

LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL DERIVADA DE LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

ANA DÍAZ MARTÍNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

I. CONSIDERACIONES INICIALES: LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO MÉTODO DE PROCREACIÓN ALTERNATIVO AL NATURAL. II. UNA VISIÓN GENERAL DE LA REFORMA DE LA LTRHA POR LEY 3/2007, DE 15 DE MARZO. III. LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL EN MATRIMONIOS FORMADOS POR DOS MUJERES. 1. *Planteamiento: art. 6.3º vs art. 7.3º LTRHA.* 2. *Análisis de los requisitos de expresión del consentimiento del art. 7.3º LTRHA.* 3. *La impugnación de la maternidad formal derivada del consentimiento del art. 7.3º LTRHA.* 4. *Imposibilidad de asumir la maternidad formal tras la separación conyugal. Incidencia de la separación en la asunción formal de maternidad.* 5. *Determinación legal de la filiación sólo respecto de la madre biológica en matrimonios formados por dos mujeres.* IV. DIFERENCIA DE RÉGIMENES EN MATERIA DE FILIACIÓN DERIVADA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA ENTRE LOS MATRIMONIOS HETEROSEXUALES Y LOS FORMADOS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*. V. LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL EN PAREJAS NO CASADAS DE MUJERES: ¿DE LA ADOPCIÓN AL CONSENTIMIENTO? 1. *Impugnación de la maternidad en parejas no casadas de mujeres.* 2. *Obligaciones y derechos de la mujer conviviente con la madre biológica sin que esté legalmente determinada su maternidad.* VI. PRETENDIDOS DERECHOS EN JUEGO EN LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL: DERECHO A LA PROCREACIÓN VS. DERECHOS DEL HIJO. 1. *Derecho a la procreación o libertad en materia reproductiva.* 2. *El interés del hijo en la fecundación asistida en parejas de mujeres.*

RESUMEN

La reciente reforma de la Ley 14/2006, de 14 de junio, de técnicas de reproducción humana asistida, hace posible, en coherencia con la posibilidad de que dos personas del mismo sexo –en este caso, dos mujeres– contraigan matrimonio, la determinación legal de una doble maternidad, sin recurrir a la adopción. El presente estudio analiza el alcance de la modificación legal (mediante la adición de un nuevo párrafo 3º al art. 7), los requisitos de la declaración por la que la mujer asume la maternidad formal, el silencio en torno a las parejas no casadas de mujeres y sus efectos, los derechos e intereses en juego y las diferencias de régimen jurídico en materia de reproducción

asistida entre los matrimonios heterosexuales y los formados por personas del mismo sexo.

PALABRAS CLAVE: reproducción asistida, filiación, familia, doble maternidad.

ABSTRACT

The recent reform of the Spanish Human Assisted Procreation Law (14 June 2006), makes possible the legal determination of double maternity, without need to resort to adoption. This happens in coherence with the possibility of two persons of the same sex –in this case, two women– to get married. This study analyses the scope of the modification of the Law (by means of the addition of a new paragraph, number 3, to the art. 7), the requirements of the declaration according to which the woman assumes the formal maternity, the silence concerning the non-married couples made up of women and its effects, the rights and interests in game and the differences of juridical regime in the area of assisted procreation between heterosexual marriages and the same-sex ones.

KEY WORDS: assisted procreation, affiliation, family, double maternity.

I. CONSIDERACIONES INICIALES: LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO MÉTODO DE PROCREACIÓN ALTERNATIVO AL NATURAL

Hace casi veinte años, en los primeros comentarios a la entonces innovadora Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida humana, constituyó una de las cuestiones más polémicas la interpretación y valoración de la redacción que finalmente se dio al apartado 2º del art. 1, al que a través de la vía de la corrección de erratas del texto que se había publicado en el BOE, se añadió el adjetivo “fundamental” para excluir que fuera finalidad única de dichas técnicas “la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces”(1). Al margen de las críticas al procedimiento for-

(1) BUSTOS PUECHE (*El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*. Madrid, Dykinson, 1996, pp. 96 y 129 y ss.) criticó con dureza que se utilizase esta pretendida “corrección de errores” en el Boletín Oficial del Estado para introducir la mencionada palabra y señalar como finalidad principal de la Ley de técnicas de reproducción asistida humana, pero lógicamente ahora no excluyente de otras, la aludida. En su opinión, se trata de la sustitución del legislador ordinario por la Administración, que hace decir al legislador lo que realmente no dijo, pues inicialmente el art. 1.2º sólo contemplaba el uso terapéutico de la reproducción asistida, lo que vedaría el acceso a ésta de las mujeres solas fértiles. Más amplio análisis de esta técnica, muy utilizada en los últimos años, en ATAZ

mal utilizado para hacer constar este extremo en el texto articulado de la ley, la propia Exposición de Motivos se refiere a la gestación de la mujer sola como una de las aplicaciones de la misma, planteando la discutida cuestión de si existe un derecho a la procreación y cuáles son sus límites, con un pronunciamiento expreso en favor del derecho de la mujer a constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente.

Pese a la claridad que a mi modo de ver derivaba de los textos citados, no fueron aisladas las opiniones de quienes descartaron la configuración de las técnicas de reproducción asistida como medio de fecundación alternativo al natural al que podían recurrir no sólo parejas y mujeres con problemas de esterilidad, sino también mujeres sin pareja pero fértiles (2) y, como la evolución social ha puesto de relieve, parejas de mujeres con deseo de maternidad compartida, en las que poco se pensaba desde esta perspectiva a finales de los años ochenta y, como a continuación pondremos de relieve, al dar forma al proyecto de la que finalmente sería la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En efecto, el texto que originariamente fue presentado en el Congreso, que vinculaba todavía el recurso a las técnicas de reproducción asistida con el propósito de búsqueda de la procreación en los casos de esterilidad (art. 1.1º a) fue objeto de sendas enmiendas, de los grupos parlamentarios Izquierda Verde-IU-ICV y Esquerra Republicana (3), que pretendían el reconocimiento del derecho a la maternidad no vinculado a situaciones de patología médica ni siquiera a una genérica infertilidad. Si bien dichas enmiendas no fueron aprobadas en su tenor literal y, por tanto, tampoco incorporadas al texto definitivo de la ley, éste no

LÓPEZ: "Una nueva patología en materia de publicación de la ley: la corrección de falsas erratas". *Derecho Privado y Constitución* nº 20, enero-diciembre 2006, pp. 63-103.

(2) Haciendo prevalecer los argumentos contrarios a facilitar la reproducción de la mujer sin pareja a través de estas técnicas pueden verse, entre otras, las opiniones de VILA CORO ("La reproducción asistida en la mujer sola". *RGD* mayo 1992, pp. 3901-3934), LLEDÓ YAGÜE (*Fecundación artificial y Derecho*. Madrid, Tecnos, 1988, pp. 94 y ss.) y MORO ALMARAZ (*Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Barcelona, Bosch, 1988, pp. 193 y 194). Sin embargo, una posición más abierta ante esta cuestión, que la propia Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 -aptdo. III- pronosticaba sería una de las aplicaciones de las técnicas con divergencias de opinión más marcadas, mantuvieron MONTÉS PENADÉS ("El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana", en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Madrid, Trivium, 1988, pp. 180 y 181) y CÁRCABA FERNÁNDEZ (*Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona, Bosch, 1995, pp. 131-136).

(3) BOCC, Congreso de los Diputados, de 28 de septiembre de 2005.

recoge finalmente mención alguna a la “esterilidad” en la regulación de su objeto y presupone en diferentes preceptos la admisión genérica de la utilización de las técnicas por mujeres sin pareja que utilizan semen de un donante “anónimo”, según la terminología sin duda no muy acertada de la propia ley, quedando determinada legalmente en estos casos sólo la filiación materna si finalmente se logra el embarazo y el alumbramiento.

Así, al inicial sentido disociatorio de la reproducción y la sexualidad que las técnicas que analizamos significaron se unió otro que implica lo propio entre la reproducción y una relación de pareja heterosexual. Sin embargo, sorprendentemente, la Ley 14/2006 obvia por completo la posibilidad de quienes recurran a las técnicas de reproducción asistida sean parejas de mujeres, casadas entre sí o no, siendo una de ellas “usuaria” o “receptora” de las técnicas en el sentido que a tal expresión le da el art. 6.1º, que, no obstante, sí señala que podrá serlo toda mujer mayor de edad y con plena capacidad de obrar “con independencia de su estado civil y orientación sexual”.

La falta de coordinación entre la Ley 14/2006 y la 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, tramitadas ambas con simultaneidad en el Parlamento, notoria en la falta de regulación de la intervención en el proceso de reproducción asistida al que se somete una mujer de la otra que está casada con ella (4), ha intentado salvarse con la precoz reforma que del art. 7 de la primera ha llevado a cabo la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral relativa al sexo de las personas, a los pocos meses de su entrada en vigor. Verificada ésta y siendo a mi juicio improcedentes ya las críticas a la incorrecta técnica legislativa de la que una vez más adolece el sistema español (5), corresponde ahora el análisis del contenido de la reforma, resaltando las incoherencias a que conduce, las carencias que le son imputables y las consecuencias que lleva inherentes en nuestro sistema legal de filiación.

