente propone que los interesados puedan solicitar al Registro Civil la formalización del reconocimiento de forma que una vez el hijo nazca, la madre gestante y hasta un máximo de tres progenitores adicionales puedan ser inscritos en su certificado de nacimiento⁷⁴⁰.

e) Impugnación de la filiación

El Comité se posiciona a favor de que exista la posibilidad de dejar ulteriormente sin efecto la relación paternofilial reconocida tras la constitución de la multiparentalidad solo con respecto al progenitor no biológico, tal y como ya admite el ordenamiento jurídico cuando se trata de un hijo nacido en el seno de una familia mono o biparental⁷⁴¹.

e) Estado de la propuesta

La publicación del informe del Comité de expertos en 2016 abrió un gran debate en Países Bajos sobre las ventajas y desventajas de la multiparentalidad legal. Desde entonces, la principal preocupación de abogados y académicos neerlandeses se ha centrado en el posible aumento de conflictos entre los progenitores. Debe tenerse en cuenta

⁷³⁸ La traducción es mía. Se trata de un registro cuya creación también ha sido propuesta por el Comité. En neerlandés el registro recibe el nombre de «register ontstaansgeschiedenis (ROG)», y se traduce al inglés como «Origin Story Register». Al respecto, *vid.* apdo. 11.1.5.2 del informe del Comité.

⁷³⁹ THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, p. 68.

⁷⁴⁰ THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, p. 68. Tal y como señala BOONE, *cit.*, p. 8, de producirse la inscripción, todos ellos pasarían a ostentar de forma simultánea la guarda del hijo.

⁷⁴¹ THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, p. 68.

que, de acuerdo con la propuesta del Comité, de constituirse válidamente el acuerdo de multiparentalidad todos los progenitores pasarían automáticamente a ostentar responsabilidad parental en el mismo grado.

En este contexto, el Gobierno neerlandés consideró necesario solicitar una investigación más exhaustiva sobre las consecuencias legales que supondría la regulación de la multiparentalidad en ámbitos como la sucesión, la obligación de alimentos, el nombre, la nacionalidad, el derecho de residencia, el derecho internacional privado y la fiscalidad. El gobierno la encomendó a diferentes organismos, y el resultado se recogió en diferentes informes que ya han sido publicados. La conclusión principal de la investigación es que, pese a que la aprobación de la multiparentalidad legal exigiría ajustar varias normas, los problemas que plantearía en la práctica no serían insuperables⁷⁴².

Pese a ello, el 12 de julio de 2019 el Gobierno neerlandés anunció que rechazaba regular la multiparentalidad legal en los términos propuestos por el Comité de expertos⁷⁴³. El Gobierno argumentó que la aprobación de la propuesta hubiese aumentaría el riesgo de discrepancias en el ejercicio de la responsabilidad parental, lo que juzgó

⁷⁴² Estos informes están disponibles, en neerlandés, en el siguiente enlace: <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-justitie-en-veiligheid/documenten?trefwoord=meerouderschap&periode-van=&periode-tot=&type=Alle+documenten> (consultado el 3.7.2019).

⁷⁴³ Si bien informó que sí adoptaría otras propuestas como la regulación de la filiación derivada de gestación por sustitución practicada en el extranjero, o la creación de un registro que contendrá información sobre la historia genética de la descendencia. *Vid.* el anuncio del Gobierno, en neerlandés, en el siguiente enlace: <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-justitie-en-veiligheid/nieuws/2019/07/12/kabinet-brengt-familie-recht-bij-de-tijd> (consultado el 15.7.2019).

como no aconsejable, así como en que daría lugar a una mayor complejidad en el ámbito de las prestaciones de la seguridad social, la legislación fiscal y el registro del estado civil de las personas, unas consecuencias que no fueron tomadas en consideración por el Comité, y que resultarían costosas para el erario público. Con todo, el Gobierno se comprometió a regular la posibilidad de que los titulares de la responsabilidad parental puedan compartir con terceros algunos deberes y facultades que la integran, con el objeto de proteger su relación con el menor⁷⁴⁴.

Esta propuesta, denominada responsabilidad parental parcial⁷⁴⁵, persigue solucionar los problemas prácticos con los que topan aquellos que ejercen *de facto* como progenitores sin ostentar vínculo filial alguno con el hijo⁷⁴⁶. Solo aquellas personas que estén estrechamente involucradas en el cuidado y la educación del hijo, y que no ostenten responsabilidad parental, podrán optar por esta vía⁷⁴⁷. Así, puede tratarse de la nueva pareja de uno de los progenitores en el marco de una familia reconstituida, de un progenitor en el marco de una familia *de facto* multiparental, de una persona que se encargue de su cuidado en

⁷⁴⁴ *Vid.* la carta de los ministros de justicia y de educación, cultura y ciencia, por la que responden a las recomendaciones del Comité de expertos en materia, entre otras cuestiones, de multiparentalidad, y explican cómo han decidido abordarlas: Sander DEKKER e I.K. VAN ENGELSHOVEN, “Kamerbrief met reactie op aanbevelingen commissie over draagmoederschap, meerouderschap en meerpersoonsgezag”, 2.7.2019, pp. 1-15, p. 3, accesible en neerlandés: <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-justitie-en-veiligheid/documenten/kamerstukken/2019/07/12/kabinetsreactie-op-de-aanbevelingen-op-het-terrein-van-draagmoederschap-meerouderschap-en-meerpersoonsgezag-van-de-staatscommissie-herijking-ouderschap> (consultado el 15.7.2019).

⁷⁴⁵ La traducción es mía. El termino en neerlandés es «*deelgezag*».

⁷⁴⁶ DEKKER y VAN ENGELSHOVEN, *cit.*, p. 10.

⁷⁴⁷ *Idem*.

el marco de un acogimiento, o incluso de un familiar (por ejemplo, los abuelos)⁷⁴⁸. Además, en la línea de la propuesta del comité, podrán solicitar esta posibilidad hasta un máximo de dos personas, de forma que el límite de personas que podrán ejercer responsabilidades parentales con respecto a un hijo ascenderá a cuatro: dos que las ejercerán principalmente, y dos que lo harán con carácter parcial⁷⁴⁹.

En esencia, aquellos terceros que ostenten responsabilidad parental parcial podrán adoptar, junto con los titulares, decisiones que afecten a la vida diaria del hijo (por ejemplo, contactar con el centro educativo o solicitar una visita médica), si bien solo los titulares conservarán todos los derechos y obligaciones asociados a la responsabilidad parental⁷⁵⁰. Los terceros tendrán derecho a ser informados y consultados en relación con aspectos relevantes del cuidado del hijo, si bien en caso de desacuerdo la opinión de los titulares de la responsabilidad parental será decisiva, y los terceros no ostentarán legitimación para resolver el conflicto judicialmente⁷⁵¹. Pese a ello, podrán oponerse a aquellas decisiones que supongan un cambio sustancial del esquema de cuidado establecido con respecto al hijo, en cuyo caso los titulares podrán solicitar la sustitución judicial de su consentimiento⁷⁵². Debe tenerse en cuenta que la administración de los bienes de los hijos, la obligación de alimentos o la solicitud de una autorización para un tratamiento médico

⁷⁴⁸ DEKKER y VAN ENGELSHOVEN, *cit.*, p. 10.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁷⁵⁰ *Idem.*

⁷⁵¹ *Idem.*

⁷⁵² *Idem.*

no formarán parte del contenido de la responsabilidad parental parcial⁷⁵³.

El Gobierno prevé presentar esta reforma ante el Parlamento neerlandés antes del verano de 2020⁷⁵⁴, por lo que todavía habrá que esperar un tiempo para conocer con más detalle cómo se materializa esta propuesta⁷⁵⁵. En cualquier caso, el Ejecutivo neerlandés considera que esta solución no debería conllevar un aumento de los conflictos entre los progenitores, y protege los intereses de ambas partes –los del hijo y los de los terceros- en términos de claridad en cuanto a las responsabilidades parentales⁷⁵⁶.

5.6. Modelo de regulación

5.6.1. Partes del acuerdo de multiparentalidad

En mi opinión, el reconocimiento legal de uno o varios progenitores adicionales debería basarse principalmente en la existencia de un proyecto parental conjunto previo al nacimiento. Ahora bien, en un acuerdo de multiparentalidad materializado a partir del recurso previo a

⁷⁵³ DEKKER y VAN ENGELSHOVEN, *cit.*, p. 11. El derecho de adoptar decisiones relativas a la vida diaria del menor sin ostentar la condición legal de progenitor se reconoce a favor del cónyuge o pareja del titular de la potestad parental en Alemania y en Cataluña. En la primera, el derecho se condiciona a que el progenitor legal sea el único titular de la potestad parental (§1687b BGB), mientras que en la segunda solo puede ejercerse durante el tiempo en el que el progenitor legal tenga la guarda del hijo (art. 236-14-1 CCCat). Por su parte, la República Checa y Suiza reconocen responsabilidades parentales limitadas al cónyuge del progenitor legal: Katharina BOELE-WOELKI *et al.*, *Principles of European Family Law regarding parental responsibilities*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007, p. 117.

⁷⁵⁴ DEKKER y VAN ENGELSHOVEN, *cit.*, p. 15.

⁷⁵⁵ Agradezco a la profesora Ingrid Boone de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica) la inestimable ayuda brindada en este punto, sin la cual no hubiese podido estar al corriente de todo el proceso.

⁷⁵⁶ DEKKER y VAN ENGELSHOVEN, *cit.*, p. 10.

autoinseminación el vínculo genético con el hijo nacido, aunque no debería ser decisivo, tampoco puede considerarse irrelevante. No debe ser decisivo porque un tercero que ha formado parte del proyecto parental pero que no ha contribuido genéticamente a la concepción (como, por ejemplo, el cónyuge o pareja de la madre), debería poder ser parte del acuerdo. Pero, dicho esto, tampoco puede considerarse irrelevante porque, dada la naturaleza misma de la autoinseminación, al menos uno de los progenitores biológicos siempre va a ser parte del acuerdo. El donante, por su parte, podrá o no ser parte del acuerdo de multiparentalidad, en función de si ha participado en el proyecto parental o se ha limitado a contribuir genéticamente a la concepción del hijo.

Salvo California, todos los ordenamientos analizados precisan o proponen como requisito ineludible que la madre gestante sea parte del acuerdo de multiparentalidad⁷⁵⁷. Dado que en nuestro ordenamiento la maternidad se determina por el parto, a excepción de la de la comadre que, en los territorios sujetos al Código Civil y en Navarra, se determina por la manifestación de voluntad realizada ante el encargado del Registro Civil (art. 7.3 LTRHA) y, en Cataluña, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer en el documento extendido ante el centro o servicio autorizado o en documento público (arts. 235-8.1 y

⁷⁵⁷ La omisión del *California Family Code* no es, a mi juicio, involuntaria pues a diferencia de las normativas britanocolombiana y ontariana, la regulación de esta institución persigue otorgar reconocimiento legal a familias *de facto* multiparentales ya constituidas, de manera que se parte de la base de que la filiación materna quedó determinada a favor de la madre gestante desde el mismo momento del nacimiento del hijo.

235-13.1 CCCat), creo que es acertado exigir que quien gesta ostente también la condición legal de progenitora, sobre todo si se tiene en cuenta que la multiparentalidad se produce en el marco de una autoinseminación. Este requisito, sin embargo, pierde importancia si el acuerdo de multiparentalidad se materializa a partir del recurso previo a gestación por sustitución, en cuyo caso la madre gestante puede pretender quedarse al margen del proyecto parental. California, Columbia Británica y Ontario regulan independientemente los acuerdos de gestación por sustitución, al margen de aquellos que puedan celebrarse previamente al recurso a reproducción asistida o autoinseminación, de manera que tiene sentido que impongan la necesidad de que la madre gestante forme parte del acuerdo de multiparentalidad. En España, el contrato por el que se conviene una gestación por sustitución es nulo (art. 10.1 LTRHA), y la maternidad en estos casos se determina por el parto (art. 10.2 LTRHA), de manera que mientras esta situación no cambie⁷⁵⁸, tiene sentido exigir que la madre gestante sea necesariamente parte del acuerdo de multiparentalidad.

Más allá de la madre gestante, Columbia Británica también se pronuncia respecto al resto de potenciales partes de este tipo de

⁷⁵⁸ Nótese que el 3.7.2019 el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó ante la Mesa del Congreso de los Diputados una proposición de ley para permitir la gestación por sustitución en España. Con ello, el grupo recupera la iniciativa presentada en la anterior legislatura, que no llegó a debatirse, e introduce dos novedades principales: por un lado, la posibilidad de que la potencial gestante pueda mantener un vínculo de parentesco con los progenitores comitentes y, por otro, que el contrato de gestación por sustitución sea revisado por la autoridad judicial en vez de por el notario. Su texto íntegro es accesible en el siguiente enlace: www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-46-1.PDF (consultado el 12.8.2019).

acuerdos, entre las que incluye a los progenitores de intención, al donante y al cónyuge o pareja de la madre gestante⁷⁵⁹. Ontario, por su parte, exige que el cónyuge o pareja de la madre gestante también participe en el acuerdo de multiparentalidad, salvo que se manifieste por escrito en sentido contrario con carácter previo al nacimiento. En Países Bajos, además de la madre gestante, la propuesta incluye como potenciales partes del acuerdo a los progenitores vinculados genéticamente con el hijo nacido, y sus respectivas parejas. Desde mi punto de vista, parece lógico permitir que el cónyuge o pareja de la madre gestante pueda participar en el acuerdo si existe un proyecto parental conjunto. Lo mismo puede afirmarse respecto al cónyuge o pareja del donante cuando este sea parte de un acuerdo de multiparentalidad, lo que me obliga a posicionarme en contra del límite máximo de tres progenitores que impone a este respecto la legislación britanocolombiana. Creo que aumentarlo a cuatro, tal y como hace Ontario o propone Países Bajos, es mucho más acertado. Sobre si debe extenderse este límite a un mayor número de progenitores, creo que en el ámbito de la autoinseminación no resulta en absoluto necesario. Aunque la oportunidad de hacerlo sí que puede tener sentido si el acuerdo se materializa mediante el recurso previo a TRA o a gestación por sustitución, en cuyo caso más allá del donante de esperma, la madre gestante, y sus respectivas parejas, otras personas -como, por ejemplo,

⁷⁵⁹ Adviértase que en este ordenamiento el acuerdo de multiparentalidad puede suscribirse entre el/los progenitor/es de intención y la potencial madre gestante, o entre esta, su cónyuge o pareja y el donante. Para más información, *vid.* apdo. II.5.2 del presente capítulo.

la donante de óvulos- pueden tener asimismo voluntad de formar parte del proyecto parental⁷⁶⁰.

5.6.2. Formalización del acuerdo y determinación de la filiación

En cuanto a la formalización del acuerdo de multiparentalidad, el método de constitución óptimo dependerá del propósito con el que se regule finalmente la multiparentalidad. Así, en California, la multiparentalidad legal se ha previsto más como un medio para dar reconocimiento legal a familias que *de facto* ya son multiparentales, que como una vía para que un modelo familiar alternativo obtenga reconocimiento legal a partir del momento del nacimiento del hijo. En este contexto, tiene sentido que California exija la intervención judicial para la constitución de la multiparentalidad legal, sin hacer referencia expresa a acuerdo alguno.

En Columbia Británica y Ontario, en cambio, sí se alude al acuerdo previo a la concepción, justamente porque la multiparentalidad se prevé como una vía para constituir familias formadas por más de dos personas. La primera provincia no alude expresamente a la intervención judicial, mientras que en la segunda el juez interviene una vez se ha producido el nacimiento. Por su parte, en Países Bajos, se propone la firma de un acuerdo, además de la necesaria intervención judicial.

⁷⁶⁰ Piénsese, también, en la donación mitocondrial que añade un tercer progenitor genético, al sustituir las mitocondrias dañadas de la madre por las sanas de una donante con el objeto de evitar la transmisión de enfermedades genéticas. Reino Unido fue el primer país en dar luz verde al uso clínico de esta técnica, si bien en España todavía no ha sido autorizada por la CNRHA.

En mi opinión, de regular esta institución debería exigirse un acuerdo previo a la concepción que recoja la voluntad de cada uno de los sujetos involucrados de asumir la filiación del futuro hijo que nazca. Así, las partes podrían asesorarse legalmente con carácter previo a su materialización, informándose de las consecuencias jurídicas que produciría el acuerdo. Además, tal y como propone el Comité neerlandés soy partidaria de que las partes tengan que introducir una serie de cláusulas adicionales relativas a cómo ejercerán *de facto* la multiparentalidad en la vida diaria, determinando el reparto de las obligaciones de cuidado y financieras entre los progenitores, incluso en el caso de que se produzcan futuras desavenencias entre las partes.

Una vez formalizado, los otorgantes deberían instar un proceso de jurisdicción voluntaria en el que el juez examinase cada uno de los pactos suscritos en aras de validar el acuerdo, teniendo como único parámetro el interés superior del hijo. En caso de validarse, producido el nacimiento, las partes podrían acudir directamente al Registro Civil y presentar la sentencia de forma que, tras su comprobación, el encargado proceda a inscribir la filiación de todas ellas.

En caso de no existir acuerdo previo al nacimiento, creo que no tendría que cerrarse la puerta a la multiparentalidad legal, si bien su constitución debería canalizarse a través de la figura de la adopción. Para ello, no sería precisa una reforma *ad hoc* de esta institución, en tanto que si se modificase la regulación de la filiación para incluir la multiparentalidad legal, instituciones relacionadas como la adopción también se verían afectadas.

5.6.3. Métodos de concepción mediante los que puede materializarse el acuerdo de multiparentalidad

En términos generales, la multiparentalidad legal debería de ser una vía para aquellos que conciban mediante reproducción asistida o autoinseminación. De regularse la gestación por sustitución a nivel doméstico, también podría extenderse a estos casos, adaptando las reglas descritas al supuesto concreto.

Por otra parte, pese a que el análisis objeto de esta investigación deja fuera el supuesto en el que la mujer mantiene relaciones sexuales con un tercero con el objeto de concebir un hijo y criarlo en solitario o junto con su cónyuge o pareja, sin que intervenga el padre biológico, cabe señalar que la legislación ontariana invita a reflexionar sobre la posibilidad de abrir la multiparentalidad legal también a estos casos⁷⁶¹. Lo cierto es que todas las propuestas formuladas hasta ahora para abordar los problemas que plantea la autoinseminación en el ámbito de la filiación persiguen, en resumidas cuentas, otorgar a la voluntad de asumir un proyecto parental el carácter de título de determinación de la filiación, lo que también podría extenderse a supuestos de reproducción sexual, si bien ello exigiría replantearse por completo la regulación de la filiación.

Una última mención requiere la regulación californiana, que abre la puerta a reflexionar sobre si los acuerdos de multiparentalidad deberían trascender la reproducción mediante técnicas de reproducción asistida,

⁷⁶¹ Sobre esta posibilidad, *vid. supra* apdo. II.5.3 del presente capítulo.

autoinseminación o gestación por sustitución, para también otorgar reconocimiento legal a familias reconstituidas.

5.6.4. Pros y contra de abordar su regulación

La principal objeción que se formula al reconocimiento de la multiparentalidad legal es que aumentar el número de progenitores legales puede incrementar el número de disputas entre ellos, así como la complejidad de los conflictos. Generalmente es difícil llegar a un acuerdo o diseñar un régimen en el que los derechos y obligaciones derivados de la filiación legal se repartan adecuadamente entre dos progenitores enfrentados, por lo que aumentar el número de ellos induce automáticamente a pensar que todavía lo hará más complejo.

Lo cierto es que la suscripción de un acuerdo de multiparentalidad previo puede servir para anticiparse a muchos de los posibles conflictos que puedan surgir en el futuro. Es cierto que los potenciales cambios de circunstancias pueden aconsejar dejar sin efecto ciertos de estos pactos en beneficio del menor, si bien otros pueden resultar efectivos una vez surja la disputa entre los progenitores. Además, el hecho de que se reconozca la filiación a favor de todos ellos no equivale a que ejerzan por igual las funciones derivadas de la condición legal de progenitor. De hecho, pueden existir progenitores principales y secundarios, o repartirse las diferentes funciones entre ellos, de manera que ante un conflicto la redistribución de ciertas obligaciones y derechos deba seguir haciéndose exclusivamente entre dos progenitores. Así, por ejemplo, si la multiparentalidad fuera ejercida por una pareja de mujeres y un donante, sería posible que ellas ejercieran

como las progenitoras principales del hijo, encargándose de su cuidado diario y de la toma de decisiones cotidianas relevantes, y que el donante contribuyera financieramente al cuidado del menor y disfrutara de un derecho de relaciones personales amplio. De producirse un conflicto entre las partes, el establecimiento de un régimen de guarda debería atribuirse principalmente a una o ambas mujeres al margen del donante, si fueran ellas quienes hubieran venido ejerciendo esta facultad hasta el momento. Se trataría, en definitiva, de un conflicto como los que surgen si de una familia tradicional se tratase, sin perjuicio de la necesidad de dividir las obligaciones alimenticias, y de redistribuir el tiempo que el hijo pasa con los progenitores no custodios articulado mediante un derecho de relaciones personales a favor del donante. La esencia del conflicto no cambia, y la oportunidad de que se produzca no incrementa solamente porque aumente el número de progenitores legales, pudiendo ser resuelto con los mismos mecanismos que se utilizan actualmente para resolver las disputas en familiares biparentales⁷⁶². Aunque no puede obviarse que distribuir las responsabilidades parentales entre más de dos progenitores conllevará mayores costes para el hijo ya adulto⁷⁶³, estos deben ponderarse con los beneficios que produce para el hijo la multiparentalidad, que se traduce en una comunidad familiar más amplia, más seguridad jurídica, una

⁷⁶² SCHERPE, *cit.*, pp. 357-358.

⁷⁶³ Así, por ejemplo, a más progenitores, aumentan las obligaciones alimenticias del hijo para con sus padres (arts. 143.2º CC), y también el número de herederos en la sucesión intestada del hijo, cuando este no tenga hijos o descendientes (art. 935 CC). Más allá del derecho privado, también aumenta el número de personas susceptibles de solicitar derechos de residencia y/o la nacionalidad.

mayor coherencia entre la realidad fáctica vivida y la situación legal y, en definitiva, más personas con voluntad de ocuparse de su cuidado⁷⁶⁴.

5.7. La atribución de responsabilidades a otras posibles figuras parentales con carácter adicional a las que ostentan los progenitores legalmente determinados

La multiparentalidad legal, entendida como la posibilidad de determinar la filiación con respecto a un hijo a favor de más de dos personas, no es la única alternativa para acabar definitivamente con el paradigma de los dos progenitores y otorgar así seguridad jurídica a las familias multiparentales *de facto*. De hecho, otra posibilidad pasa por permitir la atribución de responsabilidades a otras posibles figuras parentales (como el donante y/o su pareja) con carácter adicional a las que ostentan los progenitores legalmente determinados, de manera que quepa ostentar todas o algunas de ellas sin necesidad de figurar legalmente como progenitor.

En la doctrina inglesa, Andrew BAINHAM propuso ya hace más de dos décadas distinguir entre las categorías de parentalidad genética o biológica (*«parentage»*), parentalidad legal (*«parenthood»*) y responsabilidades parentales (*«parental responsibility»*)⁷⁶⁵. Más

⁷⁶⁴ David D. MEYER, “Partners, Care Givers, and Constitutional Substance of Parenthood”, en Robin Fretwell WILSON (Ed.), *Reconceiving the family: critique on the American Law Institute’s Principles of the Law of Family Dissolution*, Cambridge University Press, New York, 2006, pp. 47-66, pp. 47-50.

⁷⁶⁵ Andrew BAINHAM, “Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: subtle, elusive yet important decisions”, en Andrew BAINHAM, Shelley Day SCLATER y Martin RICHARDS (Eds.), *What is a parent? A socio-legal analysis*, Hart Publishing,

concretamente, BAINHAM cuestionó el estatus legal necesario para satisfacer las aspiraciones legítimas de aquellas personas que se ocupan del cuidado de un hijo con el cual no están genéticamente relacionados, considerando que existe una marcada tendencia a asumir que dicho estatus debe ser necesariamente el de progenitor legal⁷⁶⁶. Partiendo de la idea de que hacer las cosas que generalmente hace un padre o una madre no convierte a alguien en progenitor, para estos casos propone que el ordenamiento atribuya los poderes legales necesarios para poder encargarse adecuadamente del cuidado de un menor⁷⁶⁷. El autor considera que la mejor alternativa para conseguirlo pasa por establecer la posibilidad de atribuir responsabilidades a otras posibles figuras parentales con carácter adicional a las que ya ostentan los progenitores legalmente determinados⁷⁶⁸. De hecho, mientras que en España no cabe atribuir la potestad parental a personas que no ostentan la condición legal de progenitor, y tampoco compartir con estos todas o algunas de las funciones derivadas de dicha potestad⁷⁶⁹, en Inglaterra y Gales la responsabilidad parental («*parental responsibility*»), traducida como la capacidad de adoptar todas las decisiones relevantes que afectan a un hijo a largo plazo, sí puede atribuirse con carácter adicional otras posibles figuras parentales, con independencia de que también esté

Oxford-Portland Oregon, 1999, pp. 25-46. Esta distinción ha sido asumida posteriormente también por SCHERPE, *The present and future...*, cit., p. 85.

⁷⁶⁶ Andrew BAINHAM, “Arguments about parentage”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 67, Parte I, 2008, pp. 322- 351, p. 348.

⁷⁶⁷ *Idem.*

⁷⁶⁸ *Idem.*

⁷⁶⁹ Sobre esta cuestión, *vid. apdo. I.4 del presente capítulo.*

atribuida a dos progenitores legales⁷⁷⁰. En este ordenamiento la potestad parental se concibe como una responsabilidad individual, lo que supone que cada uno de sus titulares pueda actuar por sí mismo, salvo que resulte de aplicación alguna de las excepciones estipuladas legalmente⁷⁷¹. De esta forma, cada titular puede actuar individualmente sin el consentimiento del resto de titulares de la responsabilidad parental, y si alguno de los demás titulares o todos ellos quieren prevenir una determinada actuación, necesitan acudir a la vía judicial, contrariamente a si el ejercicio de esta potestad es conjunto, en la que uno de los titulares debe acudir al juez cuando el otro deniega su consentimiento a una determinada actuación⁷⁷².

A mi juicio, la principal desventaja que presenta este sistema es que los derechos y obligaciones derivados de la potestad parental que se atribuyen otras posibles figuras parentales cuya filiación no ha sido legalmente determinada respecto al hijo desaparecen cuando este último alcanza la mayoría de edad o, de tratarse de una persona con la

⁷⁷⁰ SCHERPE, *cit.*, pp. 356-375. FERRER RIBA, “Familias y pluriparentalidad...”, *cit.*, p. 176, considera que se trata de «un instrumento adecuado para reconocer el ejercicio de roles parentales que no requieran necesariamente los atributos de la parentalidad legal plena».

⁷⁷¹ SCHERPE, *cit.*, p. 357.

⁷⁷² *Idem*. Otros ordenamientos como Finlandia o Lituania también permiten atribuir, aunque de forma muy limitada, determinadas responsabilidades parentales con carácter adicional a las que ostentan los progenitores legales. En la primera, la autoridad judicial puede otorgar la custodia del hijo a terceros, en sustitución o con carácter adicional, a la que ostentan los progenitores legales: Katharina BOELE-WOELKI, Bente BRAAT e Ian CURRY-SUMNER (Eds.), *European Family Law in action, volume III: parental responsibilities*, Intersentia, Antwerp – Oxford, 2005, p. 393. En la segunda se prevé, con carácter excepcional, la posibilidad de atribuir ciertos aspectos de la potestad parental a terceros sin que ello afecte a la potestad que ostentan los progenitores legales, si bien esta vía se limita al tutor y a familiares cercanos del hijo: BOELE-WOELKI *et al.*, *cit.*, p. 75.

capacidad modificada, recupera la plena capacidad⁷⁷³. Ahora bien, esta consecuencia podría mitigarse mediante el recurso a una institución como la adopción simple. Así, si alcanzada la mayoría de edad o recuperada la plena capacidad, el vínculo socioafectivo existente entre el hijo y la persona con la que mantiene algún tipo de vínculo de parentalidad demanda que la relación familiar obtenga pleno reconocimiento legal, este tipo de adopción permitiría establecer un vínculo de filiación entre ambos, sin que este se ampliara a sus respectivos parientes, y sin que se extinguiesen los vínculos de parentesco del hijo con la familia de origen⁷⁷⁴.

Es evidente que esta alternativa es poco aconsejable en aquellos en casos en los que el acuerdo de multiparentalidad prevea una igual distribución de responsabilidades parentales entre las partes⁷⁷⁵. Sin embargo, puede resultar óptima cuando el grado de implicación de cada una de ellas en las funciones parentales sea distinto.

En resumidas cuentas, atribuir responsabilidades a otras posibles figuras parentales con carácter adicional a las que ostentan los progenitores legales constituye un mecanismo alternativo o cumulativo a la posibilidad de determinar legalmente más de dos vínculos filiales,

⁷⁷³ Extinguida la potestad parental, desde un punto de vista legal, el tercero ni siquiera es considerado pariente del hijo. Ello implica, por ejemplo, que no exista una obligación recíproca de prestarse alimentos, o que ninguno de los dos ostente derechos hereditarios en la sucesión intestada del otro.

⁷⁷⁴ En la mayoría de ordenamientos en los que ambos tipos de adopción coexisten - plena y simple-, la adopción plena constituye la vía más óptima para establecer la relación paterno-filial, mientras que la adopción simple se reserva para aquellos supuestos más excepcionales o complejos: SÁNCHEZ CANO, *cit.*, p. 646.

⁷⁷⁵ En estos casos, la propuesta ideal es la descrita en el apdo. precedente (5.6).

que reconoce y ofrece protección legal a las personas involucradas en el cuidado del hijo durante su minoría de edad, que permite acomodar más adecuadamente los diferentes roles que desempeñan cada una de las partes del proyecto parental, cuando estos no están distribuidos equitativamente⁷⁷⁶ y que, en definitiva, puede proteger mejor los intereses del hijo dado que ajusta la situación legal a la realidad fáctica.

6. Propuesta general de *lege ferenda*

Dado que la autoinseminación no está expresamente prohibida por la ley ni es contraria a derechos prevalentes protegidos por el ordenamiento jurídico español, considero que constituye una práctica reproductiva permitida⁷⁷⁷.

Cada persona es libre de seleccionar el método reproductivo que más le convenga para procrear. Por ello, la autoinseminación es, en esencia, una decisión que se enmarca en la vida privada y familiar de cada individuo. Sin embargo, la actual normativa en materia de filiación trata de forma diferente a los hijos en función del carácter de su generación, y esta distinción carece, a mi juicio, de una justificación objetiva y razonable.

⁷⁷⁶ En España, FERRER RIBA, “Familias y pluriparentalidad...”, *cit.*, p. 167 opta por que se adopte un mecanismo cumulativo y lo denomina «modelo híbrido». A su juicio, resulta necesario combinar varias técnicas de regulación, flexibilizando la parentalidad legal para dar reconocimiento jurídico a nuevas estructuras familiares, si bien a su vez es preciso formular o reformular otros estatus parentales al margen de la relación legal de filiación.

⁷⁷⁷ En el mismo sentido, *vid.* QUICIOS MOLINA, “Inseminaciones artificiales domésticas...”, *cit.*, p. 367.