(4) Justo es reconocer que una enmienda del Grupo Esquerda Republicana de Catalunya al art. 6.3º (BOCG Congreso de los Diputados, de 28 de septiembre de 2005) que proponía la sustitución de la palabra “marido” por la de “cónyuge”, al margen de otras relevantes modificaciones relativas a la necesidad o no de recabar dicho consentimiento, sobre las que más adelante volveremos, pretendía la coherencia de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida con la de reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

(5) Acaso la causa de la imprevisión haya sido, como difundieron los medios de comunicación, la falta de coordinación entre los Ministerios de Sanidad y Justicia, responsables de dos proyectos de ley a que hemos aludido y la negativa del segundo a que se introdujeran cambios normativos no suficientemente meditados en materia de filiación.

II. UNA VISIÓN GENERAL DE LA REFORMA DE LA LTRHA POR LEY 3/2007, DE 15 DE MARZO

A pesar de las llamadas de atención de la doctrina durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de técnicas de reproducción humana asistida (6), el texto finalmente aprobado de la Ley 14/2006 sólo contempla, a efectos de su incidencia en la determinación de la filiación, los supuestos de mujer casada con un varón, en cuyo caso se precisa necesariamente su consentimiento a la utilización de las técnicas por su esposa, "a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente" (art. 6.3º), siendo aquél obstáculo para la ulterior impugnación de la filiación matrimonial del hijo (art. 8.1º) y de la mujer que tenga como pareja no matrimonial un varón, que puede consentir su fecundación con contribución de un donante, teniendo su consentimiento, como es sabido, el valor de escrito indubitado a los efectos del art. 49 LRC (7).

La Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007 atiende finalmente, aunque a mi modo de ver de forma parcial e incoherente, como de inmediato pondremos de manifiesto, los requerimientos tanto de movimientos sociales como de parte de la doctrina científica para la armonización de la normativa sobre matrimonios entre personas del mismo sexo y la atinente a la determinación de la filiación derivada del recurso a técnicas de reproducción humana asistida, adicionando al art. 7 un párrafo 3º, aplicable cuando la mujer usuaria de las mismas esté casada –y no separada– con otra mujer. Si ésta presta el consentimiento previsto en tal precepto la determinación legal de la filiación respecto de ambas mujeres originará una situación, hasta ahora inexistente jurídicamente en nuestro ordenamiento, de doble maternidad sin adopción.

En definitiva, pues, en la actualidad la Ley mantiene silencio sobre la posibilidad de determinación de la filiación respecto de la mujer que sea pareja no matrimonial de la que se somete al tratamiento, exige que

(6) Véanse, por ejemplo, las observaciones de CARRASCO PERERA ("Reproducción asistida" *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 674/2005, *Tribuna*, BIB 2005/1142) y ZURITA MARTÍN: "Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres". *LA LEY* 2006-I, pp. 1475-1479.

(7) Así se ha entendido siempre el apartado 2º del art. 8 de la Ley 35/1988, casi idéntico al precepto de la misma numeración de la Ley 14/2006, aunque ninguno de ellos utiliza la expresión pareja de hecho o similar, haciendo referencia sólo al "varón no casado".

el varón casado con la mujer consienta el desarrollo del proceso cuando se recurra a la donación de material reproductor de un tercero y simplemente permite que la mujer casada con la usuaria de las técnicas preste ante el Encargado del Registro Civil consentimiento para que el hijo que, en su caso, nazca sea legalmente considerado como suyo, sin que el mismo sea en modo alguno necesario para el sometimiento al tratamiento de aquélla, pues su falta sólo originará que el niño tenga únicamente un vínculo de filiación legal, que habrá de calificarse de no matrimonial. La maternidad no biológica, que hasta ahora sólo podía ser la adoptiva (8), puede derivar, después de la entrada en vigor de la Ley 3/2007 (17-3-2007), de matrimonio con la mujer que tenga un hijo tras su recurso a las técnicas de reproducción asistida pero no, a no ser que se sustente la aplicación analógica del art. 8.2º de la Ley 14/2006, de una relación de pareja estable con ella.

Desde otra perspectiva, la adición de un simple párrafo al art. 7 LTRHA además de exigir un análisis de su eficacia jurídica directa en materia de filiación, tanto en el ámbito sustantivo como en el registral, mantiene vivo el debate, recientemente suscitado también, aunque con diferente enfoque, con ocasión de la STEDH de 7 de marzo de 2006 (9), sobre la existencia o no de un derecho individual de la mujer a procrear sin necesidad del consentimiento de su pareja (10), que acaso la ley española admita sólo cuando la que se somete a un tratamiento de reproducción asistida está casada con una mujer y no cuando lo está con un hombre.

Así, al margen del estudio de la confrontación entre un hipotético derecho a la procreación y otro igualmente discutido del hijo nacido de las técnicas de reproducción asistida a una familia con un padre y una

(8) A pesar de ello, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Algeciras autorizó en 2006 (*El País*, 17 de octubre de 2006) la inscripción de dos mujeres casadas entre sí como "Madre 1" y "Madre 2" de una niña nacida tras el sometimiento de una de ellas a un tratamiento de reproducción asistida, sin necesidad de seguir los trámites de adopción.

(9) TEDH 2006/19.

(10) En el "caso Evans contra el Reino Unido", objeto de esta sentencia del TEDH, sobre la que más adelante volveremos, se debatía sobre la posibilidad de que la mujer cuyo material genético, junto con el de entonces su pareja, se había utilizado para la generación de unos embriones, preservados a través de un procedimiento de crioconservación, pudiera decidir su implantación en el útero para intentar la procreación, habiéndose roto la relación de pareja y revocado su consentimiento el varón y siendo ésta la única posibilidad de la mujer para ser madre, debido a que se le habían extirpado los ovarios poco después de la generación de los preembriones a causa de un proceso cancerígeno.

madre, invocado por muchos autores cuando se autorizó el acceso a la reproducción asistida de mujeres sin pareja, la reforma del art. 7 LTRHA plantea interesantes cuestiones sobre el diferente trato dispensado, a estos efectos, por el legislador ordinario al matrimonio heterosexual y el compuesto por dos mujeres en contra de lo previsto en el art. 44.2º Cc. Ello ha servido ya como argumento adicional en favor de la no conformidad con la Constitución de la Ley 13/2005 afirmándose que los matrimonios entre personas del mismo sexo constituyen otra clase de matrimonio distinto del existente entre un hombre y una mujer, cuando el texto constitucional sólo admite una (11).

Por otra parte, acaso haya de revisarse el sentido actual de la presunción de paternidad del art. 116 CC, en cuanto responde a una posibilidad de verdad biológica de la filiación del hijo respecto del marido de la madre que, como tal, no puede, obviamente, aplicarse a la mujer que esté casada con ella, diferencia natural que expande sus efectos en toda la materia (12). Quizás haya, al menos, que plantearse su operatividad en materia de reproducción asistida cuando la técnica utilizada se fundamente en la aportación gratuita de material genético por un tercero –inseminación artificial o fecundación *in vitro* heteróloga–, dada la disociación aquí existente entre la paternidad legal del marido de la mujer usuaria de las técnicas y el principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación en que descansa nuestro sistema desde la reforma de 1981. Además, la reforma legal que comentamos que permite la doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida debe hacernos reflexionar sobre la incardinación de tal novedosa forma de determinación de la filiación con la doctrina del Tribunal Supremo y la DGRN sobre la impugnación o no inscripción, respectivamente, de reconocimientos de complacencia efectuados por varones, que no responden a una verdad biológica en materia de filiación.

(11) En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: "Transexualidad, matrimonio entre personas del mismo sexo y nombre". *Aranzadi Civil* nº 3/2007. *Tribuna*. BIB 2007/304.

(12) A este respecto, recuérdese que la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, al justificar la falta de adaptación terminológica de los artículos 116, 117 y 118 del Código civil, a diferencia de los restantes, en que las referencias al marido y a la mujer se sustitúan por la mención a los cónyuges o los consortes, subraya que los supuestos de hecho a que se refieren aquellos preceptos citados sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales.

III. LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL EN MATRIMONIOS FORMADOS POR DOS MUJERES

La adición de un segundo párrafo al art. 44 CC en virtud de la Ley 13/2005, equiparando en requisitos y efectos los matrimonios en que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo, en conjunción con lo previsto en el art. 176.2º 2ª, hizo posible la doble maternidad legal en que una de las madres lo era por naturaleza y la otra por adopción o ambas eran madres adoptivas (13) y estaban casadas entre sí. La reforma sustantiva fue acompañada por una confusa modificación del art. 48 LRC, fruto de una enmienda transaccional en la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley, de la que podría deducirse que es posible hacer constar en el Registro la doble filiación materna si las madres están casadas entre sí, pero no se admite el reconocimiento de la maternidad hecho por la mujer casada con la que ya tenga legalmente determinada su relación de filiación respecto de un menor (14).

En suma, pues, la doble maternidad legal sólo tenía como vía la de la adopción del hijo de la esposa, bien fuera éste nacido de una relación sexual con un varón sin que estuviera legalmente determinada la filiación paterna, bien fruto de la utilización de técnicas de reproducción asistida, casos ambos en que el nacido tendría dos madres, una por naturaleza (15) y otra adoptiva.

(13) En sentido impropio y, desde luego, desprovisto de cualquier efecto jurídico, puesto que la procedencia de los gametos femeninos no incide sobre la determinación de la filiación, se ha hablado de doble maternidad en supuestos en que una mujer gesta un hijo a partir de un preembrión generado con un ovocito donado por una tercera (maternidad gestacional o biológica y maternidad genética) o incluso en casos de niños concebidos con el óvulo de una mujer y el citoplasma de otra.