El hecho de que la legislación vigente circunscriba la práctica de técnicas de reproducción asistida a los centros y servicios autorizados se fundamenta en el interés legítimo del estado de controlar tanto los riesgos médicos inherentes a ellas, como los nacimientos que se producen como consecuencia de su realización. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la puesta en práctica de una autoinseminación no necesariamente conlleva riesgos médicos, dado que las muestras de semen que se utilizan para lograr la concepción pueden ser controladas con el fin de evitar el riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas y/o hereditarias⁷⁷⁸. En realidad, la cuestión depende exclusivamente de los usuarios de la autoinseminación. Cuando el esperma se adquiere en un banco de gametos extranjero como Cryos, existen garantías de que los donantes han superado los controles médicos previos necesarios, y que las muestras han sido correctamente almacenadas y enviadas a los usuarios, dado que este banco no solo cumple con la normativa danesa, sino también con la europea que es, a la vez, la misma a la que deben dar cumplimiento los centros y servicios autorizados españoles. Cuando, en cambio, el esperma se adquiere por compraventa o donación a un tercero, la usuaria o pareja puede exigir al donante que, con carácter previo a la realización de la autoinseminación, acredite haber superado satisfactoriamente los exámenes médicos recomendados. En cualquier caso, podrían adoptarse dos medidas concretas con el objetivo de minimizar los riesgos médicos que puede conllevar el recurso a autoinseminación con contribución de donante: por un lado, aumentar la información disponible sobre sus implicaciones médicas, éticas y legales por parte de

⁷⁷⁸ *Vid. supra* nota 668.

los organismos públicos y, por otro, permitir que los centros o servicios autorizados ofrezcan a los usuarios la posibilidad de que el donante seleccionado realice la donación en la propia clínica, lo que aseguraría que el material genético es debidamente analizado previamente a ser utilizado por la usuaria o pareja en un contexto de intimidad⁷⁷⁹.

Por otra parte, es cierto que *a priori* la autoinseminación dificulta llevar a cabo un control efectivo del número de hijos nacidos de cada donante, con independencia de que el material genético se adquiera por compraventa en un banco de gametos extranjero, o a partir de un tercero mediante compraventa o donación. Con todo, es posible adoptar medidas tendentes a minimizar -que no a extinguir- el problema como, por ejemplo, permitir el acceso de los datos relativos al hombre que ha posibilitado la concepción del hijo al Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones, que actualmente se encuentra en fase de implementación, y que codificará y controlará todas las donaciones que se realicen en centros y servicios autorizados españoles en un contexto de anonimato. Pese a que la inscripción del nacimiento del hijo no puede condicionarse al previo registro de dichos datos y que, por el carácter íntimo de la autoinseminación, no puede existir garantía de que se deje constancia de los mismos, su comunicación podría conllevar incentivos tanto para las personas usuarias como para el donante. Si este último fuera anónimo o identificable, la usuaria o pareja podría solicitar al banco de gametos extranjero la remisión de los datos al registro correspondiente. En caso

⁷⁷⁹ En Australia, este servicio se ofrece desde hace, al menos, nueve años: *vid.* RAINBOW FAMILIES COUNCIL, “Options for prospective parents”, *Rainbow families and the law: an information kit for same-sex couples and single people in Victoria*, Octubre 2010, Melbourne (Australia), pp. 1-14, p. 4.

de que fuera conocido, los datos podrían ser remitidos conjuntamente por la persona o pareja usuaria y el donante, y dicha comunicación constituiría una prueba evidente de la voluntad del donante de no asumir responsabilidades parentales con respecto al hijo nacido, lo que ofrecería mayor seguridad jurídica a todas las partes involucradas en la autoinseminación en caso de que se produjesen futuras vicisitudes. Es cierto que la comunicación al registro solo puede garantizarse cuando la técnica se lleve a cabo en un centro o servicio autorizado, y la normativa le imponga a este último la obligación de comunicar los datos. No obstante, no parece descabellado pensar que la mayoría de los usuarios de autoinseminación se mostrarían partidarios de registrar los datos del donante que ha contribuido a la autoinseminación, ya sea solicitando al banco de gametos extranjero que remita esta información, o comunicándola directamente los datos al registro. Debe tenerse en cuenta, por un lado, que una de las justificaciones más recurrentes de sus usuarios es que este método reproductivo permite hacer uso de un donante identificable o conocido⁷⁸⁰ y, por otro, que quienes más habitualmente recurren a ella son parejas de mujeres cuya infertilidad estructural evidencia que la concepción del hijo, con independencia de si ha mediado o no un centro autorizado, no es posible sin el material genético de un tercero.

Más allá de estas cuestiones de política sanitaria, el mayor escollo que presenta a día de hoy la autoinseminación en España es que posibilita el uso de un donante identificable o conocido para lograr la concepción. Si bien es cierto que ello contraría la normativa vigente (art. 5.5

⁷⁸⁰ Al respecto, *vid. supra* apdo.IV.2.4 del capítulo primero.

LTRHA), creo que el legislador nacional debería reconsiderar la posibilidad de eliminar esta regla, siguiendo la tendencia de un número considerable de ordenamientos jurídicos, imponiendo que el donante sea identificable o, al menos, permitiendo que coexistan donantes anónimos e identificables⁷⁸¹. Desde mi punto de vista, en la actualidad la autoinseminación practicada con material genético de donante identificable o conocido constituye una práctica mucho más respetuosa de los derechos del hijo, al permitirle eventualmente conocer la identidad de su progenitor biológico, una posibilidad que no existe si la inseminación se lleva a cabo en un centro o servicio autorizado español. En caso de que se siguiera dicha tendencia, la medida descrita en el apartado precedente podría acompañarse de la supresión de la regla que contiene el art. 7.2 LTRHA, según la cual la inscripción en el Registro Civil en ningún caso reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. De esta forma, el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones podría remitir los datos relativos al hombre que ha posibilitado la concepción del hijo al Registro Civil. Si el donante fuera anónimo, solo debería quedar constancia de que el hijo ha sido concebido mediante gametos donados, y del banco de esperma extranjero en el que se produjo la donación. En caso de que el donante fuera identificable o conocido, además de constatarse el carácter de la generación -y, en el primer caso, también el banco extranjero en el que se ha adquirido el esperma-, deberían plasmarse sus datos identificativos. En cualquier caso, estos datos deberían reflejarse al margen de la inscripción de nacimiento, no afectar a la filiación y tener carácter restringido, de manera que solo se

⁷⁸¹ Sobre esta cuestión, *vid.* apdo. 2.4 del capítulo primero.

CAPÍTULO CUARTO. RETOS QUE PLANTEA LA AUTOINSEMINACIÓN CON
CONTRIBUCIÓN DE DONANTE Y PROPUESTAS PARA REGULAR LA FILIACIÓN QUE
PUEDA RESULTAR

faciliten si el hijo así lo solicita una vez alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad. Con ello, se articularía un mecanismo que permitiría al hijo constatar si ha sido concebidos con gametos donados, lo que es sumamente relevante teniendo en cuenta que la normativa actual no prevé medida alguna que garantice que el hijo pueda conocer las circunstancias de su concepción en caso no ser informado al respecto. En definitiva, en sede de autoinseminación, las medidas descritas permitirían ejercer un mayor control de los hijos nacidos por cada donante, ofrecerían más seguridad jurídica a las usuaria o pareja y al donante, y permitirían al hijo conocer el carácter de su generación y, en caso de que el donante utilizado fuera identificable o conocido, incluso su identidad.

Desde mi punto de vista, el contexto descrito no resulta suficiente para justificar que la regulación en materia de filiación de los hijos nacidos sea distinta en función de las circunstancias en las que se ha llevado a cabo la inseminación (es decir, con o sin la intermediación de un centro o servicio autorizado). El hijo no es responsable de las decisiones que toman sus padres, ni ha podido incidir en modo alguno en el método al que han recurrido para concebirle, de manera que no tiene sentido que el ordenamiento no proteja su interés. Este interés, en mi opinión, se traduce en otorgar reconocimiento legal a su modelo familiar, formado por las personas que le han querido traer al mundo, que le procuran cuidado y afecto, y que aseguran su estabilidad. Todo ello sin perjuicio de que se articulen mecanismos que le permitan conocer su origen biológico, similares a los que ya existen en el ámbito de la filiación por adopción.

A la luz de todo lo expuesto son tres, a mi juicio, los retos principales que plantea la autoinseminación derivada de autoinseminación con contribución de donante. El primero de ellos consiste en dotar de seguridad jurídica y estabilidad a la relación paternofilial entre el progenitor intencional y el hijo. Por su parte, el segundo reto radica en eliminar el riesgo de irrupción del donante en una familia ya constituida, si el rol pactado con la usuaria o pareja era el de limitarse a contribuir genéticamente a la concepción. Por último, el tercer reto estriba en permitir que aquel pueda ejercer, junto con los progenitores legales, responsabilidades parentales con respecto al hijo nacido, cuando el papel acordado va más allá de actuar como un mero donante de gametos⁷⁸².

Para hacer frente al primero reto, creo que la respuesta óptima consiste en otorgar valor jurídico al consentimiento prestado por la pareja de la madre gestante (hombre o mujer) a participar en un proyecto parental en el que no realiza aportación biológica alguna. Solo así se asegura la seguridad jurídica y la paz familiar de la familia constituida. Por un lado, sería preciso impedir que cualquier persona pudiera impugnar la filiación del progenitor intencional con fundamento en la ausencia de vínculo biológico con el hijo nacido, evitando así no solo que el donante pueda interponer la acción, sino también la propia pareja, la madre gestante, el hijo y cualquier otra persona con interés legítimo. Por otro lado, en caso de que no existieran mecanismos que determinasen automáticamente la filiación del progenitor intencional, y este no la reconociese espontáneamente, el ordenamiento jurídico

⁷⁸² FERRER RIBA, “Familias y pluriparentalidad...”, *cit.*, p. 173, también se muestra partidario de que la ley española respete este tipo de acuerdos.

debería posibilitar que pudiera reclamarse judicialmente su paternidad/maternidad. El principal problema que plantearía esta proposición es la prueba del consentimiento a la autoinseminación, si bien cabría minimizarlo admitiéndolo no solamente cuando es expreso, sino también cuando sea tácito o presunto, en línea con las tesis del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña referidas al consentimiento a las TRA⁷⁸³.

El segundo reto al que hecho referencia, que radica en evitar que el hombre que ha aportado sus gametos irrumpa en el modelo familiar pese haber pactado que su contribución al proyecto parental se limitaría a la de mero donante, puede afrontarse permitiendo que la autonomía de la voluntad despliegue efectos en el ámbito de la filiación⁷⁸⁴. Más concretamente, el legislador podría admitir que el donante pudiera renunciar expresamente a su filiación y, a su vez, obtener la misma inmunidad de la que goza un donante anónimo cuando suscribe un contrato de donación con un centro o servicio autorizado (art. 5 LTRHA)⁷⁸⁵. Y ello con independencia de que el donante al que se haya recurrido sea anónimo, identificable o conocido. Esta renuncia, que

⁷⁸³ Las sentencias que recogen estas tesis se analizan en el apdo. III.3.2.2 del segundo capítulo.

⁷⁸⁴ También defiende esta postura GARCIA, para quien permitir la suscripción de acuerdos entre donantes conocidos y usuarios con carácter previo a la inseminación, es vital para asegurar que el hijo concebido nace en la familia formada por sus progenitores intencionales. A su juicio, son ellos los que tienen el interés superior del hijo en mente, y quienes están en la mejor posición para quererlo y criarlo. En definitiva, considera que la posibilidad de recurrir al contrato en este ámbito permite a cada persona construir libremente su familia de una forma personal y significativa: María E. GARCIA, “In with new families, out with bad law: determining the rights of known sperm donors through intent-based written agreements”, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 21, 2013, pp. 197-225, pp. 224-225.

⁷⁸⁵ Examino esta propuesta con detalle en el apdo. II.4 del presente capítulo.

podría materializarse en un acuerdo privado, impediría tanto la determinación de la filiación del donante, como la impugnación con éxito de la filiación contradictoria. De esta forma, se otorgaría reconocimiento legal al modelo familiar creado tras el recurso a autoinseminación, sea monoparental o biparental, lo que redundaría en la seguridad jurídica de todos sus miembros y, en especial, en la del hijo nacido⁷⁸⁶. Además, se impediría que los eventuales cambios de opinión de las partes puedan descomponer legalmente la estructura familiar creada, suprimiéndose el riesgo de que se deje sin efecto una filiación legalmente establecida en perjuicio del progenitor no biológico, o que se adicione la paternidad legal de quien se limitó a contribuir con sus gametos a la concepción. En definitiva, con esta medida se evita la

⁷⁸⁶ QUICIOS MOLINA, “Determinación legal de la maternidad...”, *cit.*, pp. 27-28, plantea otra propuesta muy distinta, aunque se refiere exclusivamente a la doble maternidad derivada del recurso previo a autoinseminación con contribución de donante conocido. Para esta autora, resultaría óptimo que la filiación de la comadre pudiese determinarse en el plazo previsto para la inscripción del nacimiento mediante la emisión del consentimiento de ambas cónyuges, siempre que «los intereses legítimos del hijo y, en su caso, del progenitor biológico quedaran salvaguardados sin menoscabo de la estabilidad deseada del estado civil». A tal efecto, afirma, el legislador podría establecer una regla similar a la que prevé el art. 180.4 CC, según el cual «la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción». De esta forma, el hijo tendría derecho a investigar su paternidad biológica, aunque la relación de filiación no quedaría determinada con todos sus efectos puesto que el ordenamiento ya le habría procurado dos vínculos filiales maternos. En su opinión, aunque el padre biológico pudiese tener interés legítimo en determinar su filiación, el ordenamiento otorgaría preferencia a la protección de la familia formada en el seno de un matrimonio de mujeres frente al triunfo de la verdad biológica. En mi opinión, se trata de una propuesta muy acertada para resolver los problemas que plantea la filiación derivada de autoinseminación con contribución de donante, si bien yo sería partidaria de extenderla también al resto de posibles usuarios (parejas heterosexuales casadas o no, parejas de mujeres no casadas y mujeres solas). Desde mi punto de vista, no es el hecho de que exista un doble vínculo de filiación previamente determinado lo que debe motivar al legislador a introducir una regla similar a la prevista en el art. 180.4 CC en casos de recurso previo a autoinseminación con contribución de donante, sino más bien el hecho de que el donante se limite a aportar su material genético para contribuir a la concepción sin ánimo de asumir ninguna responsabilidad con respecto del futuro hijo que nazca.

irrupción sorpresiva del donante en el estatuto personal del hijo, si bien su adopción implica asimismo liberar al primero de toda responsabilidad procreativa frente al hijo. En cuanto a los requisitos formales de la renuncia, soy partidaria de que se documente, en términos similares a lo que ocurre con el contrato de donación de gametos suscrito con el centro o servicio autorizado (art. 5.4 LTRHA), de que se realice con carácter previo a la autoinseminación⁷⁸⁷, y de que vaya precedida de asesoramiento legal independiente.

Para hacer frente al tercer y último reto, cuyo objetivo pasa por articular un mecanismo que permita otorgar algún tipo de reconocimiento legal al donante que participa efectivamente un proyecto parental formado, a su vez, por dos progenitores, es preciso abordar la regulación de la multiparentalidad legal (ya sea posibilitando que se pueda determinar la filiación a favor de más de dos progenitores, que se permita atribuir responsabilidades a otras posibles figuras parentales con carácter adicional a las que ostentan los progenitores legalmente determinados, o incluso ambas). Seguramente esta última propuesta sería la óptima porque, con independencia de que los múltiples progenitores se repartan las funciones parentales equitativamente o no, cabría otorgar algún tipo de reconocimiento legal a todos ellos. Abordar la regulación de la multiparentalidad legal permitiría, en definitiva, no solo incluir al donante en el modelo familiar creado a partir de la autoinseminación, sino incluso dar cabida a

⁷⁸⁷ Que la renuncia deba documentarse previamente es, desde mi punto de vista, lo más acorde con el interés superior del menor que pueda nacer, cuya filiación queda determinada desde el momento del nacimiento. Además, desde el punto de vista conceptual, este requisito encaja con la idea de proyecto parental previo al nacimiento.

terceros que formen parte del proyecto parental sin realizar contribución genética alguna (como, por ejemplo, la pareja del donante)⁷⁸⁸. Con ello, se otorgaría reconocimiento legal a modelos familiares que, de otro modo, existirán *de facto* sin contar con la protección jurídica suficiente para garantizar el respeto del interés superior del menor.

Si se opta por acabar con el dogma de los dos progenitores y que se pueda determinar la filiación a favor de todos los participantes en el proyecto parental, creo que debería precisarse la suscripción de un acuerdo previo a la concepción que permitiese reflexionar a todas las partes del proyecto parental sobre el alcance de sus consecuencias jurídicas. Este convenio no solo debería prever el reconocimiento de la condición legal de progenitor a favor de más de dos personas, sino también el reparto de las responsabilidades parentales entre las diferentes partes del proyecto parental, y su distribución en caso de desavenencia entre ellas. Una vez suscrito, el acuerdo debería ser homologado judicialmente para garantizar que todos y cada uno de sus pactos satisfacen, *a priori*, el interés superior del menor. En caso de ser validado, una vez se produjese el nacimiento, las partes deberían poder acudir directamente al Registro Civil, al objeto de que se procediese a la inscripción de la filiación de todos los progenitores, una vez se constatare la resolución judicial que valida el acuerdo de multiparentalidad. Si este último no se suscribiese con carácter previo a la concepción, creo que la vía adecuada para constituir la

⁷⁸⁸ Analizo esta posibilidad más pormenorizadamente en el apdo. II.5.7.1 del presente capítulo.

multiparentalidad debería ser la adopción, lo que exigiría asimismo adaptar esta institución a la posibilidad de que un hijo tenga más de dos progenitores legales⁷⁸⁹.

Si se prefiere, en cambio o incluso, permitir la atribución de responsabilidades parentales a otras posibles figuras parentales con carácter adicional a las que ostentan los progenitores legalmente determinados, no solo sería preciso reconfigurar la filiación, sino también reformular instituciones como la potestad parental o la guarda, y prever reglas que articulen su ejercicio por más de dos personas, incluso para el caso de que se produzcan futuras vicisitudes. En cualquier caso, creo que esta alternativa también debería ir acompañada de la posibilidad de recurrir a la adopción simple, una vez el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o recuperado la capacidad, con el objeto de que la relación familiar entre la persona que tiene algún tipo de vínculo de parentalidad y el hijo obtenga pleno reconocimiento legal.

En todo caso, mientras el legislador no aborde las reformas planteadas sería deseable que, en la línea iniciada por otros ordenamientos, al menos estableciese que, a efectos de la filiación del hijo nacido, el concepto legal de «reproducción/fecundación asistida» al que aluden los art. 7.1 LTRHA y 235-3 CCCat, y la Ley 53.d) FN, es comprensivo de cualquier método de concepción distinto a la reproducción sexual.

⁷⁸⁹ Probablemente la vía más óptima para hacerlo consistiría en permitir que los progenitores no legalmente determinados puedan recurrir a la adopción simple del hijo, una posibilidad que el Comité de expertos neerlandés también ha recomendado introducir en su respectivo ordenamiento: *Vid.* apdo. 5.7 del presente capítulo, y THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *cit.*, pp. 69-72.

Con esta medida cabría aplicar a la filiación resultante del recurso previo a autoinseminación con contribución de donante anónimo las reglas especiales en materia de filiación derivada de TRA sin necesidad de recurrir a la analogía. En los territorios sujetos al Código Civil y en Navarra, esta solución permitiría otorgar al consentimiento a la autoinseminación prestado por el hombre no casado la consideración de escrito indubitado en los términos establecidos en el art. 8.2 LTRHA, así como reclamar su paternidad cuando esta no haya podido determinarse en vía extrajudicial. Además, con respecto a las parejas de mujeres, esta alternativa aclararía las dudas en cuanto a la determinación de la filiación de la cónyuge de la madre en virtud del art. 7.3 LTRHA, ya que su contenido quedaría cohonestado con el art. 44.5 LRC, y se cerraría el debate en torno a si es preciso demostrar el recurso a TRA previa inscripción de la doble filiación materna. Además, al art. 8.1 LTRHA impediría que tanto la madre gestante como el marido pudieran impugnar la filiación paterna o materna –de la comadre- derivada de autoinseminación. Por su parte, en Cataluña, la inclusión de la autoinseminación en el concepto legal de «fecundación asistida» permitiría determinar extrajudicialmente la filiación del hombre o mujer con independencia de que exista o no vínculo matrimonial con la madre gestante (arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat), e impedir que prospere la acción de impugnación cuando la persona cuya filiación se impugna consintió a este tipo alternativo de inseminación (art. 235-28.2 CCCat). La adopción, tal y como está regulada actualmente, no es una vía óptima para determinar las relaciones paternofiliales derivadas de autoinseminación, ya que su válida constitución se circunscribe siempre al previo asentimiento de la madre

gestante, así como al hecho de que el donante, cuando sea conocido, no ejercite con éxito una acción de reclamación de la paternidad de forma previa al inicio del procedimiento, o durante su tramitación. Además, esta institución no encaja bien con la idea de proyecto parental previo al nacimiento, que es inherente a la autoinseminación, ya que existe la posibilidad de que se produzcan vicisitudes hasta su constitución.

En definitiva, no se trata de articular medidas legislativas para satisfacer los intereses personales de los usuarios que recurren a autoinseminación, sino de establecer mecanismos que permitan otorgar reconocimiento legal a las estructuras familiares formadas protegiendo prioritariamente el interés superior del hijo nacido. La realidad es que los modelos familiares son cada vez más heterogéneos, y que su complejidad va a ir en aumento, lo que debería hacer al legislador replantearse la oportunidad de adaptar la regulación de la filiación a estas nuevas realidades familiares.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La autoinseminación no está expresamente prohibida por la ley ni es contraria a derechos prevalentes protegidos por el ordenamiento jurídico español, por lo que se trata de una práctica reproductiva permitida. Ahora bien, al no encontrarse relacionada en el anexo de la LTRHA, no cabe considerarla una técnica de reproducción asistida (art. 2.1 LTRHA). Al mismo tiempo, tampoco cabe encuadrar este método reproductivo en el ámbito de la reproducción sexual, habida cuenta de que la concepción no se produce mediante relaciones sexuales. Por consiguiente, la autoinseminación constituye un *tertium genus* entre las TRA y la reproducción sexual, que se sitúa en un contexto de alegalidad. De ahí que no quepa recurrir automáticamente a las especificaciones en materia de filiación derivada de TRA que contiene la LTRHA —y en Cataluña, las que establece el CCCat— para determinar la filiación resultante del recurso previo a autoinseminación, y que esta deba regirse necesariamente de acuerdo con las reglas de la filiación por naturaleza. Estas normas encajan a la perfección en los pocos casos en los que esta práctica es homóloga, ya que biología y filiación coinciden. Sin embargo, no se ajustan a la realidad cuando se utiliza el material genético de un donante, el escenario sin duda más recurrente en la práctica, como esta tesis ha demostrado. Con todo, como la determinación de la filiación natural no exige probar la coincidencia de la verdad biológica con la verdad jurídico-formal, la determinación de la filiación no plantea obstáculos relevantes. Cuestión distinta es la impugnación de este tipo de filiación y, en su caso, su posterior reclamación, sobre todo si se ha recurrido a un donante conocido para lograr la concepción.

SEGUNDA.- Dado que la autoinseminación presenta grandes similitudes con la inseminación artificial, es posible recurrir a la aplicación analógica de las reglas específicas en materia de filiación derivada de reproducción asistida que prevé la LTRHA –y, en Cataluña, el CCCat- para determinar la filiación resultante del recurso previo a autoinseminación, siempre y cuando el donante que haya contribuido a la concepción sea anónimo, y que pueda constatarse el consentimiento del progenitor intencional a este tipo alternativo de inseminación. En los territorios sujetos al Código Civil y en Navarra, esta medida permite otorgar al consentimiento a la autoinseminación prestado por el hombre no casado la consideración de escrito indubitado en los términos establecidos en el art. 8.2 LTRHA, quedando siempre a salvo la reclamación judicial de paternidad para el caso que el hombre no determine voluntariamente su paternidad. Además, cabe aplicar el art. 8.1 LTRHA para impedir que tanto la madre gestante como su marido impugnen la filiación paterna o materna –de la comadre- con posterioridad. Por su parte, en Cataluña, la aplicación analógica permite, por un lado, determinar la filiación tanto del hombre como de la mujer, casado/a o no con la madre gestante, que consienta el recurso a autoinseminación (arts. 235-8.1 y 235-13.1 CCCat) y, por otro, impedir la posterior impugnación de la filiación si la persona cuya relación paterno-filial se impugna consintió a este tipo alternativo de inseminación (art. 235-28.2 CCCat). Por el contrario, cuando el donante sea identificable o conocido, no cabe el recurso a la analogía debido a que en el marco legal vigente este método reproductivo resulta contrario al principio del anonimato del donante (art. 5.5 LTRHA), una norma cuyo carácter es imperativo. En consecuencia, y pese a que el recurso a la analogía es preferible frente a la exclusiva

aplicación de las reglas de la filiación por naturaleza, es insuficiente para dotar de seguridad jurídica la filiación derivada de autoinseminación. Determinados sujetos pueden impugnar la filiación del progenitor intencional y, si el donante utilizado es conocido cabe, además, reclamar judicialmente su paternidad. Por ende, la filiación resultante queda al absoluto albur de la voluntad de sus usuarios y del hijo, lo que paradójicamente resulta contrario no solo a la indisponibilidad del estado civil, sino también al principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares.

TERCERA.- Con el propósito de dotar de estabilidad las relaciones familiares entre progenitores intencionales e hijos, el ordenamiento jurídico español podría otorgar valor jurídico al consentimiento prestado por la pareja de la madre gestante (hombre o mujer) a participar en un proyecto parental en el que no realiza aportación biológica alguna. Si no existen mecanismos que determinen automáticamente su filiación, y el progenitor intencional tampoco la reconoce con carácter espontáneo, el ordenamiento podría proporcionar instrumentos que permitieran reclamar su paternidad/maternidad y declararla con los efectos que le son inherentes. Además, una vez determinada, podría impedirse con éxito la impugnación de dicha filiación en base a la ausencia de vínculo biológico con el hijo nacido, con independencia de que quien ejercite la acción sea la madre gestante, su pareja, el donante, el hijo o cualquier otra persona con interés legítimo. El problema fundamental de esta propuesta, la prueba del consentimiento a la autoinseminación, podría minimizarse si se considerase igualmente válido el consentimiento tácito o presunto a la autoinseminación de la pareja, en línea con las

tesis del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña referidas al consentimiento a la reproducción asistida.

CUARTA.- Para asegurar la estabilidad de la familia constituida a partir del recurso a autoinseminación, resulta necesario impedir que el hombre que ha contribuido a la concepción con su material genético pueda irrumpir con posterioridad en la estructura familiar, si el rol que pactó con la usuaria o pareja fue el de limitarse a contribuir a la inseminación en calidad de donante. Con tal objetivo, el ordenamiento jurídico español podría permitir que el hombre que ha aportado el esperma tuviera la posibilidad de renunciar expresamente a su filiación y, a su vez, obtener la misma inmunidad de la que en el marco legal vigente goza un donante anónimo cuando suscribe un contrato de donación con un centro o servicio autorizado (art. 5 LTRHA). Dicha renuncia debería formularse con carácter previo a la práctica de la autoinseminación, constar por escrito, y venir precedida de asesoramiento legal independiente a efectos de garantizar que el donante conocía previamente sus efectos y consecuencias. Con ello, se evitaría la irrupción sorpresiva del donante en el estatus personal del hijo, a la vez que se liberaría al primero de toda responsabilidad procreativa.

QUINTA.- Con el objeto de otorgar reconocimiento legal a modelos familiares alternativos que pueden constituirse fruto del recurso previo a autoinseminación, es imprescindible que el donante y/o su pareja tenga la posibilidad de ejercer responsabilidades parentales, junto con los progenitores legales, cuando esta sea la voluntad de todas las partes del proyecto parental. Para ello, el ordenamiento jurídico español podría otorgar reconocimiento legal a las familias multiparentales. Las

posibles vías para canalizar dicho reconocimiento son tres: a) posibilitar que quepa determinar legalmente la filiación a favor de más de dos personas; b) permitir atribuir responsabilidades a otras posibles figuras parentales con carácter adicional a las que ostenten los progenitores legalmente determinados; o 3) propiciar ambas. En el primer caso, se debería exigir la formalización de un acuerdo previo entre las partes, cuya suscripción debería ir precedida de asesoramiento legal independiente. Este convenio debería contener el reparto de las funciones parentales incluso para el supuesto de que se produzcan futuros conflictos entre las partes, y su eficacia debería condicionarse a la homologación judicial del acuerdo con carácter previo al nacimiento del hijo. Ahora bien, esta primera alternativa resulta adecuada únicamente en el caso de que exista una distribución equitativa de funciones entre las diferentes partes del proyecto parental. En el segundo caso, debería posibilitarse la atribución de responsabilidades parentales al margen de la filiación, sin que ello afecte a las que ostentan los progenitores legalmente determinados. Ello exigiría reformar, además de la filiación, instituciones como la potestad parental o la guarda, de forma que quepa la diversificación de estas funciones entre las diferentes partes del proyecto parental. Además, con el objetivo de que la relación paternofilial entre el hijo y la persona con la que mantiene algún tipo de vínculo de parentalidad pueda obtener pleno reconocimiento legal una vez alcanzada la mayoría de edad o recuperada la plena capacidad del primero, debería posibilitarse el recurso a la adopción simple por parte del segundo. Esta segunda opción se ajusta mejor que la primera cuando existen dos tipos de parentalidad concurrentes con características diferenciadas. En este contexto, la coexistencia de ambas alternativas constituiría la solución

óptima pues, con independencia de que las funciones parentales se distribuyan o no equitativamente, cabría la posibilidad de otorgar reconocimiento legal a todas las relaciones derivadas del proyecto parental.

SEXTA.- Mientras el legislador no adopte las reformas planteadas sería deseable que, en la línea iniciada por otros ordenamientos, al menos estableciese que, a efectos de la filiación del hijo nacido, el concepto legal de «reproducción asistida» (arts. 7.1 LTRHA y 235-3 CCCat, y Ley 53.d) FN), es comprensivo de cualquier método de concepción distinto a la reproducción sexual. Ello permitiría aplicar a la filiación resultante del recurso previo autoinseminación con contribución de donante anónimo las reglas especiales en materia de filiación derivada de reproducción asistida sin necesidad de recurrir a la analogía. Además, en los territorios sujetos al Código Civil y en Navarra, la reforma aclararía las dudas en cuanto a la determinación de la filiación de la cónyuge de la madre en virtud del art. 7.3 LTRHA, quedando su contenido coherente con el art. 44.5 LRC, y cerrándose el debate en torno a si es preciso demostrar el recurso a TRA previa inscripción de la doble filiación materna.

SÉPTIMA.- Aunque la autoinseminación con contribución de donante no necesariamente conlleva riesgos médicos, se podrían adoptar dos medidas tendentes a tratar de minimizarlos: por un lado, aumentar la información disponible sobre sus implicaciones médicas, éticas y legales por parte de los organismos públicos y, por otro, permitir que los centros o servicios autorizados ofrezcan a sus usuarios la posibilidad de que el donante seleccionado realice la donación en la

propia clínica, lo que aseguraría que el material genético es debidamente analizado y controlado previamente a ser utilizado por la usuaria o pareja en un contexto de intimidad.