(14) Así lo expone ZURITA MARTÍN (*loc. cit.*, pp. 1477 y 1478), poniendo de relieve que en la redacción final del art. 48 LRC resulta incoherente mantener la referencia a la inscripción del matrimonio de los padres cuando puede tratarse de uno compuesto por dos mujeres ("La filiación paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento").

(15) Ciertamente, si el hijo se concibió utilizando un tratamiento de reproducción asistida la denominación de filiación por naturaleza es discutida, habiéndose propuesto considerarla como un *tertium genus* entre aquella y la adoptiva (así lo entiende ALVENTOSA DEL RÍO en "La Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del matrimonio en el Código Civil. Génesis y contenido de la Ley" *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo. Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVI, 2005, p. 182), si bien es cierto que el art. 108 CC continúa con la redacción que le dio la Ley 11/1981, de 13 de mayo, distinguiendo sólo las dos aludidas categorías. Atiéndase también a la atinada distinción que hace RIVERO HERNÁNDEZ entre filiación por naturaleza y filiación civil, comprensiva ésta tanto de la adoptiva como de la derivada de las técnicas de reproducción asistida ("Comentario al art. 108", en *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991. Tomo I,

Así, pese a que en materia de reproducción asistida se sustituyó en buena medida con la Ley 35/1988 como criterio de determinación de la filiación la biología por el principio del consentimiento ello regía, aun tras la reforma de nuestro Código civil admitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, sólo para los heterosexuales.

La reciente reforma del art. 7 LTRHA aplica, sin embargo, el aludido criterio de la voluntad personal como origen de una maternidad con plena eficacia jurídica al disponer que la mujer casada con la usuaria del tratamiento de reproducción asistida “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”, precepto, sin embargo, que, lejos de equiparar en este ámbito a los matrimonios compuestos por dos mujeres a los heterosexuales, hace subsistir entre ellos diferencias difícilmente defendibles sólo con apoyo en el art. 116 CC y pone de manifiesto lagunas que pronto originarán conflictos jurídicos.

1. Planteamiento: art. 6.3º vs art. 7.3º LTRHA

La reforma legal que analizamos no sólo genera una posición jurídica diferente para el cónyuge de la mujer que se somete a un tratamiento de reproducción asistida, según su sexo, sino también para la propia usuaria de éste, cuyo ámbito de autonomía personal en el ejercicio de su libertad reproductiva es más o menos amplio según esté casada con otra mujer o con un varón, aspectos ambos profundamente imbricados, como analizaremos diseccionando, en primer término, los requisitos de tiempo y lugar que el nuevo apartado 3º del art. 7 introduce para la mujer que desee asumir una maternidad que se suma a la biológica de su esposa.

2. Análisis de los requisitos de expresión del consentimiento del art. 7.3º LTRHA

Efectivamente el art. 7.3º LTRHA satisface, siquiera parcialmente, la aspiración de matrimonios de mujeres que deseaban una maternidad

p. 428.), idea ya adelantada por el citado autor años antes en “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”. *La filiación a finales del siglo XX, cit.*, pp. 143 y 144.

compartida con efectos plenamente jurídicos al facilitar, por el cauce de la expresión de la voluntad de una de ellas de tener como propio el hijo que la otra alumbró como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida, la comaternidad, relación de filiación que habrá de calificarse de matrimonial. Sin embargo, genera dudas sobre la forma y el tiempo de manifestar tal consentimiento y, desde luego, hace notorias las diferencias antes aludidas con los matrimonios heterosexuales cuando, en realidad, la paternidad del marido de la madre que recurre a semen de un tercero donante es tan puramente formal como la de la esposa de la mujer que hace lo propio.

En primer término, parece que el legislador exige la expresión formal de la voluntad de tener como propio al hijo de la esposa ante el Encargado del Registro Civil cuando se trata de otra mujer, mientras que al varón, que ha de consentir siempre ante el centro o servicio de reproducción asistida para que la mujer casada y no separada pueda someterse al tratamiento (16), se le tendrá por padre legalmente por el simple juego de la presunción de paternidad del art. 116 CC, sin necesidad de expresar otro consentimiento formal. Así pues, en el caso de matrimonios formados por dos mujeres no será suficiente, a los efectos de determinación de la filiación, el documento que la que está casada con la usuaria de las técnicas haya firmado en el centro o servicio de que se trate, por más que en él expresara su asunción de la maternidad legal y si la que se sometió al tratamiento pretendiera inscribir el nacido como hijo matrimonial de ambas ello habría de serle denega-

(16) Obviamente, ello sólo es así en el plano puramente teórico pues la práctica muestra que en muchos centros de reproducción asistida no se hacen indagaciones sobre el estado civil de la mujer usuaria de las técnicas y en consecuencia no se exige consentimiento alguno de su marido, en caso de estar casada. No obstante, en opinión de 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 DÍAZ MARTÍNEZ –coord.– *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*. Madrid, Dykinson, 2006, p. 178), aunque no parece que los centros tengan obligación de exigir certificación del Registro sobre el estado civil de la mujer que desea ser usuaria de las técnicas, bastando la simple manifestación de ésta sobre el mismo, si tienen conocimiento del estado de casada de la mujer y pese a ello prescinden del consentimiento del marido, sin concurrir las excepciones del art. 6.3º, incurrirían en infracción grave (art. 26.b) 3º de la Ley 14/2006).

Cuestión diferente es determinar las consecuencias en materia de filiación de la falta de tal consentimiento (desde luego el marido podrá impugnar la filiación matrimonial inicialmente atribuida por el juego de la presunción del art. 116 CC) en el ámbito puramente matrimonial (aunque en la actualidad, desaparecidas las causas de separación y divorcio, este tema ha perdido gran parte de su interés) y en el de la responsabilidad del centro por los posibles daños que el esposo sufra.

do (17). Tampoco creemos que fuera estimada judicialmente una demanda de reclamación de filiación interpuesta por la madre biológica, pues la sustitución del principio de veracidad por el del consentimiento que la reforma del art. 7 LTRHA significa para los matrimonios de dos mujeres está orientada por unas exigencias formales que parecen insustituibles (18). Se trata de buscar unas garantías máximas de autenticidad en la prestación del consentimiento que algunos autores ya reclamaban, antes de la aprobación de la Ley de 1988, para la fecundación heteróloga (19).

Mayores vacilaciones genera responder a la cuestión de si el consentimiento de la esposa ha de prestarse necesariamente antes de que tenga lugar el nacimiento del hijo, como efectivamente parece exigir una interpretación literal del 3er. apartado del art. 7, precepto por otra parte no completado por disposición transitoria alguna en la Ley 3/2007,

(17) En este sentido, obsérvese que el centro de reproducción asistida deberá comunicar a la mujer casada con la que se somete a las técnicas que el documento que a tal efecto suscribe en la clínica –es previsible que los documentos estándar de consentimiento informado incluyan ya un modelo para matrimonios de dos mujeres, reservando un espacio para el consentimiento de la misma– carece de eficacia jurídica en materia de filiación, pues el art. 3.3º LTRHA exige que los responsables de los equipos médicos proporcionen información y asesoramiento sobre los aspectos “biológicos, jurídicos y éticos” de las técnicas (cuestión diferente es valorar la adecuación de tal previsión en cuanto a los sujetos a que se impone la obligación y sus consecuencias en materia de responsabilidad si derivaran daños de la omisión o incorrecta realización de la conducta).

(18) Contrariamente, la enmienda de adición que el Grupo Parlamentario Izquierda Unida– Iniciativa per Catalunya–Verds presentó en el Congreso al texto de la Ley 3/2007 (BOCG Congreso de los Diputados, de 10 de octubre de 2006) se sustentaba –no sin imprecisión jurídica– en algo no muy distinto de una presunción de maternidad con eficacia limitada a los supuestos de utilización de tratamientos de reproducción asistida al prever “En el caso de matrimonios entre mujeres, si una de las cónyuges se ha sometido a técnicas de reproducción asistida la otra cónyuge pasará a tener la filiación directa del hijo biológico de su pareja” y los mismos derechos y obligaciones por lo que respecta al *nasciturus* que los que corresponden en el caso de una pareja heterosexual.

(19) En efecto, parte de la doctrina consideraba necesario, cuando se utilizaba semen de un tercero donante, el documento público notarial como forma de expresión de un consentimiento que tendría los trascendentales efectos que corresponden a la atribución de una filiación (así, MORO ALMARAZ: *op. cit.*, p. 285), aunque, como es sabido, tal exigencia no fue finalmente incluida en nuestra legislación. Más recientemente expresa la misma opinión ALKORTA IDIAKEZ: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Cizur Menor, Aranzadi, 2003, p. 244.

Puede verse, sin embargo, la exigencia de forma documental pública para la expresión del consentimiento tanto del marido como del varón no casado con la usuaria de las técnicas en el Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 15 de julio, arts. 92.1º y 97.1º).

de 15 de marzo (20). A mi modo de ver, la redacción del precepto quizás no sea en este caso fruto de la improvisación del legislador, sino, al contrario, una decisión meditada con el propósito de no abrir a las parejas de mujeres la vía del reconocimiento como forma de determinación de la filiación (21), pues tal naturaleza jurídica parece habría de darse a la asunción legal de la maternidad por la esposa de la madre tras el nacimiento del hijo, pero, ¿acaso no es equiparable al reconocimiento de un *nasciturus* la declaración ante el Encargado del Registro Civil consintiendo que el hijo que va a nacer de la esposa sea considerado como propio? (22), ¿es necesario sostener que se trata de otro título de determinación de la filiación diferente para que no entre en quiebra la doctrina que permite la impugnación de los reconocimientos hechos por varones que no respondan a una verdad biológica? En todo caso, si el reconocimiento no se entiende como una asunción de paternidad o maternidad a los efectos legales y sociales (23) sino como expresión de asunción de una relación paterno-filial que lo es por naturaleza, en coherencia con la verdad biológica (24) –naturaleza jurídica que

(20) En efecto, existe una única disposición transitoria en este texto legal, dedicada a la exoneración de cumplimiento de los requisitos del art. 4.1º para permitir la modificación de la mención registral relativa al sexo a las personas que puedan acreditar en la forma que allí se prevé haber sido sometidas a cirugía de reasignación sexual con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

(21) Téngase en cuenta a estos efectos que, cuando se tramitó en el Parlamento la Ley 13/2005, el Grupo Esquerra Republicana presentó una enmienda en el Congreso en la que se proponía en la redacción del art. 48 LRC el texto “Dicho reconocimiento podrá ser realizado por un hombre o por una mujer”, de forma que la filiación comaterna que figurara en el Registro Civil derivara del matrimonio de las dos mujeres o del reconocimiento que una hiciera del hijo de la otra (BOCG Congreso de los Diputados, de 15 de marzo de 2005). Sin embargo, tal enmienda no prosperó en sus exactos términos, invocando el Grupo Socialista que implicaba una reforma de la legislación registral que no era la que allí les ocupaba y finalmente no se incorporó a nuestro Derecho positivo la referencia al reconocimiento hecho por una mujer (en el texto aprobado por la Comisión de Justicia, con competencia legislativa plena, en el Congreso, ya no figuraba; BOCG Congreso de 19 de abril de 2005).

(22) Partimos de la base de que la declaración a que hace referencia el art. 7.3º LTRHA se realiza antes del nacimiento pero una vez realizada la implantación del embrión en el útero de la mujer, es decir, conseguido el embarazo.

(23) MONTÉS PENADÉS no duda en calificar el consentimiento del marido en la reproducción asistida heteróloga como “una suerte de reconocimiento” (*loc. cit.*, p. 187).

(24) Ello se ha expresado desde la perspectiva de si ha de darse al reconocimiento valor como acto de ciencia o como acto de voluntad, es decir, acto eficaz sobre la base de su verdad extrínseca o sobre la base de una voluntad libre y conscientemente manifestada, resultando de la reforma de la filiación de 1981 la prevalencia de la primera de las naturalezas jurídicas apuntadas (*vid.* MONTÉS PENADÉS: *loc. cit.*, p. 186). VERDERA SERVER (*Determinación y acreditación de la filiación: En especial el establecimiento jurídico de*

encaja con el rechazo a los reconocimientos de pura complacencia—tampoco hay inconveniente en admitir como título de atribución de la filiación el consentimiento que un hombre o una mujer presten con motivo del sometimiento de su esposa a un tratamiento de reproducción asistida con semen de un donante asumiendo la paternidad o maternidad del hijo que nazca, título autónomo que se ha de sumar a los previstos por el Código civil (25).

En todo caso, inscrito el hijo en el Registro civil sólo con una filiación materna determinada —la de la madre biológica—, parece vedado a su esposa asumir con posterioridad la maternidad legal o formal, quizá por entender el legislador que en materia de filiación debe prevalecer la seguridad jurídica en las relaciones (26), especialmente cuando no se trata, como en este caso, de hacer prevalecer una verdad biológica. Ello no obstante, como antes poníamos de relieve, es necesario valorar, junto a esta idea de la estabilidad en las relaciones de filiación, la conveniencia de haber incluido en el texto legal una disposición transitoria que hiciera posible para parejas de mujeres en que una de ellas ha sido madre biológica a través de reproducción asistida que la otra, entrada en vigor la reforma, dispusiera de un cierto tiempo para expresar ante el Encargado del Registro el consentimiento de asunción de la maternidad legal o formal que en su momento le estaba vedado (¿de nuevo el fantasma del reconocimiento?).

3. La impugnación de la maternidad formal derivada del consentimiento del art. 7.3º LTRHA

Nada se prevé en la nueva regulación acerca de la impugnación de la relación jurídica de maternidad determinada por el consentimiento de la esposa de la madre, a diferencia de lo que establece el art. 8.1º de la Ley 14/2006, que recoge también en este punto lo dispuesto por la de

la paternidad del marido de la madre. Barcelona, Bosch, 1993, pp. 174 y 175) prefiere, siguiendo la doctrina de otros autores, recoger esta doble concepción como reconocimiento-confesión y reconocimiento-admisión.

(25) Así lo analiza PÉREZ MONGE (*La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 133) en relación con el consentimiento del marido en la procreación asistida heteróloga, subrayando en este nuevo título de atribución de la paternidad la importancia del acto negocial previo de asumir una paternidad que no corresponde por naturaleza.

(26) Ello, como es sabido, ha sido argumento para justificar la exigüidad de los plazos en las acciones judiciales de filiación y las restricciones en materia de legitimación activa.

1988, negando tanto a la mujer como al marido legitimación para el ejercicio de la correspondiente acción cuando hayan expresado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante. Sin embargo existe, a mi juicio, la identidad de razón que justifica su aplicación analógica en estos casos, pues en ambos el elemento volitivo que sirve para la atribución de una paternidad o maternidad puramente formal, aunque también afectiva y educacional, si bien no biológica, debe entenderse, en términos generales, salvo los matices que después se expondrán, como irrevocable. No parece deseable en absoluto en estos casos una maternidad provisional, no pudiendo quedar las relaciones de filiación basadas en la voluntad de asunción de los derechos y deberes propios de madre sujetas a la mutación caprichosa de tal deseo formalmente expresado. En este sentido, carecen de acción impugnatoria, a mi juicio, tanto la madre biológica como la que consintió ante el Encargado del Registro la asunción de la maternidad formal (27).

Sin embargo, podemos preguntarnos por el ejercicio de la acción de impugnación si el hijo nacido es fruto de relaciones sexuales de la madre biológica con un varón y no, como su esposa creía, del recurso a la procreación asistida, cuestión tampoco ajena al debate que ha suscitado durante años la legislación sobre la materia en los matrimonios heterosexuales. A mi modo de ver, al igual que en este caso (28), ha de admitirse entonces, sin perjuicio de las dificultades probatorias, el desconocimiento de la relación materno-filial por la vía del ejercicio de la acción impugnatoria puesto que el consentimiento estaba viciado por error (29), lo que puede sustentarse incluso en el propio tenor literal del art. 8.1º LTRHA, que impide la impugnación de la filiación matrimonial “del hijo nacido *como consecuencia* de tal fecundación”, refiriéndose, obviamente, a la realizada con semen de donante. Ya se considere el con-

(27) Entendemos que, negada la legitimación para la acción impugnatoria a la esposa que asumió formalmente la maternidad del hijo que su cónyuge diera a luz a través de tratamiento de reproducción asistida, carecen de ella también sus herederos (art. 136.2º CC) dado que la suya no es personal.

(28) Así lo sugería ya, de *lege ferenda*, RIVERO HERNÁNDEZ, con ocasión de los trabajos prelegislativos para la aprobación de la que finalmente sería la Ley 35/1988 (“La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, en *La filiación a finales del siglo XX*, cit., p. 166).

(29) PÉREZ MONGE (*op. cit.*, p. 149) distingue como dos supuestos excepcionales que permitirían al padre impugnar la relación de filiación que el nacimiento del hijo se hubiese producido por causa distinta de la fecundación *in vitro* consentida y que existan vicios en el consentimiento, siendo a mi juicio el primero de ellos una subespecie del segundo (error).

sentimiento de la mujer como reconocimiento en sentido técnico-jurídico o no, parece que la acción podrá ejercitarse en el plazo de un año siendo *dies a quo* aquel en que descubrió que la generación del que asumió como hijo fue natural, sea por aplicación directa del art. 141 o del 136, con el sentido que a su párrafo primero le ha atribuido el Tribunal Constitucional en la sentencia 138/2005, de 26 de mayo (30).

Más complejo resulta pronunciarse sobre la legitimación del hijo para la impugnación de la maternidad formal atribuida a la esposa de su madre biológica *ex art. 7.3º LTRHA*. Sin perjuicio de que sea especialmente difícil decidir sobre tal cuestión cuando la impugnación del hijo se base únicamente en la falta de veracidad biológica de la misma (31), supuesto en que ha de valorarse que el fundamento de esta relación de filiación es exclusivamente el volitivo, debiendo analizarse si ello vincula únicamente a la mujer que prestó su consentimiento y a la gestante o también al nacido de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, a mi juicio resulta claro que no debe impedirse la impugnación en el caso de infidelidad antes aludido, especialmente si se ejercitara conjuntamente la acción impugnatoria y la de reclamación de filiación al varón que sea padre biológico por haber mantenido una relación sexual con la madre, si bien existirá casi con seguridad posesión de estado de una filiación matrimonial, con las consecuencias a ello inherentes en el ejercicio de la acción. Es sabido que el mandato constitucional del art. 39.2º ordenando al legislador que posibilite la investigación de la paternidad “no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen de la identidad de su progenitor” (32) y que el anonimato del donante

(30) En este sentido, también SSTs de 15 de septiembre de 2003 y 17 de junio de 2004 (RJ 2003/6227 y RJ 2004/3613, respectivamente).