OCTAVA- Para mitigar la dificultad de controlar el número de hijos nacidos por cada donante en el marco de la autoinseminación, podría articularse un mecanismo que permitiera el acceso de los datos relativos al hombre que ha posibilitado la concepción del hijo al Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones, que actualmente se encuentra en fase de implementación, y que codificará y controlará todas las donaciones que se realicen en España en un contexto de anonimato. Pese a que la inscripción del nacimiento del hijo no podría condicionarse al previo registro de estos datos y que, dado el carácter íntimo de la autoinseminación, no puede existir garantía de que se deje constancia de los mismos, su comunicación podría conllevar incentivos tanto para las personas usuarias como para el donante. Si este último fuera anónimo o identificable, los datos podrían ser remitidos por el propio banco de gametos extranjero en el que se ha adquirido el material genético. Si, en cambio, fuera conocido, esta información podría ser remitida conjuntamente por la persona o pareja usuaria y el donante, y dicha comunicación constituiría una prueba evidente de la voluntad del donante de no asumir responsabilidades parentales con respecto al hijo nacido.

NOVENA.- En último término, el ordenamiento jurídico español debería reconsiderar la posibilidad de eliminar o modificar la regla del anonimato del donante (art. 5.5. LTRHA), siguiendo la tendencia de un número considerable de ordenamientos jurídicos, ya sea imponiendo que el donante sea identificable, o permitiendo que coexistan donantes

anónimos e identificables. El derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos, que forma parte del derecho fundamental a la identidad personal y familiar (art. 18.1 CE), debe prevalecer frente al derecho a la intimidad de los progenitores y el donante. En caso de que se siguiera esta tendencia, también debería eliminarse la regla prevista por el art. 7.2 LTRHA, que impide reflejar en el Registro Civil datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación del hijo. De esta forma, el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones podría comunicar los datos relativos al donante al Registro Civil. En función del tipo de donante utilizado, quedaría constancia: bien únicamente del método de concepción (donante anónimo); bien de esta circunstancia junto con los datos identificativos del donante (donante identificable o conocido). Estos deberían reflejarse al margen de la inscripción de nacimiento, no afectar a la filiación y tener carácter restringido, de forma que solo se faciliten si el hijo así lo solicita una vez alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad. Este mecanismo permitiría al hijo recibir información sobre el carácter de su generación y, en caso de que el donante fuera identificable o conocido, incluso conocer su identidad.

TABLA DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

ESPAÑA

Tribunal Constitucional

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref. Aranzadi</i>	<i>Magistrado ponente</i>	<i>Asunto</i>
Pleno, 17.6.1999	RTC 1999/116	Pablo García Manzano	<i>Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la LTRA</i>
2ª, 16.10.2000	RTC 2000/236	Rafael de Mendizábal Allende	<i>Recurso de amparo núm. 159/1995</i>
Pleno, 27.10.2005	RTC 2005\273	Elisa Pérez Vera	<i>Cuestión de inconstitucionalidad contra respecto del art. 133.1 CC</i>
Pleno, 16.2.2006	RTC 2006\52	Eugeni Gay Montalvo	<i>Cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 133 CC</i>
1ª, 24.4.2017	RTC 2017/41	María Luisa Balaguer Callejón	<i>Cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley 71 FN</i>

Tribunal Supremo

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref. Aranzadi</i>	<i>Magistrado ponente</i>	<i>Partes</i>
1ª, 3.6.1988	RJ 1988\4736	Jaime Santos Briz	<i>Antonia M. G. c. Juan S. y Antonio B. C.</i>
1ª, 2.3.1989	RJ 1989\1746	Manuel González Alegre y Bernardo	<i>Germán F. C. D. c. Álvaro J. E y María Jesús A. B.</i>
1ª, 20.12.1991	RJ 1991\9473	Jaime Santos	<i>Catalina F. G. C.</i>

TABLA DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

		Briz	<i>c. Trinidad R. B., María G. C., Coloma F. G. José F. G. y el Ministerio Fiscal</i>
1ª, 28.11.1992	RJ 1992\9449	Pedro González Poveda	<i>Concepción R. F. c. Carmelo B. G., Carlos R. T. y el Ministerio Fiscal</i>
1ª, 16.12.1994	RJ 1994\9424	Teófilo Ortega Torres	<i>Isabel Q. D., en nombre de Eduardo L. Q., c. Manuel L. R. y José T. B.</i>
1ª, 17.3.1995	RJ 1995\1961	José Almagro Nosete	<i>María B. D. c. Joaquín O. A. y Jesús G. R.</i>
1ª, 5.6.1997	RJ 1997\4605	Luis Martínez- Calcerrada y Gómez	<i>Plácido-Jesús B. c. María de los Ángeles R. D. y José Antonio B. R.</i>
1ª, 14.4.1998	RJ 1998\2322	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	<i>Almudena G. del V. Y Manuel P. P. c. Pablo K. S.</i>
1ª, 19.5.1998	RJ 1998\3797	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	<i>Pedro Antonio M. T. c. Yolanda M. C.</i>
1ª, 21.9.1999	RJ 1999\6944	José Almagro Nosete	<i>María V. M. c. Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales y el Ministerio Fiscal</i>
1ª, 26.3.2001	RJ 2001\4762	Antonio Romero Lorenzo	<i>Juan Carlos G. B. c. Ana G. C., Ana María C. M. y el Ministerio Fiscal</i>
1ª, 7.11.2002	RJ 2002\9484	Clemente Auger Liñán	<i>Jorge M. F. c. Fernando T. T., Laura S. M. y Nicolás M. S.</i>
1ª, 17.1.2003	RJ 2003\433	Clemente Auger Liñán	<i>Manuel R. P. c. María Victoria F.</i>

TABLA DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

			<i>A.</i>
1ª, 4.3.2003	RJ 2003\2538	Román García Valera	<i>Antonio A. O. c. Encarnación C. L. y Cristina Victoria C. L.</i>
1ª, 5.11.2003	RJ 2003\8026	Román García Valera	<i>Roberto c. María Rosa</i>
1ª, 27.5.2004	RJ 2004\4265	Alfonso Villagómez Rodil	<i>Fernando c. Inés</i>
1ª, 30.6.2004	RJ 2004\4282	Clemente Auger Liñán	<i>Cesar c. Ángel Jesús, Mari Jose, Valentín y Mari Trini</i>
1ª, 9.7.2004	RJ 2004\5246	Román García Valera	<i>Carlos Francisco c. Andrea</i>
1ª, 12.7.2004	RJ 2004\5356	Luis Martínez- Calcerrada y Gómez	<i>Bernanrdo c. María Inmaculada y Ana</i>
1ª, 11.10.2006	RJ 2006\6693	José Ramón Ferrándiz Gabriel	<i>Diana, Patricia, Blanca, Marta, Beatriz y Paula c. Financiera de Agrupación de Capitales para la Inversión, SA y Diego</i>
1ª, 29.10.2008	RJ 2008\5802	José Almagro Nosete	<i>Bernardo y Lourdes c. Estela y Juan Alberto</i>
1ª, 5.12.2008	RJ 2009\147	José Almagro Nosete	<i>Carlos Jesús, Antonia y María c. Gloria y Mercedes</i>
1ª, 10.12.2008	RJ 2008\6977	José Ramón Ferrándiz Gabriel	<i>Huarte SA c. Cassa di Risarmio delle Province Lombarde (Cariplo S.p.A.), Caixa d'Estalvis del Penedes, Vista Desarrollo, SA,</i>

TABLA DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

			<i>Ferrovial Aparcamientos, SA y Sociedad Rectora de la Bolsa de Madrid</i>
1º, 3.6.2009	RJ 2009\3371	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	<i>Serafin c. Gines y Arturo</i>
1ª, 29.11.2010	RJ 2011\1545	Encarnación Roca Trías	<i>Juan Miguel c. Celsa y Balbino</i>
1ª, 12.5.2011	RJ 2011\3280	Encarnación Roca Trías	<i>Lucía c. Zaida</i>
1ª, 4.7.2011	RJ 2011\5965	Juan Antonio Xiol Ríos	<i>Luis Francisco c. Florenia y Sonsoles</i>
1ª, 28.6.2012	RJ 2012\8353	Juan Antonio Xiol Ríos	<i>Gregorio y Blanca c. DIRECCION000</i>
1ª, 5.12.2013	RJ 2013\7566	José Antonio Seijas Quintana	<i>MCSC c. CPH</i>
1ª, 15.1.2014	RJ 2014\1265	Francisco Javier Orduña Moreno	<i>Enfrasia c. María Virtudes</i>
1ª, 24.6.2014 (auto)	JUR 2014\181524	Sebastián Sastre Papiol	<i>Luis María c. Mónica</i>
1ª, 12.5.2015	RJ 2015\2433	Francisco Javier Orduña Moreno	<i>Joaquín c. Adela</i>
1ª (Pleno), 30.6.2016	RJ 2016\2859	Eduardo Baena Ruiz	<i>Encarna c. Gines y David</i>
1ª (Pleno), 15.7.2016	RJ 2016\3196	Ángel Fernando Pantaleón Prieto	<i>Obdulio c. Rosalia</i>
1ª, 28.11.2016	RJ 2016\5636	Eduardo Baena Ruiz	<i>Teofilo c. Erica</i>
1ª, 11.1.2017 (auto)	JUR 2017\15077	Pedro José Vela Torres	<i>Tania, Purificación y Edemiro c. Instituto Canario de Infertilidad ICI</i>
1ª, 1.3.2019	JUR 2019\634	Eduardo Baena Ruiz	<i>Dulce c. Ismael</i>

Tribunales Superiores de Justicia

<i>Tribunal, sala y fecha</i>	<i>Ref. Aranzadi</i>	<i>Magistrado ponente</i>	<i>Partes</i>
STSJ Navarra, Civil y Penal, 16.3.1993	RJ 1993\2526	Jesús María Rodríguez Ferrero	<i>Celia G.A., en representación legal de su hija Esther Isabel G.A. c. Estefanía, Juan Ignacio y Estela V. M., herederos de Carlos Enrique V. R.</i>
STSJ Navarra, Civil y Penal, 22.12.1994	RJ 1994\9781	Miguel Angel Abárzuza Gil	<i>Jesús T. F. c. Alexis F.L. y María Pilar L.F.</i>
STSJ Cataluña, Civil y Penal, 29.6.1998	RJ 1998\10058	Antonio Bruguera Manté	<i>Julia S. O. c. Antoni M.A. y el Ministerio Fiscal</i>
STSJ Cataluña, Civil y Penal, 27.9.2007	RJ 2007\8520	Maria Eugènia Alegret Burgués	<i>David c. Maribel y María Inmaculada</i>
STSJ Cataluña, Civil y Penal, 22.12.2008	JUR 2009\295671	Maria Eugènia Alegret Burgués	<i>Eugenio c. Gema</i>
STSJ Asturias, Social, 26.4.2013	AS 2013\1737	Luis Cayetano Fernández Ardavín	<i>Felisa c. Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA), Consejería de Sanidad del Principado de Asturias, Nicolás y Ministerio Fiscal</i>
STSJ Cataluña, Civil y Penal, 7.11.2013	RJ 2018\1696	Maria Eugènia Alegret Burgués	<i>Pablo c. Marta i Pedro</i>

TABLA DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

STSJ Cataluña, Civil y Penal, 20.7.2017	JUR 2017\260960	Maria Eugènia Alegret Burgués	<i>Noelia c. Zaira</i>
STSJ Castilla La-Mancha, Social, 13.9.2017	AS 2017\1549	Isidro Mariano Saiz de Marco	<i>Juliana c. Servicio de Salud de Castilla La- Mancha (SESCAM) y Ministerio Fiscal</i>

Audiencias Provinciales

<i>Audiencia, sec. y fecha</i>	<i>Ref. Aranzadi</i>	<i>Magistrado ponente</i>	<i>Partes</i>
Zaragoza, sec. 4ª, 5.12.2000 (auto)	JUR 2001\54175		<i>Juan José U.G. c. AJPI núm. 6, Zaragoza, 19.1.2000</i>
Navarra, sec. 3ª, 23.2.2001	JUR 2001\138413	Juan Manuel Fernández Martínez	<i>María Belén N. V. c. José Ángel V. L.</i>
Tarragona, sec. 3ª, 9.1.2003	AC 2003\1193	Agustín Vigo Morancho	<i>Marisol c. Luis Francisco</i>
Barcelona, sec. 14ª, 8.4.2003	JUR 2003\253989	María Teresa Reig Puigbertran	<i>Isabel c. Diego</i>
Baleares. Sec. 4ª, 7.11.2006	JUR 2007\84812	Juana María Gelabert Ferragut	<i>Esperanza c. Leonardo, Cristóbal, Esperanza y Fernando</i>
Navarra, sec. 2ª, 29.1.2008	JUR 2008\124204	José Francisco Cobo Sáenz	<i>Agustín c. Ariadna</i>
Barcelona, sec. 12ª, de 28.1.2009	JUR 2009\129094	Paulino Rico Rajo	<i>Ana María c. Ángel y Jesús Manuel</i>
Segovia, sec. 1ª, 30.9.2009	JUR 2010\120007	Ignacio Pando Echevarría	<i>Leandro c. María Dolores</i>
Barcelona, sec. 18ª,	JUR 2012\395323	Margarita Blasa Noblejas	<i>Recurso interpuesto por</i>

TABLA DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

2.10.2012 (auto)		Negrillo	<i>Jose Ramón contra el Auto de 5.10.2010 del Registro Civil de Barcelona</i>
Baleares, sec. 4ª, 5.12.2012	AC 2013\76	Miguel A. Aguiló Monjo	<i>Emilia c. Mónica</i>
Baleares, sec. 4ª, 31.3.2014	AC 2014\654	María Pilar Fernández Alonso	<i>Juliana c. Palmira</i>
Valencia, sec. 11ª, 13.11.2014	AC 2015\228	Alejandro Giménez Murria	<i>Arcadio c. Beatriz</i>
Sevilla, sec. 2ª, 22.12.2014	AC 2015\272	Sebastián Moya Sanabria	<i>Benigno c. Domingo y Milagrosa</i>
Alicante, sec. 6ª, 23.12.2014	AC 2015\275	José María Rives Seva	<i>Felícísima c. Higinio</i>
Madrid, sec. 22ª, 12.3.2015	JUR 2015\975	Carmen Neira Vázquez	<i>Ana María c. Encarna</i>
SAP Las Palmas, 5ª, 16.5.2016	JUR\2016\159212	Mónica García de Yzaguirre	<i>Tania, en representación de Purificación y Edemiro, c. Instituto Canario de Infertilidad S.L.P.</i>
Asturias, sec. 6ª, 24.3.2017	JUR 2017\103018	Marta María Gutiérrez García	<i>Emilia c. Clemencia</i>
Granada, sec. 5ª, 10.11.2017	JUR 2018\79632	José Manuel García Sánchez	<i>Almudena c. Juan Luis</i>
Valencia, sec. 10ª, 27.11.2017	JUR 2018\56440	Carlos Esparza Olcina	<i>Geronimo c. Sonsoles María Angeles</i>
Burgos, sec. 2ª, 11.12.2017	JUR 2018\45826	Arabela García Espina	<i>Paulina c. Emilio</i>
Cantabria, sec. 2ª, 26.9.2018	JUR 2018\324034	Milagros Martínez Rionda	<i>Zulima c. Juan María</i>

TABLA DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

Madrid, sec. 22 ^a , 30.11.2018	JUR\2017\15949	Carmen Neira Vázquez	<i>Macarena c. Mariana</i>
Tarragona, sec. 1 ^a , 28.3.2019	JUR 2019\142797	Silvia Falero Sánchez	<i>Berta c. Candida</i>