(31) Un supuesto en que en cierto modo serán madres biológicamente ambas mujeres –y por tanto no podría invocarse lo contrario como fundamento de la acción impugnatoria– es el de fecundación de un ovocito de una de ellas gestando la otra el embrión así generado, si bien es claro que a falta del consentimiento del art. 7.3º LTRHA la madre es legalmente sólo la que gesta y alumbró el niño. Creemos que tal forma de actuar podría quedar amparada –al menos por silencio– por la ley 14/2006, que sólo rechaza expresamente la selección personal del donante de semen por la receptora del mismo (art. 6.4º), sin hacer lo propio con la de ovocitos, acaso por ser un recurso más inhabitual, al menos hasta hace pocos años, en que la elevada edad de muchas de las mujeres que requieren tratamientos de reproducción asistida ha provocado el notable incremento de la necesidad de recurrir a ovocitos donados por otras más jóvenes.

(32) STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999/116), que, en este ámbito, declaró la constitucionalidad del art. 5.5º de la Ley 35/1988, que recogía el anonimato de los donantes de semen.

de semen en el ámbito de la reproducción asistida configura un límite al principio de prevalencia de la verdad biológica, pero parecen existir matices diferenciales suficientes para alcanzar una conclusión distinta cuando la maternidad formal se sustente en la creencia en que el ser que nazca será fruto de aquellas técnicas y realmente haya sido procreado naturalmente.

En este sentido, hemos de preguntarnos por la posibilidad de que el hijo, a través del ejercicio de las correspondientes acciones judiciales acumuladas (33) pretenda la sustitución de su madre –legal, formal– por su progenitor (34), sin que encontremos argumentos para impedir en este caso que aquél conozca su propio origen biológico y que jurídicamente la relación de filiación se haga corresponder con él.

Respecto a la otra cuestión, de importancia muy superior, de si en la filiación derivada de reproducción asistida el hijo puede impugnar la relación jurídica determinada respecto de la madre formal, ha de subrayarse que una parte muy significativa de la doctrina se ha resistido a negarle al hijo el ejercicio de dicha acción en los casos, hasta ahora los únicos posibles, de parejas casadas heterosexuales (35). A mi modo de ver, debería negarse al hijo legitimación activa en los mismos términos

(33) Destaca GARCÍA VICENTE (“La previsible reforma del Derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 20, enero-diciembre 2006, p. 218) que la jurisprudencia ha rechazado reiteradamente que se trate de un supuesto común de acumulación de acciones, regulada en los arts. 71 a 73 CC y afirmando la prevalencia de la acción de reclamación, lo que puede ser decisivo tanto desde el punto de vista de la legitimación activa como del plazo para ejercitarla.

(34) *Vid.* en LACRUZ BERDEJO (“La Constitución y los hijos artificiales”. *Actualidad Civil* 1987-2, p. 2037), la distinción, tan utilizada por la doctrina en materia de reproducción asistida, entre padre y progenitor. Asimismo, la STC 116/1999 admite, desde el punto de vista de su constitucionalidad, la disociación entre “progenitor biológico” y “padre legal”.

(35) Así lo entiende QUESADA GONZÁLEZ (“La regulación de la filiación en el Proyecto de Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida”. *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 14, nº 2, 2005, p. 196), argumentando que no se lo prohíbe el art. 8.1º y “que no se contó con él al decidir su nacimiento”. En el mismo sentido, entendiendo que nada puede oponerse a la acción impugnatoria del hijo, DELGADO ECHEVERRÍA (“Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”, *La filiación a finales del siglo XX*, cit. p. 222), MONTÉS PENADÉS (*loc. cit.*, p. 198) y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (“La reproducción asistida en mujeres solas y en pareja homosexual”, en DÍAZ MARTÍNEZ –coord.–: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España*, cit., p. 149) y GONZÁLEZ MORÁN (“Aspectos jurídicos de la procreación asistida”, en GAFO –ed.–: *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, pp. 157 y 158).

en que el art. 8.1º lo hace respecto de la mujer y su marido –su cónyuge, entendemos, sea del sexo que sea– que prestaron con los requisitos legales el consentimiento, pues la que el art. 140.2º le reconoce es coherente con la búsqueda de una verdad biológica que quiebra en un sistema de reproducción asistida heteróloga con anonimato del donante como el de la ley española (36). En mi opinión deben hacerse primar la estabilidad de la filiación y las relaciones familiares y la voluntad de una mujer de asumir la posición jurídica de madre, reconocida en sus efectos jurídicos por el legislador (37), si bien no desconocemos que tales valores probablemente se contrapondrán, por parte de algún autor, con un pretendido *bonum filii*, identificado aquí con la posibilidad de destruir la determinación de la relación de filiación respecto de dos mujeres cuando sea contrario a su mantenimiento.

4. Imposibilidad de asumir la maternidad formal tras la separación conyugal. *Incidencia de la separación en la asunción formal de maternidad*

Legitimada para emitir el consentimiento eficaz para la determinación de la maternidad legal o formal del art. 7.3º LTRHA es la mujer casada con otra que no esté separada legalmente o de hecho de ella. En principio parece que ello no constituye diferencia alguna entre los matrimonios heterosexuales y los conformados por dos mujeres, pues una previsión similar aparece en el art. 6.3º en relación con el consentimiento del marido (38), sin perjuicio de que sea necesario analizar las consecuencias de la separación conyugal posterior a la prestación del consentimiento asumiendo la maternidad formal del hijo que nazca, que no serán idénticas en ambos casos debido a la omnipresencia, en el primero de ellos, de la presunción de paternidad del art. 116 CC y sus derivaciones.

(36) En Derecho comparado tal solución no es desconocida, pues es el régimen aplicable en Suiza a la inseminación artificial heteróloga, como analiza QUESADA GONZÁLEZ (*loc. cit.*, *ibidem*, nota 25).

(37) En relación con la reproducción asistida heteróloga en matrimonios heterosexuales argumenta PÉREZ MONGE (*op. cit.*, p. 148) que “el marido es padre por decisión legal, aunque es conocido que genéticamente no es progenitor. Por ello sería contradictorio con esa decisión de política legislativa reconocer al hijo la posibilidad de impugnar”.

(38) La referencia a la constancia de manera fehaciente de la separación de hecho en el art. 6.3º se justifica en el carácter necesario de tal consentimiento fuera de las excepciones que aquí se contemplan, frente al simplemente potestativo del de la mujer casada con otra (art. 7.3º).

En efecto, en los matrimonios heterosexuales, el hijo se inscribirá como matrimonial aunque los cónyuges se separaran antes del nacimiento de su nacimiento y el marido no podrá tampoco impugnar la filiación matrimonial (art. 8.1º LTRHA) si dio su consentimiento a la reproducción asistida en los términos del art. 6.3º. Es más, según la previsión del art. 118 CC, aun no siendo eficaz ya la presunción de paternidad del marido, es posible inscribir como matrimonial el hijo nacido como resultado de la utilización de técnicas de reproducción asistida más de trescientos días después de la separación “si concurre el consentimiento de ambos”.

Como es sabido, ha discutido la doctrina, en torno al sentido del art. 118 CC cuando el hijo nacido lo ha sido como consecuencia de un tratamiento de reproducción asistida, si el consentimiento a que se refiere tal precepto es, simplemente, el otorgado inicialmente para el sometimiento a las técnicas (art. 6. 1º y 3º LTRHA) (39) o si se requiere uno específico para que el niño ya nacido acceda al Registro como hijo matrimonial cuando ya no funciona la presunción del art. 116 Cc (40). En cualquier caso, se adopte esta última posición más restrictiva o la expuesta en primer lugar, es lo cierto que no hay duda de que, en el seno de los matrimonios heterosexuales, existe la posibilidad de determinar la filiación como matrimonial y con el doble vínculo paterno y materno aunque el hijo nazca más de trescientos días después de la separación de sus padres y se tratara de fecundación asistida heteróloga, en que la determinación de la filiación paterna se fundamenta en un elemento puramente volitivo y no biológico, como tantas veces hemos destacado.

Tratándose de dos mujeres casadas entre sí que recurren a la reproducción asistida para ser madres, como decisión conjunta de conformar

(39) Así lo entendía BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO antes de la aprobación de la Ley 35/1988, (“La filiación inducida y las clasificaciones legales”, en *La filiación a finales del siglo XX*, cit., p. 126) si bien no parece ocioso resaltar que tal opinión la expresaba al analizar la inseminación artificial de la mujer casada con semen de su marido, en que la verdad biológica sí coincidiría con la legal. En contra, exigiendo consentimiento expreso para la inscripción, también en caso de la homóloga, DELGADO ECHEVERRÍA (*loc. cit.*, cit., p. 217). En este último sentido, PÉREZ MONGE (*op. cit.*, p. 91).

(40) Téngase en cuenta que, dado que el consentimiento del marido debe prestarse “antes de la utilización de las técnicas” (art. 6.3º), no se prevé en la Ley que haya de renovarse en cada ciclo y pueden utilizarse para la implantación en el útero de la mujer preembriones generados antes y crioconservados, es posible que los cónyuges se separen en medio del proceso y el hijo nazca, efectivamente, más de trescientos días después de tal separación, motivo por el cual personalmente nos adherimos a la posición de quienes exigen un consentimiento específico para la inscripción de aquél como matrimonial en el Registro Civil.

una familia social y jurídicamente, expresado el consentimiento, como la ley exige, antes del nacimiento del niño, ¿afectaría a la determinación de la maternidad legal o formal derivada del art. 7.3º y se inscribiría como hijo matrimonial de las dos mujeres el nacido tras su separación?

La mujer casada con otra que desee asumir la maternidad del hijo que ésta alumbre lo hará, de ordinario, según nuestra interpretación del art. 7.3º LTRHA, iniciada ya la gestación y no antes de la aplicación de las técnicas, aunque no parece, dada la imprecisión de este último precepto, que el Encargado del Registro Civil pueda negarse a recibir el que pretenda expresarse en tal momento, siéndole exigible entonces que no esté separada de su esposa. Ciertamente, el precepto que analizamos sólo requiere convivencia matrimonial de las dos mujeres en el momento de asumir la maternidad del futuro ser, no al tiempo de practicarse la inscripción de nacimiento del hijo, pero no parece irrelevante, atendiendo a la práctica de los procedimientos de reproducción asistida, tomar en consideración el tiempo transcurrido desde la prestación del consentimiento hasta el nacimiento del hijo, en relación con los modernos procedimientos de crioconservación de preembriones que permiten desarrollar un embarazo años después de la generación de aquellos.

En este sentido, parece evidente que si el consentimiento de la esposa de la usuaria a que se determine a su favor la filiación “cuando nazca el hijo de su cónyuge” se otorga cuando la implantación del preembrion en el útero materno o la fecundación del ovocito a través de un procedimiento de inseminación artificial ya se ha producido y el embarazo ha dado comienzo, que a mi juicio será lo más frecuente, la posterior separación de las cónyuges no debe incidir en materia de filiación. Más dudoso es que se atribuya la maternidad formalmente –aunque en este caso, como en el anterior, el hijo nacido sea no matrimonial– si, con posterioridad a la separación conyugal, la mujer que no logró antes el embarazo se decide a intentarlo de nuevo solicitando la implantación de los embriones ya generados cuando todavía no se había sustanciado la crisis matrimonial y criopreservados desde entonces. ¿Sería coherente admitir que legalmente sean las dos madres del hijo nacido años después de que se separaran?

Obsérvese que la cuestión no deja de tener relación con los conflictos jurídicos surgidos en relación con los preembriones crioconservados cuando se produce una crisis de pareja –hasta ahora los casos conocidos son de heterosexuales– y existe disparidad de criterios sobre el destino que haya de darse a los mismos. En este sentido, particularmente interesante ha sido el debate generado con ocasión de la ya cita-

da STEDH de 7 de marzo de 2006 (41), que ampara la pretensión del varón que había revocado su consentimiento para la reproducción asistida tras su separación de la mujer que deseaba le fueran implantados los preembriones ya generados y criopreservados, con la intención de aprovechar su única oportunidad de ser madre (42).

Si bien es cierto que en el caso que planteamos la no utilización de material biológico de la segunda mujer aporta perfiles diferentes al tema, pues en ningún caso puede impedir a la que fue su esposa la procreación, debería admitirse, a mi juicio, la revocabilidad de su consentimiento de asunción de la maternidad legal cuando sobreviene la crisis matrimonial y su excónyuge desea tiempo después intentar un nuevo ciclo de reproducción asistida (43). A mi modo de ver debería admitirse, tras la separación conyugal, la posibilidad de revocación de

(41) Años antes fue el conocido caso *Davis v. Davis* (Tennessee- E.E.U.U.) el que centró la atención de la doctrina sobre los criterios más oportunos para tomar decisiones sobre el destino de los preembriones tras la ruptura de la pareja que deseaba procrear (véase el análisis de aquella decisión por FEMENÍA LÓPEZ: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*. Madrid, Mc. Graw-Hill, 1999, pp. 109 y ss).

(42) Vid. FARNÓS AMORÓS: "¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida". *INDRET* 1/2007 (www.indret.com). Ya resaltábamos el interés del tema y la insuficiente regulación en el Derecho español, en "Comentario al art. 1º", LLEDÓ YAGÜE, OCHOA MARIETA y MONJE BALMASEDA (dir. y coord.): *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Madrid, Dykinson, 2007, pp. 37 y 38.

Muchos años antes, sin embargo, PANTALEÓN PRIETO expresaba su posición, muy diferente de la que recientemente ha asumido el TEDH, calificando de lícita la transferencia de los preembriones generados *in vitro* con consentimiento del marido, aunque éste hubiera revocado después su consentimiento entre el momento de la fecundación y el de la transferencia, sobre la base de un "verdadero derecho de la personalidad" de la mujer que ha sufrido la extracción de los óvulos a la implantación de los embriones y por evitar presiones (por medio de la responsabilidad civil) que pudieran conducir a la destrucción de aquéllos ("Procreación artificial y responsabilidad civil", en *La filiación a finales del siglo XX*, cit., p. 281).

(43) En materia de revocación de consentimientos la LTRHA sólo contempla la posibilidad de que la mujer decida la suspensión de tratamiento en cualquier momento anterior a la transferencia de los preembriones al útero (art. 3.5º) y regula (art. 11.6º) la modificación de los prestados por la mujer usuaria de las técnicas o, en su caso, la pareja, para dar a los preembriones alguno de los destinos contemplados en el párrafo 4º de dicho precepto, con previsión de renovación de los prestados cada dos años. Sin embargo, la ley no exige, a diferencia de lo que ocurre con el varón en los matrimonios heterosexuales, el consentimiento de la mujer casada con otra, por lo que es posible que el consentimiento se haya manifestado sólo ante el Encargado del Registro civil, no existiendo en la Ley previsión aplicable a la revocación del mismo y tampoco sobre la necesidad de su renovación periódica.

la voluntad expresada de ser tenida legalmente como madre –a no ser que estuviera todavía inconcluso el mismo ciclo de reproducción asistida– o que el propio legislador hubiese previsto la caducidad automática del consentimiento prestado al sustanciarse la crisis matrimonial, fuera de este caso aludido (44). En realidad no estamos sino planteándonos si el derecho a la autonomía reproductiva, entendido en su vertiente negativa, como derecho a decidir no procrear, sobre el que volveremos más adelante, se extiende al ámbito de la paternidad y maternidad no biológicas, sino formales o jurídicas, cuestión sobre la que el legislador de 2007 ha guardado el más absoluto silencio.

Tiene fundamento, desde luego, a mi juicio, defender la aplicación del art. 8.1º LTRHA a los matrimonios formados por dos mujeres e impedirles, igual que a los cónyuges heterosexuales cuando la fecundación es heteróloga, la impugnación de la filiación formal determinada por su consentimiento, pero a mi modo de ver ello ha de estar matizado, en ambos casos, por la revocación de los consentimientos para la reproducción asistida tras la ruptura de la pareja cuando de nuevos ciclos se trate (45).

En todo caso, no expresada formalmente revocación del consentimiento tras la separación (admitida a estos efectos discursivos la viabilidad de la misma) y constando en el Registro –sin caducidad prevista legalmente– el de la mujer que deseaba ser madre legal del hijo que tuviera la que entonces era su esposa, podría llegar a practicarse la inscripción con la doble relación de maternidad, obligando a aquélla a ejercitar una acción de impugnación de dudosa suerte a la luz de la laguna legal existente. Parece imprescindible regular la duración de efectos de la declaración registral del art. 7.3º LTRHA o, en su caso, disponer la irrevocabilidad de la misma, solución que, por conducir a consecuencias a mi juicio indeseables, no nos parece la más adecuada en términos absolutos.

(44) El *Code français* (modificado en esta materia por Ley de 29 de julio de 1994) contiene en la actualidad regulación expresa sobre la cuestión en el art. 311-20, aptdo. 3º, según el cual el consentimiento prestado quedará privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Quedará igualmente privado de efecto cuando el hombre o la mujer lo revoque, por escrito y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia.

(45) Podría haberse hecho una previsión similar a la que contiene el art. 92.2º b) del Código de familia de Cataluña en relación con la atribución de paternidad en la fecundación *post mortem* estableciendo, entre las condiciones para que ello tenga efecto, “que se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple”.

5. Determinación legal de la filiación sólo respecto de la madre biológica en matrimonios formados por dos mujeres

La inaplicabilidad de la presunción del art. 116 CC a los matrimonios formados por dos mujeres junto con el carácter puramente potestativo con el que en el nuevo párrafo del art. 7 LTRHA se ha configurado el consentimiento de la esposa de la que se somete a reproducción asistida de tener como propio el hijo que aquélla alumbre, determinan, a diferencia de lo que ocurre en el seno de los matrimonios heterosexuales, la posibilidad de que la relación de filiación quede determinada sólo respecto de la madre biológica.

Como pone de relieve BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (46), el consentimiento del cónyuge femenino no es necesario, no está autorizada para oponerse al tratamiento de reproducción asistida iniciado por su esposa y si no prestara aquél el hijo que nazca será extramatrimonial, teniendo legalmente determinado sólo un vínculo de filiación respecto de su madre biológica. En todo caso, ello no sería óbice para tramitar después la adopción del hijo de la esposa, única solución que nuestro ordenamiento jurídico parecía ofrecer a los matrimonios de mujeres desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005 hasta la reforma del art. 7 LTRHA, a no ser que se admitiera que la Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005, junto con la reforma del art. 48 LRC, permitieran considerar que cuando el art. 6.3º LTRHA aludía al consentimiento del marido debía entenderse directamente aludido el cónyuge, cualquiera que fuera su sexo (47).