Juzgados de lo Social

<i>Número, localidad y fecha</i>	<i>Ref. Aranzadi</i>	<i>Juez-Magistrado</i>	<i>Partes</i>
SJS núm. 18, Madrid, 15.9.2015	/	Ofelia Ruiz Pontones	<i>“X” c. Hospital Fundación Jiménez Díaz, Consejería de sanidad de la Comunidad Madrid y Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad</i>

Juzgados de Primera Instancia

<i>Número, localidad y fecha</i>	<i>Ref. Aranzadi</i>	<i>Juez-Magistrado</i>	<i>Partes</i>
4, Moncada, 30.11.2012	JUR 2013\277955	/	<i>Marina c. Humberto</i>
2, Denia, 22.8.2016 (auto)	JUR 2016\228396	José María Zaragozá Campos	<i>D. M.</i>
4, Mislata, 9.3.2017	JUR 2018\236348	Verónica Chuliá Belenguer	<i>Inocencio c. Verónica y</i>

TABLA DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

45, Madrid, 9.4.2018	/	Marta Fernández Pérez	<i>Violeta Cryos International- Denmark APS c. SEF, ASEBIR y ASESA</i>
-------------------------	---	--------------------------	--

Juzgados de Primera Instancia e Instrucción

<i>Núm., localidad y fecha</i>	<i>Ref. Aranzadi</i>	<i>Juez- Magistrado</i>	<i>Partes</i>
2, San Vicente del Raspeig, 28.11.2018	La Ley 202726/2018	Diana María Cantó Llorens	<i>Eva Lorenza c. Ana Caridad y Roberta María</i>

Dirección General de los Registros y del Notariado

<i>Fecha</i>	<i>Ref. Aranzadi</i>	<i>Promotores</i>
11.11.2002	RJ 2003\1100	J. R. C.
17.3.2003	RJ 2003\4128	T. M. R.
5.7.2006	JUR 2007\246290	P.
17.4.2008	JUR 2009\388655	V
22.5.2008	RJ 2009\389849	S y M
14.10.2008	JUR 2009\443280	S y V
24.11.2008	JUR 2010\2732	M y M
26.11.2008	RJ 2010\459	C
7.1.2009	JUR 2010\98662	M. N. H-G y E. M.
28.2.2011	JUR 2012\74939	S. y L.
28.6.2012	JUR 2013\35413	A.-J. B. A.
29.10.2012	JUR 2013\288885	CI.

TABLA DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

5.8.2013	JUR 2014\206945	M-E
24.1.2017	JUR 2018\261804	F. J. S. G.
8.2.2017	JUR 2018\283287	M.J. T.O

ÓRGANOS SUPRANACIONALES EUROPEOS

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Partes</i>	<i>Asunto</i>	<i>Sala/Sección</i>	<i>Fecha</i>	<i>Ref. Aranzadi</i>
<i>Nazarenko c. Rusia</i>	39438/13	1ª	16.10.2015	JUR 2015\185793
<i>Lebbink c. Países Bajos</i>	45582/99	2ª	1.6.2004	JUR 2004\185243

Comisión Europea de Derechos Humanos

<i>Partes</i>	<i>Asunto</i>	<i>Sala/Sección</i>	<i>Fecha</i>
<i>J.R.M. c Países Bajos</i>	16944/90	/	8.2. 1993
<i>X, Y y Z c. Reino Unido</i>	21830/93	Gran Sala	22.4.1997

ALEMANIA

Bundesgerichtshof

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
28.1.2015	BGH, 28.01.2015 - XII ZR 201/13

AUSTRALIA

Family Court of Australia

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>Wilson and Anor & Roberts and Anor</i> (No. 2)	[2010] FamCa 734
<i>Groth & Banks</i>	[2013] FamCa 430

Federal Circuit Court of Australia

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>Reiby & Meadowbank & Anor</i>	[2013] FCCA 2040

CANADÁ

Ontario Court of Appeal

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>A.A. v. B.B.</i>	[2007], 83 OR [3d] 561 (CA) [AA]

ESTADOS UNIDOS

Appellate Court of Illinois

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>Cramblett v. Midwest Sperm Bank, LLC</i>	2017 IL App (2d) 160694

New York Supreme Court

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>Thomas S. v. Robin Y.</i>	209 A.D.2d 298 (N.Y. App. Div. 1994)

Court of Appeal of California

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>Jbordan C. v. Mary K.</i>	[1986] 179 Cal. App.3d 386
<i>Charisma R. v. Kristina S.</i>	[2009] 175 Cal.App.4th 361
<i>S.Y. v. S.B.</i>	[2011] 201 Cal.App.4th 1023
<i>Jason P. v. Danielle S.</i>	[2014] 226 Cal.App.4th 167
<i>R.M. v. T.A.</i>	[2015] 233 Cal.App.4th 760
<i>Jason P. v. Danielle S.</i>	[2017] 9 Cal.App.5th 1000
<i>County of Orange v. Cole</i>	[2017] 14 CA5th 504

New Mexico Court of Appeals

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>Mintz v. Zoernig</i>	2008 NMCA 162 (N.M. Ct. App. 2008)

Supreme Court of California

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>In re Nicholas H.</i>	[2002] 28 Cal.4th 56
<i>Elisa B. v. Superior Court</i>	[2005] 37 Cal.4th 108

Supreme Court of Indiana

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>Straub v. B.M.T.by Todd</i>	645 N.E.2 d 597 (Ind. 1995)

Supreme Court of Pennsylvania

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>Ferguson v. McKiernan</i>	596 Pa. 78 (Pa. 2007)

IRLANDA

Supreme Court

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>J. McD v. P.L. and B</i>	[2010] 2 I.R. 199

ITALIA

Tribunal Constitucional italiano (Corte Costituzionale)

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Asunto</i>
18.6.2014	162/2014	<i>Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Legge 19 febbraio 2004, n. 40</i>

PAÍSES BAJOS

Hoge Raad

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
12.11.2004	ECLI:NL:HR:2004:AQ7386

PORTUGAL

Tribunal Constitucional

<i>Sala, número y fecha</i>	<i>Proceso</i>	<i>Asunto</i>
Pleno, 225/2018, de 24 de abril	95/17	<i>Declaración de inconstitucionalidad de tres preceptos de la Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida – “LPMA”), en la redacción dada por las Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e</i>

25/2016, de 22 de agosto

REINO UNIDO

High Court of Justice

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>Leeds Teaching Hospital NHS Trust v Mr and Mrs A and Others</i>	[2003] EWHC 259 (QB)
<i>M v. F and another (declaration of parentage: circumstances of conception)</i>	[2014] 1 FCR 456

SINGAPUR

Court of Appeal

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>ACB v Thomson Medical Pte Ltd and Others</i>	[2017] SGCA 20

BIBLIOGRAFÍA

ABAD KOEFOED, Enrique, “La inseminación artificial casera en España: consideraciones jurídicas y éticas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 35, 2017-I, pp. 385-411.

AGIGIAN, Amy, *Baby steps. How lesbian alternative insemination is changing the world*, Wesleyan University Press, Middletown (Connecticut), 2004.

ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

ALKORTA IDIAKEZ, Itziar y FARNÓS AMORÓS, Esther, “Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio”, *Oñati Socio-legal Series*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 148-178, accesible en: <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/676>.

ALMACK, Kathryn, “Seeking sperm: accounts of lesbian couples’ reproductive decision-making and understandings of the needs of the child”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 20, núm. 1, 2006, pp. 1-22.

ALONSO CRESPO, Evelia, *Adopción nacional e internacional. Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos. Formularios. Anexos*, La Ley, Madrid, 2004.

ALONSO PÉREZ, M^a Teresa, “Acercas del prohijamiento en el Derecho navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 12, 1991, pp. 135-154.

ÁLVAREZ, Juan G., “Comentario científico al artículo 5. Donantes y contratos de donación”, en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; OCHOA MARIETA, Carmen (Dirs.) y MONJE BALSAMEDA, Óscar (Coord.),

Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 83-88.

ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo y PICHARDO GALÁN, J. Ignacio, “Mercancía o don: bancos de semen y autonomía reproductiva”, *AIBR Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 12, núm. 3, 2017, pp. 339-363.

ANDREU MARTÍNEZ, M^a Belén, “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿realmente avanzamos o hemos retrocedido?”, *InDret* 2/2018, pp. 1-35, accesible en: <http://www.indret.com/pdf/1384.pdf>.

ANTOKOLSKAIA, Masha, “Legal embedding planned lesbian parentage. Pouring new wine into old wineskins?”, *Family & Law*, 2014, pp. 1-14, accesible en: <http://www.familyandlaw.eu/tijdschrift/fenr/2014/02/FENR-D-13-00002.pdf>.

ARIAS APARICIO, Flor; NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar; y ROMEO MALANDA, Serio, “Aspectos jurídicos de la obtención, utilización y circulación de los gametos humanos”, *InDret* 3/2018, pp. 1-64, accesible en: <http://www.indret.com/pdf/1402.pdf>.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, accesible en: http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf.

BAINHAM, Andrew, “Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: subtle, elusive yet important decisions”, en BAINHAM, Andrew; SCLATER, Shelley Day; y RICHARDS, Martin (Eds.), *What is a parent? A socio-legal analysis*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 1999, pp. 25-46.

--, “Arguments about parentage”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 67, Parte I, 2008, pp. 322- 351.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 8, 2010, pp. 25-37.

--, *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

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

--, “El ejercicio de las acciones de filiación en interés del hijo menor”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 34, 2016, pp. 1680-1685, accesible en: <http://www.registradores.org/publicaciones-periodicas/>.

--, “El ajuste de las acciones de filiación: planteamiento y resultados”, en MAYOR DEL HOYO, María Victoria (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 463-483.

--, “La filiación adoptiva”, en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (Dir.), *Tratado de Derecho de la familia. Volumen*

V. *Las relaciones paterno-filiales (I)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2017, pp. 619-758.

--, “La incidencia de la voluntad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre acciones de filiación”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, 2017, pp. 3-22.

--, “Retos actuales de la acción de reclamación de la filiación”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 69-117.

BENAVENTE MOREDA, Pilar, “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*, vol. 64, núm. 1, 2011, pp. 75-124.

--“Los errores de legislar en paralelo: la problemática aplicación de las reglas sobre filiación (determinación, acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida”, *Oñati Socio-legal Series*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 1-36.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “La filiación inducida y las clasificaciones legales”, en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 117-139.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*,

núm. 746, noviembre 2014, pp. 3284-3314, accesible en: <https://app.vlex.com/#ES/vid/556764594>.

BOELE-WOELKI, Katharina; BRAAT, Bente; y CURRY-SUMNER, Ian (Eds.), *European Family Law in action, volume III: parental responsibilities*, Intersentia, Antwerp – Oxford, 2005.

BOELE-WOELKI, Katharina *et al.*, *Principles of European Family Law regarding parental responsibilities*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007.

BOKEK-COHEN, Ya'arit, “A visual semiotic analysis of sperm donors’ baby photos as major marketing material at the s[u]permarket”, *Visual Communication*, vol. 16, núm. 2, pp. 239-263.

BOONE, Ingrid, “Co-parenting before conception. The Low Countries’ approach to intentional multi-parent families”, *Family & Law*, febrero 2018, pp. 1-15, accesible en: <http://www.familyandlaw.eu/tijdschrift/fenr/2018/02/FENR-D-18-001>.

CABALLERO PEREGRÍN, Pedro, “Comentario científico al artículo 8. Determinación legal de la filiación”, en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; OCHOA MARIETA, Carmen (Dirs.) y MONJE BALSAMEDA, Óscar (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 117-119.

CABALLERO PEREGRÍN, Pedro y NÚÑEZ CALONGE, Rocío, “Inseminación artificial con semen de donante”, en BAJO ARENAS, José Manuel; COROLEU LLETGET, Buenaventura (Eds.); PÉREZ

MILÁN, Federico y BRUNA CATALÁN, Isidoro (Coords.), *Fundamentos de reproducción*, Médica Panamericana, Madrid, 2009, pp. 215-222.

CAÑA YÉLAMO, M^a Ángeles *et al.*, “Inseminación artificial”, en Juan ANTONIO GARCÍA VELASCO y José SCHNEIDER FONTÁN, *Enfermería en reproducción humana*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 95-106.

CARCABA FERÁNDIZ, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, “La “comaternidad”: matrimonio entre mujeres y filiación”, en GARCÍA RUBIO, María Paz; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a del Rosario (Dirs.); LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura y OTERO CRESPO, Marta (Coords.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 423-450.

--, “Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65, núm. 3, 2012, pp. 1001-1073.

CHOUDHRY, Shazia y HERRING, Jonathan, *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland (Oregón), 2010.

COROLEU LLETGET, Buenaventura, “Orígenes, antecedentes, e hitos más importantes de la especialidad en España”, en DEL CAMPO MARTÍN, Alfredo (Dir.), MATORRAS WEINIG, Roberto (Ed.), COROLEU LLETGET, Buenaventura; ROMEU SARRIÓ, Alberto y PÉREZ MILÁN, Federico (Coeds.), *Libro blanco sociosanitario. La infertilidad en España: situación actual y perspectivas*, Sociedad Española de Fertilidad, Madrid,

2011, pp. 71-83, accesible en:
<http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/libros/libroBlanco.pdf>.

CURRY-SUMNER, Ian y VONK, Machteld, “Dutch co-motherhood in 2014”, *The International Survey of Family Law*, vol. 1, pp. 361-376.

DAAR, Judith F., “Accessing reproductive technologies: invisible barriers, indelible harms”, *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, vol. 23, núm. 1, 2008, pp. 18-82.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Vol. II, Tomo II y Temas de Derecho Civil, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

DE GEYTER, Ch. *et al.*, “ART in Europe, 2014: results generated from European registries by ESHRE”, *Human Reproduction*, vol. 33, núm. 9, pp. 1586-1601.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, “Técnicas de reproducción asistida y su influencia sobre la filiación”, *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 29, 1999, pp. 261-279.

DE LA TORRE, Natalia, “Técnicas caseras de inseminación en Argentina: cómo resolver la filiación”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 35, núm. 1, 2017, pp. 323-344.

DE LORA DELTORO, Pablo, “Reproducción, paternidad e igualdad: ¿de qué son responsables los inseminadores?”, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Dir.), GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar; y ORDÁS ALONSO, Marta (Coords.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 215-231.

DE LORENZI, Mariana y CAPELLA, Lorena, “Instrumentalización de la voluntad procreacional como fuente de la filiación en las “TRHA domésticas”, *Congreso internacional de derecho de las familias, niñez y adolescencia. Paradigmas y nuevos desafíos*, Comisión 2. Bioética y familias TRHA. Dignidad, autonomía y derecho al propio cuerpo. Robótica persona, Mendoza (Argentina), 9-11 de agosto de 2018, pp. 1-9, accesible en: <https://docplayer.es/94725237-Comision-2-ponencia-instrumentacion-de-la-voluntad-procreacional-como-fuente-de-la-filiacion-en-las-trha-domesticas-autoras.html>.

--, ““Las “TRHAS domésticas”. Una realidad ¿silenciada? por el legislador”, *Congreso internacional de derecho de las familias, niñez y adolescencia. Paradigmas y nuevos desafíos*, Comisión 2. Bioética y familias TRHA. Dignidad, autonomía y derecho al propio cuerpo. Robótica persona, Mendoza (Argentina), 9-11 de agosto de 2018, pp. 1-8, accesible en: <https://docplayer.es/94189587-Comision-2-ponencia-las-trha-domesticas-una-realidad-silenciada-por-el-legislador-autoras.html>.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”, en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 201-229.