La inseguridad que de tal interpretación derivaba para el aplicador del Derecho apuntala la decisión de reformar tan tempranamente la Ley 14/2006, que no se afronta desde la perspectiva de los consentimientos necesarios para un tratamiento de reproducción asistida (materia regulada en el art. 6) sino de las relaciones de filiación resultantes de su aplicación (art. 7). Así, en efecto, llama la atención que siga siendo necesario el consentimiento del marido de la mujer que se somete a fecundación artificial, mientras que no lo sea si está casada con otra, di-

(46) "Transexualidad...", *cit.*, *ibidem*.

(47) Esta interpretación la desarrolló ZURITA MARTÍN (*loc. cit.*, p. 1478), pero defendiendo, pese a todo, la necesidad de reformar la LTRHA. Por su parte, ALVENTOSA DEL RÍO (*loc. cit.*, p. 183) argumenta en contra de la aplicación de esa Adicional que es muy genérica y alude a la relación existente entre los cónyuges y a los efectos derivados de la existencia de ella, cuando la atribución de la filiación tiene fundamento en bases distintas de las de la relación conyugal.

ferencia de régimen jurídico y de consideración a la autonomía de la mujer obviamente derivada de la vigencia de la presunción de paternidad del marido y orientada a impedir la atribución directa a éste de una paternidad que biológicamente no le corresponde en los casos de reproducción asistida heteróloga. Tal decisión legislativa de dejar vigente la exigencia de consentimiento del marido –desde luego no con el significado de la vieja y afortunadamente desaparecida licencia marital–, sin modificar el art. 6.3º que así lo recogía ya en la Ley 35/1988, aplaudida por autores como DÍEZ SOTO (48), no es la única opción coherente con aquella presunción, pues como este mismo autor señala, algunos ajustes legales, en la línea del Código de familia catalán, podrían permitir configurar ese consentimiento como puramente potestativo, con efectos únicamente en materia de filiación, asumiendo una paternidad formal, social o afectiva (49), igualando así el régimen jurídico aplicable a todo tipo de matrimonios (50).

La mujer casada con otra disfruta así de un ámbito de autonomía y libertad personal en materia reproductiva que el legislador estatal insiste en no reconocer a la que lo está con un hombre, pues si los centros y servicios dedicados a reproducción asistida cumpliesen escrupulosamente lo dispuesto por la Ley deberían negar el acceso a las técnicas a la mujer casada cuyo marido no prestase su consentimiento. Los argumentos que suelen manejarse para justificar la exigencia de éste (esencialmente que sustraer una decisión tan trascendente al acuerdo libre y consciente de ambos cónyuges es difícilmente conciliable con la subsistencia del vínculo matrimonial) (51) deberían, en su caso, de ser aceptados, trasvasarse al ámbito de los matrimonios formados por personas del mismo sexo –en nuestro caso, dos mujeres– (52). Sin embargo, nues-

(48) “Comentario al art. 6”, en LLEDÓ YAGÜE, OCHOA MARIETA y MONJE BALMASEDA (dir. y coord.): *op. cit.* p. 109.

(49) En efecto, el art. 92.1º de la Ley 9/1998, de 15 de julio, dispone que “Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del marido formalizado en escritura pública, se consideran hijos matrimoniales del marido” y el 97.1º prevé que “los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre se consideran del hombre que la ha consentido previamente en documento público”.

(50) Más crítica con la exigencia de consentimiento del marido se muestra ALKORTA IDIAKEZ para quien dicha previsión además de inadecuada es innecesaria porque para evitar situaciones injustas podría haberse ideado un mecanismo sencillo que enervara la presunción de paternidad marital en los casos en que aquél no hubiera consentido el empleo del semen donado (*op. cit.*, p. 239).

(51) DÍEZ SOTO: *loc. cit.*, pp. 109 y 110.

(52) También se ha invocado lo dispuesto por el art. 1362.1º apartado segundo sobre la consideración de carga de la sociedad de gananciales de los gastos generados por los hijos de uno solo de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

tro legislador ha hecho posible que una mujer, casada con otra, tome individualmente la decisión de ser madre a través de reproducción asistida, sin participación alguna de la otra ni en el proceso puramente médico –en el que no habrá de pedirse su consentimiento ni tendrá por qué prestarlo en caso de que así se hiciera– ni en la asunción de una comaternidad, que sería puramente formal, ante el Encargado del Registro, quedando determinada legalmente la filiación del hijo sólo respecto de la madre biológica, a pesar de la integración del hijo en la vida familiar de ambas (53).

En todo caso, tanto si nos referimos a matrimonios compuestos por dos mujeres como a los heterosexuales es indudable, a mi juicio, que el interés del menor queda mejor protegido con la constitución de la doble relación de filiación, pues tendrá los derechos derivados de un vínculo jurídico de tal naturaleza respecto de ambos cónyuges, con los que afectivamente, dada la convivencia, es difícil que el trato no sea filial (54). Especialmente en casos de ruptura de la pareja las consecuencias en materia de custodia y régimen de visitas serán notoriamente diferentes si sólo uno de los cónyuges era legalmente padre o madre o si lo eran ambos, pues la atribución de la custodia a quien no es progenitor en casos de crisis matrimoniales o de parejas de hecho no deja de ser una decisión excepcional en la práctica de nuestros tribunales, condicionada además por la concurrencia de circunstancias especiales de desatención del menor por parte de su madre biológica (55).

(53) Recuérdese que, tratándose de matrimonios heterosexuales, podríamos hallar al menos dos supuestos en que, sometándose la mujer a reproducción asistida, el menor que naciera tuviera finalmente su filiación determinada sólo respecto de ella y no de su marido. En primer término, en caso de que el marido impugnara la paternidad que en virtud del art. 116 CC inicialmente le fuera atribuida con fundamento en el nacimiento del menor como fruto de una relación sexual de la madre con un tercero y no del tratamiento seguido. En segundo lugar, si se realizara una técnica de procreación asistida heteróloga sin consentimiento del marido y prosperara la acción de impugnación ejercitada por éste dentro del plazo legalmente previsto (sobre la admisibilidad de tal acción en estas circunstancias, *vid.* PÉREZ MONGE: *op. cit.*, p. 157).

(54) *Vid.*, *infra*, el epígrafe “Obligaciones y derechos de la mujer conviviente con la madre biológica sin que esté legalmente determinada su maternidad”.

(55) La sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de febrero de 2007 (JUR 2007/138788) atribuye la guarda del menor a quien fue pareja de hecho de la madre biológica por entender que ésta lo desatendía, no estando determinada legalmente la paternidad del niño y valorando especialmente que “el menor ve al Sr. Armando como a su verdadero padre, ya que lleva conviviendo con él desde los cuatro años, manteniendo ambos una muy buena relación a todos los niveles”. En este sentido argumenta la Audiencia “A la vista de todo lo expuesto, debemos concluir que la protección de los menores y el respeto a sus derechos e intereses se puede llevar a cabo mediante una variedad de medidas dirigidas a prevenir y erradicar las múltiples situaciones de riesgo

IV. DIFERENCIA DE RÉGIMENES EN MATERIA DE FILIACIÓN DERIVADA DE T.R.H.A. ENTRE LOS MATRIMONIOS HETEROSEXUALES Y LOS FORMADOS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

La necesidad –al menos a día de hoy– de que la gestación humana se desarrolle en un útero materno y la decisión legislativa adoptada en España en 1988 de declarar la nulidad de los contratos por los que se conviene la llevada a cabo, con o sin precio, por una mujer que renuncia a la filiación materna (hoy mantenida en el art. 10.1º LTRHA) determina que, pese al epígrafe de este apartado, en realidad limitemos nuestras reflexiones a la diferencia de régimen jurídico en materia de filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida entre matrimonios heterosexuales y los formados por dos mujeres, si bien no falta quien ha destacado que tal prohibición impide el acceso a la paternidad compartida a los constituidos por dos varones, tratados entonces de manera diferente de las mujeres en lo concerniente a su autonomía procreativa (56).

Al margen, pues, de tan controvertida cuestión en torno a la gestación de sustitución, planteada sólo muy minoritariamente (57), la refor-

o desamparo efectivo que puedan surgir en el entorno del menor, y en tanto en cuanto no desaparezcan las circunstancias que originen aquellas situaciones y se promueva la total integración social del afectado. La realidad social obliga a distinguir situaciones de desprotección de muy diversa índole: meramente temporales, actitudes de inhibición por parte de padres, imposibilidad de ejercicio de los deberes de la guarda, etc, que exigen un tratamiento diferenciado, determinando un régimen jurídico distinto en cuanto a las medidas a adoptar, entre las cuales se encuentra la guarda de hecho prevista en el art. 303 CC, figura jurídica especial, independiente y distinta de las otras instituciones de protección de menores, con un contenido propio y autónomo, situación esta que se adoptó en el juzgado de instancia y que debe mantenerse en esta alzada, y ello si atendemos principalmente al interés del menor, dado que establecer en este momento una situación de desamparo que propicie la asunción de la tutela del menor por parte de las instituciones públicas encargadas de ello, amén de no ser procedimentalmente posible (no podemos olvidar el procedimiento en el que nos encontramos de modificación de medidas) y no haberlo solicitado nadie, no sería lo más beneficioso para el menor ya que se vería abocado a sufrir una intervención institucional que en este momento es innecesaria dado que dicho menor en la actualidad tiene cubiertas de manera totalmente adecuada todas sus necesidades, tanto existenciales como afectivas por medio del Sr. Armando”.

(56) GÓMEZ SÁNCHEZ (*El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons-Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 63) lo plantea así en relación con un varón y su derecho a la procreación.