DEMPSEY, Deborah, “Lesbians’ right to choose, children’s right to know”, en JONES, Heather Grace y KIRKMAN, Maggie, *Sperm wars. The*

rights and wrongs of reproduction, ABC Books, Adelaida, 2005, pp. 185-195.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, “Comentario al artículo 4”, en CAÑIZARES LASO, Ana *et al.* (Dir.), *Código Civil Comentado, Volumen 1*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 65- 69.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 11-31, accesible en: <http://idibe.org/numeros-aji/>.

--, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (Un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, vol. 4, núm. 1, 2018, pp. 301-340.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, “Comentario jurídico al artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas”, en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; OCHOA MARIETA, Carmen (Dir.) y MONJE BALSAMEDA, Óscar (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 59-67.

--, “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007, pp. 75-129.

--, “Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante. Nuevo paso en la doble maternidad derivada de

reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1, núm. 10, 2014, pp. 37-50.

DÍEZ GARCÍA, Helena, “Comentario al artículo 180”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo II (arts. 152 a 360), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1931-1953.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, “Comentario jurídico al artículo 5. Donantes y contratos de donación”, en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; OCHOA MARIETA, Carmen (Dirs.) y MONJE BALSAMEDA, Óscar (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 88-97.

--, “Comentario jurídico al artículo 6. Usuarios de las técnicas”, en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; OCHOA MARIETA, Carmen (Dirs.) y MONJE BALSAMEDA, Óscar (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 104-110.

DONOVAN, Catherine, “Who needs a father? Negotiating biological fatherhood in British lesbian families using self-insemination”, *Sexualities*, vol. 3, núm. 2, 2000, pp. 149-164.

DUPLÁ MARÍN, María Teresa, “Potestad parental catalana y autoridad familiar aragonesa. Breve análisis comparativo de las facultades otorgadas a los padrastros respecto de los hijos menores del cónyuge o conviviente”, en BARRADA ORELLANA, Reyes; GARRIDO MELERO, Martín; y NASARRE AZNAR, Sergio (Coords.), *El nuevo derecho de la*

persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 735-746.

DURÁN RIVACOBA, Ramón, “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, núm. 1, 2010, pp. 3-54.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya”, Discurs d’ingrés de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 27.10.2011, pp. 5-71, https://www.ajilc.cat/assets/img/pdf/Discurs_Egea_AR.pdf accessible en:

FARNÓS AMORÓS, Esther, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.

--, “Comentari a l’article 235-20. Filiació matrimonial”, en EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dirs.) y FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 633-638.

--, “Comentari a l’article 235-26. Impugnació de la paternitat no matrimonial”, en EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dirs.) y FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 657-660.

--, “Comentari a l’article 235-27. Impugnació del reconeixement de la paternitat”, en EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dir.) y FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 660-668.

--, “Comentari a l’article 235-28. La prova en la impugnació de la paternitat”, en EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dir.) y FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 668-674.

--, “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 68, núm. 1, 2015, pp. 5-61.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio y VERDERA SERVER, Rafael, “Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 15-68.

FERNÁNDEZ GÓMEZ, José M^a Fidel, “Comentario científico al artículo 6. Usuarios de las técnicas”, en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; OCHOA MARIETA, Carmen (Dir.) y MONJE BALSAMEDA, Óscar (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 99-101.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, “Adopción y prohijamiento en el Derecho civil Navarro (Comentario a las leyes 73

y 74 del Fuero Nuevo)”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 9, 1990, pp. 61-86.

FERRER RIBA, Josep, “Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 3, 2006, pp. 729-756.

--, “Familias y pluriparentalidad en Derecho español”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 85, julio 2018, pp. 163-177.

--, “Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 297-327.

FREEMAN, T.; JADVA, V.; TRANFIELD, E.; y GOLOMBOK, S., “Online sperm donation: a survey of the demographic characteristics, motivations, preferences and experiences of sperm donors on a connection website”, *Human Reproduction*, vol. 31, núm. 9, 2016, pp. 2082-2089.

GARCIA, Maria E., “In with new families, out with bad law: determining the rights of known sperm donors through intent-based written agreements”, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 21, 2013, pp. 197-225.

GARCÍA PASTOR, Milagros, “El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción”, *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 8, 2000, pp. 55-83.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, “Comentari a l’article 235-8. La fecundació assistida de la dona casada” (traducción de MORALES MARTÍNEZ, Sergi), en EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dir.) y FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 596-599.

--, “Comentari al article 235-14. Eficàcia limitada (traducción de MORALES MARTÍNEZ, Sergi), en EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dir.) y FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 614-616.

GARRIGA GORINA, Margarita, “Atribució de la paternitat al marit en les tècniques de reproducció assistida. Comentari a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala Civil i Penal) núm. 28/2007, de 27.9.2007 (MP: Sra. Eugenia Alegret Burgués)”, *InDret* 1/2008, pp. 1-13, accesible en: http://www.indret.com/pdf/509_cat.pdf.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, “Cuestiones procesales en el ejercicio de las acciones de filiación”, *Tribunales de Justicia*, núm. 12, 2000, pp. 1321-1332.

GENNA, Karen, “El acceso a la donación de esperma en España: entre la elección y la imposición”, *AFIN*, núm. 115, junio 2019, pp. 1-10, accesible en: <https://ddd.uab.cat/record/78757>.

GERMÁN ZURRIARÁIN, Roberto, “Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho

comparado”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXII, núm. 2, 2011, pp. 201-214.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, “La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 1, 2018, pp. 1-54.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael, “Aspectos negociales en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida”, en GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis (Coord.), *Homenaje a José María Chico*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, p. 297-353.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ UTOR, Antonio L., “Comentario científico al artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida”, en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; OCHOA MARIETA, Carmen (Dir.) y MONJE BALSAMEDA, Óscar (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 41-47.

GRILLING-SMITH, Carole y ALMEIDA, Paula, “HIV, hepatitis B and hepatitis C and infertility: reducing risk”, *Human Fertility*, vol. 6, núm. 3, 2006, pp. 106-112.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

HARPER, Joyce *et. al.*, “Using an introduction website to start a family: implications for users and health practitioners”, *Reproductive BioMedicine and Society Online*, vol. 4, 2017, pp. 13-17.

HERRERA CAMPOS, Ramón, “Comentario jurídico al artículo 8. Determinación legal de la filiación”, en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; OCHOA MARIETA, Carmen (Dirs.) y MONJE BALSAMEDA, Óscar (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 119-121.

HERRING, Jonathan, *Family Law*, 8ª ed., Pearson, London, 2017.

HOLTZ, Amy Leah, “Daddy or Donor? Uncertainty in California Law in the wake of Jason P. v. Danielle S.”, *Hastings Law Journal*, vol. 68, núm. 4, 2017, pp. 869-908.

INIESTA DELGADO, Juan José, “Comentario al artículo 5. Donantes y contratos de donación”, en COBACHO GÓMEZ, José Antonio (Dir.) e INIESTA DELGADO, Juan José (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 105-177.

--, “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (Dirs.), *Tratado de Derecho de la familia. Volumen V. Las relaciones paterno-filiales (I)*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 883-1019.

IRIBARREN, José A. *et al.*, “Prevención de la transmisión vertical y tratamiento de la infección por el virus de la inmunodeficiencia

humana en la mujer embarazada”, *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*, vol. 19, núm. 7, 2001, pp. 314-335.

JADVA, V.; FREEMAN, T.; TRANFIELD, E.; y GOLOMBOK, S., “Friendly allies in raising a child’: a survey of men and women seeking elective co-parenting arrangements via an online connection website”, *Human Reproduction*, vol. 30, núm. 8, 2015, pp. 1896-1906.

JANSSENS, Pim M.W. *et al.*, “A new Dutch law regulating provision of identifying information of donors to offspring: background, content and impact”, *Human Reproduction*, vol. 21, núm. 4, 2006, pp. 852-856.

KELLY, Fiona, “An alternative conception: the legality of home insemination under Canada’s Assisted Human Reproduction Act”, *Canadian Journal of Family Law*, vol. 26, núm. 1, 2010, pp. 149-170.

--, “One of these families is not like the others: the legal response to non-normative queer parenting in Canada”, *Alberta Law Review*, vol. 51, núm. 1, 2013, pp. 1-21, accesible en: <https://www.albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/55>.

--, “Multiple-parent families under British Columbia's new Family Law Act: a challenge to the supremacy of the nuclear family or a method by which to preserve biological ties and opposite-sex parenting?” *UBC Law Review*, vol. 47, núm. 2, 2014, pp. 565-595.

--, “Parenting outside the normative framework: Australia’s single mothers by choice”, *Australian Journal of Family Law*, vol. 29, núm. 2, 2015, pp. 90-110.

BIBLIOGRAFÍA

LAMM, Eleonora, “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, Programa “El Derecho en una Sociedad Globalizada”, Universitat de Barcelona, 2008, accesible en: <http://hdl.handle.net/2445/11381>.

LECKEY, Robert, “‘Where the parents are of the same sex’: Quebec’s reforms to filiation”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 23, 2009, pp. 62-82.

MAGANTO PAVÓN, Emilio, “Enrique IV de Castilla (1454-1474). Un singular enfermo urológico. Retrato morfológico y de la personalidad de Enrique IV “El Impotente” en las crónicas y escritos contemporáneos (I)”, *Archivos Españoles de Urología*, vol. 56, núm. 3, 2003, pp. 211-220.

MARINA, Simón, “The first sperm bank in Spain: organization and first year results”, en DAVIS, Georges y PRICE, Wendel S. (Eds.), *Human artificial insemination and semen preservation*, Plenum Press, New York, 1980, pp. 57-60.

MARTÍNEZ ORTEGA, Rosa Mª y GARCÍA PEREA, Eva (Coords.), *Enfermería de la mujer*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2011.

MATORRAS WEINIG, Roberto (Ed.), *Estudio y tratamiento de la pareja estéril. Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción (ASEBIR), la Asociación Española de Andrología (ASESA) y la Sociedad Española de Contracepción (SEC)*, Adalia, Madrid, 2007, accesible en:

<http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/recomendaciones/completo.pdf>.

MAYOR DEL HOYO, M^a Victoria, “Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, núm. 2, 1998, 917-936.

MCNAIR, Ruth *et al.*, “Lesbian parenting: issues, strengths and challenges”, *Family Matters*, núm. 63, 2002, pp. 40-49.

MEYER, David D., “Partners, Care Givers, and Constitutional Substance of Parenthood”, en WILSON, Robin Fretwell (Ed.), *Reconceiving the family: critique on the American Law Institute’s Principles of the Law of Family Dissolution*, Cambridge University Press, New York, 2006, pp. 47-66.

MILLBANK, Jenni, “The limits of functional family: lesbian mother litigation in the era of the eternal biological family”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 22, 2008, pp. 149-177.

--, “De facto relationships, same-sex and surrogate parents: exploring the scope and effects of the 2008 Federal Relationship Reforms”, *Australian Journal of Family Law*, vol. 23, julio 2009, pp. 1-34.

MMEJE, Okeoma; COHEN, Craig R. y COHAN, Deborah, “Evaluating safer conception options for HIV-serodiscordant couples (HIV-infected female/HIV-uninfected male): a closer look at vaginal insemination”, *Infectious Diseases in Obstetrics and Gynecology*, vol. 2012, pp. 1-7.

MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, “Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 2018, pp. 43-72.

MORO ALMARAZ, María Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación «in vitro»*, Librería Bosch, Barcelona, 1988.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis, “El art. 44.5 de la Ley del Registro Civil y la doble maternidad a la luz de la resolución de 8 de febrero de 2017 de la DGRN”, *Notarios y Registradores*, 28.3.2017, pp. 1-13, accesible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-doble-maternidad-y-el-articulo-44-5-de-la-ley-del-registro-civil/>.

--, “El reconocimiento de complacencia ante notario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, núm. 4, 2017, pp. 237-264.

NANCLARES VALLE, Javier, “Las técnicas de reproducción asistida en España: aspectos problemáticos de la Ley de 26 de mayo de 2006, n. 14, con relación a la Ley italiana de 19 de febrero de 2004 n. 40”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 36, núm. 2, 2007, pp. 846-901.

--, “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *Aranzadi civil: revista quincenal (Estudio)*, núm. 1, 2008, pp. 2243-2270.

--, “La reforma de la determinación de la filiación extramatrimonial en el Derecho civil navarro”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 2018, pp. 3-42.

NAVARRO CASTRO, Miguel, “Comentario al artículo 45. Obligados a promover la inscripción de nacimiento”, en COBACHO GÓMEZ, José

Antonio y LECIÑENA IBARRA, Ascensión (Dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 705-708.

OGÁYAR AYLLÓN, Tomás, “Comentario al artículo 1814”, en ALBALADEJO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XII, Vol. 2, Artículos 1809 a 1821 y Ley de 22 de Diciembre de 1953, sobre Arbitrajes de Derecho Privado, Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, pp. 1-7, accesible en: <http://app.vlex.com/#sources/727>.

OMBELET, W. y VAN ROBAYS, J., “Artificial insemination history: hurdles and milestones”, *Facts Views Vis Obgyn*, vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 137-143.

PALACIOS, Marcelo, “Comentario jurídico a la Exposición de Motivos”, en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; OCHOA MARIETA, Carmen (Dirs.) y MONJE BALSAMEDA, Óscar (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 15-25.

PANIZA FULLANA, Antonia, “Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 4, 2013, pp. 49-55.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Procreación artificial y responsabilidad civil”, en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 245-317.

--, “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, 1993, pp. 129-160.

--, “Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida”, *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1998, pp. 19-36.

PARKINSON, Patrick, *Australian Family Law in Context: Commentary and materials*, 6ª ed., Thomson Reuters, Pyrmont (Nueva Gales del Sur), 2015.

PARRA LUCÁN, Mª Ángeles, “El principio del interés del menor en la jurisprudencia”, en PICÓ I JUNOY, Joan; ABEL LLUCH, Xavier (Dir.); y DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (Coord.), *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, J.B. Bosch, Barcelona, 2018, pp. 25-52.

PENNINGS, Guido, “The ‘double track’ policy for donor anonymity”, *Human Reproduction*, vol. 12, núm. 12, 1997, pp. 2839-2844.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989.

--, “Comentario al artículo 177”, en CAÑIZARES LASO, Ana *et al.* (Dir.), *Código Civil Comentado*, Volumen 1, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 933-939.

PÉREZ MILÁN, Federico, “La reproducción asistida en el medio sanitario público”, en DEL CAMPO MARTÍN, Alfredo (Dir.), MATORRAS WEINIG, Roberto (Ed.), COROLEU LLETGET, Buenaventura; ROMEU SARRIÓ, Alberto y PÉREZ MILÁN, Federico (Coeds.), *Libro blanco sociosanitario. La infertilidad en España: situación actual y perspectivas*,

Sociedad Española de Fertilidad, Madrid, 2011, pp. 147-162, accesible en:

<http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/libros/libroBlanco.pdf>.

PÉREZ MONGE, Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

PINTO PALACIOS, Fernando, *Nacidos para salvar. Un estudio ético-jurídico del “bebé medicamento”*, Dykinson, Madrid, 2017.

POLIKOFF, Nancy D., “Response: and baby makes... How many? Using In Re M.C. to consider parentage of a child conceived through sexual intercourse and born to a lesbian couple”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 100, 2012, pp. 2015-2050.

QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, “Los retos actuales de la impugnación de la filiación”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 119-183.

QUICIOS MOLINA, Susana, “Comentario al artículo 113”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 246-249.

--, “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz a 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 (Sentencias, Resoluciones, Comentarios)*, núm. 95, 2014, pp. 1-14.

Accesible a través de la base de datos *Aranzadi-Westlaw* (BIB 2014\1929).

--, *Determinación e impugnación de la filiación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

--, “Inseminaciones artificiales domésticas: cuestiones contractuales y de filiación”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 35, 2017-I, pp. 363-383.

--, “Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: estado de la cuestión”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 185-227.

--, “Determinación legal de la maternidad de la esposa de la madre gestante. Comentario a la RDGRN de 8 de febrero 2017 (JUR 2018, 237932)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 108, septiembre-diciembre 2018, pp. 11-28.

RAVELINGIEN, An; PROVOOST, Veerle y PENNING, Guido, “Creating family through connection websites and events: ethical and social issues”, *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 33, núm. 4, 2016, pp. 522-528.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “El consentimiento del marido en la utilización de las técnicas de reproducción asistida: su regulación en el Proyecto de Ley 121/000039”, en DÍAZ MARTÍNEZ, Ana (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso de legal de reformas*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 177-186, accesible en: <https://app.vlex.com/#ES/sources/1749>.

--, “Comentario jurídico al artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida”, en FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE, CARMEN OCHOA MARIETA (Dir.) y ÓSCAR MONJE BALSAMEDA (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 48-53.

RICHARDS, Martin, “Genes, genealogies and paternity: making babies in the twenty-first Century”, en SPENCER, J. R. y DU BOIS-PEDAIN, Antje, *Freedom and responsibility in reproductive choice*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2006, pp. 53-72.

RIVAS, Ana María, “Revisando el parentesco: ¿sigue siendo la sangre más espesa que el agua? Nuevas formas de parentesco y familia”, en GONZÁLEZ TORRALBO, Herminia (Ed.), *Diversidades familiares, cuidados y migración. Nuevos enfoques y viejos dilemas*, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2015, pp. 39-67.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Elementos objetivos de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 6, vol. 1, 1988, pp. 99-108.

--, “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 141-168.

--, “§55. Filiación derivada de procreaciones asistidas”, en LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de*

familia, vol. 2, 3ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1989, pp. 147-171.

--, “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la S.T.C 116/1999, de 17 de junio, al affaire Odièvre)”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 103, núm. 1, 2004, pp. 105-134.

--, “Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, núm. 3, 2005, pp. 1049-1113.

--, “Defecte formal del consentiment del convivent no casat per a la fecundació assistida i acció d’impugnació de la paternitat”, *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 11, 2010, pp. 225-243.

--, “Panorama general de la reforma del Derecho de familia en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, en GINÉS CASTELLET, Núria, *La familia del siglo XXI. Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*, Jose María Bosch Editor, Barcelona, 2011, pp. 13-50, accesible en: <https://app.vlex.com/#sources/6393>.

RIVERO ROMÁN, Antonio (Coord.), *VIH-SIDA. Proceso asistencial integrado*, 2ª ed., Consejería de Salud, Sevilla, 2009, accesible en: <https://www.repositoriosalud.es/handle/10668/1662>.

RODRÍGUEZ, R. *et al.*, “Análisis del factor cervical de esterilidad”, *Clínica e Investigación en Ginecología y Obstetricia*, vol. 30, núm. 2, 2003, pp. 53-58.

RODRÍGUEZ CACHÓN, Teresa, “Reconocimiento de complacencia e impugnación de la filiación”, *Revista de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, vol. 66, 2015, pp. 1-22. Accesible a través de la base de datos *Aranzadi-Westlaw* (BIB 2015\295).

SÁNCHEZ CANO, M^a Jesús, “Hacia la recuperación de la adopción simple en el Derecho español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, octubre 2018, pp. 642-675, accesible en: [https://e-
revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4393](https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4393).

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, “Comentario al artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas”, en COBACHO GÓMEZ, José Antonio (Dir.) e INIESTA DELGADO, Juan José (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 41-57.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, “Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española”, en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 99-113.

SCHERPE, Jens M., *The present and future of European Family law*, Volume IV of European Family Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (Reino Unido) y Northampton (Massachusetts, Estados Unidos), 2016.

--, “Breaking the existing paradigms of parent-child relationships”, en DOUGLAS, Gillian; MURCH, Mervyn; y STEPHENS, Victoria (Eds.), *International and national perspectives on child and family law. Essays in honour*

of Nigel Lowe, Intersentia, Cambridge – Amberes – Portland, 2018, pp. 343-359.

SERNA MEROÑO, Encarna, “Comentario al artículo 6. Usuarios de las técnicas”, en COBACHO GÓMEZ, José Antonio (Dir.) e INIESTA DELGADO, Juan José (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 179-210.

SHERMAN, Jerome K., “Historical synopsis of human semen cryobanking”, en DAVIS, Georges y PRICE, Wendel S. (Eds.), *Human artificial insemination and semen preservation*, Plenum Press, Nueva York, 1980, pp. 95-105.

SWENNEN, Frederik, “The changing concept of ‘family’ and challenges for family law in the Benelux countries”, en SCHERPE, Jens M., *European Family Law*, Volume II, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2016, pp. 5- 21.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España”, en BENAVENTE MOREDA, Pilar y FARNÓS AMORÓS, Esther (Coords.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*, Monográfico, Boletín del Ministerio de Justicia, año LXIX, núm. 2179, junio 2015, pp. 85-174.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, “Ley 72”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DIEZ ALABART, Silvia, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXVI, Vol. 1º: Leyes 42 a 81 de la

Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, 2005, accesible en: <https://app.vlex.com/#ES/sources/684>.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, “Artículo 61. Eficacia limitada de la filiación”, en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (Dir.), BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio (Coords.), *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 164-165, accesible en: <https://app.vlex.com/#ES/sources/14342>.

SWANSON, Kara W, “The Birth of the Sperm Bank”, *The Annals of Iowa*, vol. 71, núm. 3, 2012, pp. 241-276.

TORAL LARA, Estrella, “Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias”, *Derecho privado y Constitución*, vol. 30., 2016, pp. 289-336.

VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional*, Comares, Granada, 1994.

VERDERA SERVER, Rafael, “Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”, en COBACHO GÓMEZ, José Antonio (Dir.) e INIESTA DELGADO, Juan José (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 211-304.

--, “Comentario al artículo 24”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo I (arts. 1 a 151), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1309-1322.

--, “Comentario al artículo 111”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo I (Arts. 1 a 151), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1152-1162.

--, “Comentario a los artículos 136 y 137”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo I (arts. 1 a 151), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1378-1397.

--, *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

VLAARDINGERBROEK, Paul, “Chapter 5. Family law”, en CHORUS, Jeroen; HONDIUS, Ewoud; y VOERMANS, Wim (Eds.), *Introduction to Dutch Law*, 5ª ed., Kluwer Law International B.V., Alphen aan den Rijn (Países Bajos), 2016.

VONK, Machteld, “The role of formalised and non-formalised intentions in legal parent-child relationships in Dutch law”, en BOELE-WOELKI, Katharina (Ed.), *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Intersentia, Amberes – Oxford – Portland, 2009, pp. 171-195.

WIKLER, Daniel y WIKLER, Norma J., “Turkey-baster method babies: The demedicalization of artificial insemination”, *The Milbank Quarterly*, vol. 69, núm. 1, 1991, pp. 5-40.

BIBLIOGRAFÍA

ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, Luis, “La reproducción asistida en mujeres solas y en pareja homosexual”, en DÍAZ MARTÍNEZ, Ana (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 121-154, accesible en: <https://app.vlex.com/#ES/sources/1749>.

ARTÍCULOS DE PRENSA, BOLETINES, DOCUMENTOS DE TRABAJO, GLOSARIOS, HOJAS INFORMATIVAS, INFORMES, RECOMENDACIONES, REPORTAJES Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

ADECES, *Técnicas de reproducción asistida: la necesidad de inversión pública para tratar una enfermedad y un problema social para extender los derechos sin discriminación*, España 2015, accesible en: https://www.adeces.org/wp-content/uploads/2015/05/Infertilidad_TRA.pdf.

ÁLVAREZ, Pilar, “Las adopciones de niños extranjeros se desploman en España en apenas una década”, *El País*, 30.1.2019: https://elpais.com/sociedad/2019/01/29/actualidad/1548791578_921945.html.

ÁLVAREZ, Pilar y DE BENITO, Emilio, “El Gobierno recupera la reproducción asistida pública para mujeres lesbianas y sin pareja”, *El País*, 6.7.2018: https://elpais.com/politica/2018/07/06/actualidad/1530868071_867338.html.

AYUSO, Silvia, “Francia abre la reproducción asistida a lesbianas y mujeres solteras”, *El País*, 25.7.2019: https://elpais.com/sociedad/2019/07/24/actualidad/1563986416_418072.html.

BORRAZ, Marta, “El Registro Civil permitirá inscribir a su hijo a la pareja de lesbianas que denunció discriminación”, *El Diario*, 16.2.2017: https://www.eldiario.es/sociedad/mujeres-inscripcion-consigue-Registro-Civil_0_613139497.html.

“Dos mujeres de Santa Elena hicieron una inseminación casera y pelean para anotar al bebé como hijo de dos mamás”, *Análisis Digital*, 18.7.2017: <http://analisisdigital.com.ar/archivo/2019/06/04/dos-mujeres-de-santa-elena-hicieron-una-inseminacion-casera-y-pelean-para-anotar>.

“El Gobierno quiere evitar ‘interpretaciones restrictivas’ de la ley de reproducción asistida”, *El Mundo*, Suplemento Salud, 16.12.2008: <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/12/16/mujer/1229447791.html>.

FUENTES, Gonzalo, “El Gobierno francés respalda la reproducción asistida para parejas de lesbianas y mujeres solteras”, *Europa Press*, 28.6.2017: <http://www.europapress.es/internacional/noticia-gobierno-frances-respalda-reproduccion-asistida-parejas-lesbianas-mujeres-solteras-20170628160803.html>.

GOZALO, Susana, “1.500 españolas ya han sido madres por autoembarazo”, *20 minutos*, 22.2.2016: <http://www.20minutos.es/noticia/2674115/0/banco-semen-danes/madres-autoembarazo-mil/quinientas-espana-inseminacion/>.

JAUSORO, Ainhoa, *Reproducción humana asistida: descripción de las opciones terapéuticas disponibles*, Departamento de Sanidad, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2000, accesible en: https://www.osakidetza.euskadi.eus/contenidos/informacion/2000_0steba_publicacion/es_def/adjuntos/2000/e_00_05_reproduccion_humana.pdf.

KRAMER, Wendy, “A brief history of donor conception”, *The Huffington Post*, 5.10.2016: https://www.huffingtonpost.com/wendy-kramer/a-brief-history-of-donor-conception_b_9814184.html.

“La Junta añade a la cartera sanitaria el embarazo asistido”, *Diario de León*, 15.2.2017: http://www.diariodeleon.es/noticias/castillayleon/junta-anade-cartera-sanitaria-embarazo-asistido_1137907.html.

“La legislación danesa prohíbe la autoinseminación o inseminación en casa”, *RHA Profesional*, 18.7.2018: <http://www.rhaprofesional.com/la-legislacion-danesa-prohibe-la-autoinseminacion-o-la-inseminacion-en-casa/>.

“La pareja lesbiana de Dénia presenta 100.000 firmas para que el Registro Civil inscriba a su bebé con sus dos madres”, *Diario Información*, 6.2.2017: <https://www.diarioinformacion.com/marina-alta/2017/02/06/madres-denia-presentan-justicia-100000/1857528.html>.

“Lograron la doble filiación de Ciro, el bebé concebido tras inseminación casera”, *Elonce*, 9.10.2017: <https://www.elonce.com/secciones/sociedad/523131-lograron-la-doble-filiacinn-de-ciro-el-bebn-concebido-tras-inseminacinn-casera.htm>.

LÓPEZ FRÍAS, Antonio, “El semen danés que fecunda España: el pedido que hizo madres a Carol y a Rosa”, *El Español*, 22.4.2017: https://www.elespanol.com/reportajes/grandes-historias/20170421/210229441_0.html.

MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia*, núm. 20, datos 2017, accesible en: <http://www.observatoriodelainfancia.mscbs.gob.es/estadisticas/estadisticas/home.htm>.

NATIONAL CENTER FOR LESBIAN RIGHTS (NCLR), *Fact Sheet California's New Assisted Reproduction Law (AB 960) & California Statutory Forms for Assisted Reproduction*, accesible en: <http://www.nclrights.org/legal-help-resources/resource/california-statutory-forms-for-assisted-reproduction/>.

NEW ZEALAND LAW COMMISSION, “New issues in legal parenthood”, Report 88, Wellington, 2005, accesible en: <https://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/projectAvailableFormats/NZLC%20R88.pdf>.

PADILLA, Alfons, “Un juez deniega a dos mujeres inscribir a su bebé por no acreditar cómo fue concebido”, *Levante-EMV*, 21.10.2016: <https://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2016/10/21/juez-deniega-mujeres-inscribir-bebe/1482161.html>.

PERANCHO, Isabel, “Cariño yo te cedo el óvulo y tú pon el útero”, *El Mundo: Suplemento Salud*, núm. 800, 16.4.2009: <http://www.elmundo.es/suplementos/salud/2009/800/1239832803.html>.

RACHIDI, Imane, “El director de una clínica en Holanda inseminó a al menos 49 personas con su propio semen”, *El Mundo*, 12.4.2019:

<https://www.elmundo.es/internacional/2019/04/12/5cb0ae9b21efa01f658b46ab.html>.

RAINBOW FAMILIES COUNCIL, “Donor information and registers”, *Rainbow families and the law: an information kit for same-sex couples and single people in Victoria*, Octubre 2010, Melbourne, pp. 1-4.

RAINBOW FAMILIES COUNCIL, “Options for prospective parents”, *Rainbow families and the law: an information kit for same-sex couples and single people in Victoria*, Octubre 2010, Melbourne (Australia), pp. 1-14.

REGO, Paco, “El ‘baby boom’ de la inseminación casera”, *El Mundo*, 3.1.2016:

<http://www.elmundo.es/cronica/2016/01/03/5687c9d2ca474110268b45cb.html>.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*, 2012, accesible en: http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf.

“Solteras y lesbianas tendrán derecho a reproducción asistida”, *Diario de León*, 5.3.2019:

https://www.diariodeleon.es/noticias/sociedad/solteras-lesbianas-tendran-derecho-reproduccion-asistida_1318491.html.

THE GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *Report Child and parents in the 21st century*, Xerox/OBT, La Haya, 2016, accesible en: <https://www.government.nl/documents/reports/2016/12/07/child-and-parent-in-the-21ste-century>.

TORAL, Miguel (Dir.), *Sin filtros: semen a domicilio, inseminación artificial casera. Tan fácil como comprarlo por internet y esperar que llegue a tu casa*, Mega, 29.11.2016: <http://www.sinfiltros.com/especiales/la-lucha-lgtb/semen-domicilio-inseminacion-artificial-casera-20161129.html>.

VALLE, Soledad, “Un juzgado avala la actuación de tres sociedades científicas contra la “autoinseminación””, *Diario Médico*, 17.4.2018: <https://www.diariomedico.com/normativa/un-juzgado-avala-la-actuacion-de-tres-sociedades-cientificas-contra-la-autoinseminacion.html>.

VICTORIAN LAW REFORM COMMISSION, “Assisted reproductive technology and adoption. Final report”, 2007, accesible en: <http://www.lawreform.vic.gov.au/sites/default/files/ART%20%26%20Adoption%20Report%20FINAL.pdf>.

VILLARINO, Ángel, “El mayor banco de esperma del mundo lleva a España a los tribunales”, *El Confidencial*, 28.10.2016: https://www.elconfidencial.com/espana/2016-10-28/banco-esperma-mundo-tribunales-cryos_1282061/.

YAGÜE, Antonio M., “La inseminación por internet se dispara”, *Crónica Global*, 22.7.2017: https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/inseminacion-internet-dispara_77620_102.html.

ZAFRA, Ignacio, “El deseo por conocer el origen impulsa cambios en la legislación mundial de donantes de esperma y óvulos”, *El País*, 13.7.2019:

https://elpais.com/sociedad/2019/07/11/actualidad/1562841732_322643.html.

ZEGERS-HOCHSCHILD, F. *et al.*, *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*. Versión revisada y preparada por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART)* y la *Organización Mundial de la Salud (OMS)*, 2009, pp. 1-11, accesible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/.