(57) Cuestión diferente es que ya esté abierto el debate sobre la oportunidad o no de legalizar la gestación de sustitución cuando ésta sea la única forma para que una mujer pueda ser madre (carece de útero o padece alguna enfermedad que asociada a un embarazo podría entrañar un riesgo vital), al menos cuando se configure gratuitamente, en

ma de la LTRHA por Ley 3/2007, de 15 de marzo, con su breve regulación de la doble maternidad legal sin adopción, equipara genéricamente los matrimonios de mujeres a los heterosexuales en cuanto se les posibilita el acceso directo al doble vínculo de filiación, pero consagra algunas diferencias notables, si bien es cierto que las dudas sobre la constitucionalidad están más bien ligadas al art. 6.3º, que regula el consentimiento en los matrimonios heterosexuales y no al nuevo apartado del art. 7.

En todo caso, las diferencias de régimen jurídico, según doctrina constitucional consolidada, no atentan contra el derecho fundamental a la igualdad ante la ley cuando los supuestos de hecho a que se aplican las consecuencias jurídicas sean disímiles y la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, superando además un juicio de proporcionalidad, en sede constitucional, entre las medidas adoptadas, el resultado producido y la finalidad pretendida (58). De este modo, respecto de la procreación natural existen obvias diferencias entre los matrimonios heterosexuales y los formados por personas del mismo sexo, que podrían entenderse justificativas de algunas diferencias en materia de régimen jurídico de la filiación. Así puede sostenerse, a mi juicio, en lo relativo a la vigencia de la presunción *pater is est* del art. 116 CC sólo para los primeros, como justifica la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005.

Desde la perspectiva de la reproducción asistida, sin embargo, las diferencias vienen a mi juicio marcadas por la utilización de la fecundación homóloga o la heteróloga, pues en el estricto ámbito de ésta última no encontramos más entre los matrimonios heterosexuales y los de mujeres que las que derivan de la propia presunción de paternidad del marido de la madre para la determinación de la filiación, que tampoco sería descabellado suavizar, facilitando un medio para la destrucción de su eficacia cuando falte el consentimiento o incluso generalizar a los matrimonios homosexuales, presumiendo no que la esposa de la madre sea la madre biológica del hijo sino que ha expresado su volun-

particular mediando entre la mujer comitente y la gestante relaciones de parentesco que podrían ser origen de una actuación altruista de la segunda. *Vid.* también en este sentido, ALKORTA IDIAKEZ (*op. cit.* pp. 276 y 277), que resume además los posicionamientos sobre el tema del humanismo de raíz cristiana, el feminismo anglosajón y el de inspiración comunitarista.

(58) Entre otras muchas, SSTC 29/1987, de 6 de marzo (RTC 1987/29), 128/1994, de 5 de mayo (RTC 1994/128), 119/2002, de 20 de mayo (RTC 2002/119), 27/2004, de 4 de marzo (RTC 2004/27), 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005/138), 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005/273) y 214/2006, de 3 de julio (RTC 2006/214).

tad de asumir la maternidad como propia, con posibilidad de aportar prueba en contra de tal consentimiento (59).

En efecto, la prevalencia del voluntarismo sobre la verdad biológica, predicable siempre que no se utilice material biológico de uno de los miembros de la pareja y se recurra a la donación de un tercero –sea aquél del sexo masculino o femenino–, tiñe decisivamente la filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida. Por ello, más que un remiendo a una legislación que se había olvidado de los matrimonios de mujeres habría sido preferible una reestructuración de la filiación en este ámbito configurando dos regímenes distintos: uno para la procreación asistida homóloga y otro para la heteróloga, común en matrimonios heterosexuales y los formados por dos mujeres (60).

Tratando de precisar ideas generales ya expresadas de algún modo en este trabajo, las diferencias vigentes en el régimen de filiación de los nacidos de reproducción asistida, según lo hayan hecho en el seno de un matrimonio heterosexual o de dos mujeres podrían concretarse en la exigencia de mayores formalismos o solemnidades en el consentimiento de asunción de la maternidad formal o legal que en el de la paternidad del marido de la madre (art. 7.3º *vs.* art. 6.3º LTRAH) y en la posibilidad de que se determine sólo la filiación respecto de la madre bioló-

(59) Siendo el deber de fidelidad exigible a todos los cónyuges (art. 68 CC) puede en principio presumirse que si una mujer ha sido madre biológicamente ello no es sino consecuencia de una decisión conjunta de recurrir a las técnicas de reproducción asistida y a la fecundación con semen de un donante.

(60) Quizá sea la reforma en materia de filiación exigida por las sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo, 156/2005, de 9 de junio, 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero, en relación con los actuales arts. 133 y 136, el cauce idóneo para afrontar una revisión de los principios inspiradores y la regulación concreta en esta materia, incluyendo la filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida. Por lo demás, como se deduce de la sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio, el legislador podría optar por mantener esas normas sobre filiación en la propia Ley de técnicas de reproducción humana asistida, por ser “consecuencia jurídica inescindible” de la aplicación de éstas, o unificarlas con las demás que en el Código civil regulan esta materia, como se ha hecho en el Código de familia catalán y en diversos Códigos civiles extranjeros (desde luego, como resalta el TC en esta última sentencia citada, no existe precepto constitucional alguno que obligue al legislador a reunir en un solo texto normativo todo el Derecho de familia).

Desde otra perspectiva, puede verse, en STC 273/2005, de 27 de octubre, el voto particular emitido por varios magistrados discrepantes de la decisión mayoritaria de considerar inconstitucional la falta de legitimación activa del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial cuando no hay posesión de estado (art. 133.1º CC), en el que, pese a ello, expresan que “la evolución de la sociedad pudiera hacer aconsejable una modificación del Código civil, dado que la regulación vigente no es la única constitucionalmente admisible”.

gica cuando está casada con una mujer, mientras que ambos vínculos quedarán determinados en principio en el caso de matrimonios heterosexuales (salvo que el marido impugne la filiación alegando que no prestó su consentimiento a la fecundación heteróloga). Ambas cuestiones, en particular la segunda, están fuertemente vinculadas a la presunción *pater is est* y pueden justificarse objetivamente en las diferencias por naturaleza en materia de reproducción natural –la única conocida cuando tal presunción se convirtió en regla jurídica– entre parejas heterosexuales y homosexuales, pero nada impediría, con las ya mencionadas adaptaciones, la configuración de un régimen único para la determinación de la filiación de los hijos nacidos de toda fecundación con semen de quien no es el otro cónyuge (61).

A mi juicio debería también regularse en los mismos términos y con los mismos efectos la prestación de consentimiento por parte del cónyuge de la mujer usuaria de las técnicas, extendiendo el vigente para los matrimonios de mujeres a los heterosexuales, de modo que sea posible para el marido, como lo es para la mujer casada con otra, decidir libremente si asume la paternidad formal o no y para la mujer casada con un hombre someterse a un tratamiento reproductivo sin que su marido haya de expresar su consentimiento de forma necesaria (62), emprendiendo las reformas legales que sean precisas, en su caso, en materia de presunción de paternidad.

Por otra parte, sin perjuicio de que sería, a mi juicio, inconstitucional no aplicar el régimen previsto en el art. 8.2º LTRHA a las parejas formadas por dos mujeres, admitida ya en nuestro ordenamiento la doble

(61) Tómesese en consideración que, con ocasión de analizar la legitimación activa en las acciones de reclamación de la filiación matrimonial y no matrimonial, el TC ha sostenido, en las sentencias 138/2005, de 26 de mayo y 273/2005, de 27 de octubre que el matrimonio confiere en principio una certeza a la filiación que no existe en su ausencia, de modo que la filiación extramatrimonial requiere medios diferentes para su determinación, lo que justifica la diferencia de régimen jurídico. Sin embargo, la certeza a que alude no parece se pueda extender a la reproducción asistida, existiendo la heteróloga.

(62) De todos modos, si no se interpreta el art. 6.3º LTRHA desde la perspectiva de la filiación del hijo que nazca y se ve como condicionante de la licitud del tratamiento de reproducción asistida al que se somete la mujer (y ello parece ser así, en relación con lo dispuesto por el art. 26 b) 3, en materia de infracciones) no podemos sino manifestar nuestras dudas sobre su constitucionalidad (en este sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ –*op. cit.*, p. 96– sostiene que es inconstitucional por limitar la libertad de la mujer y su derecho a la reproducción sin justificación razonable). Desde luego, carece de coherencia argumentar que se trata de un consentimiento imprescindible para incorporar un nuevo ser a su familia conyugal y defender lo contrario en el caso de los matrimonios de dos mujeres.

maternidad legal, no podemos olvidar una diferencia en materia de determinación de filiación en estos casos, pues en una pareja heterosexual al varón que no prestó el consentimiento para la fecundación con semen de un donante (bien por no querer asumir entonces la paternidad, bien por no constituir en aquel momento pareja) le queda todavía el recurso al reconocimiento, mientras que esta vía parece totalmente vedada a una mujer cuando la maternidad ya está determinada respecto de otra, dada la actual configuración de esta institución.

En efecto, la concepción del reconocimiento que se ha impuesto en la doctrina del Supremo y la Dirección General de Registros enlaza con la asumida por autores como RIVERO HERNÁNDEZ de declaración de ciencia por parte del reconocedor, que al declarar su paternidad afirma implícitamente las relaciones sexuales habidas con la otra persona en tiempo apto para la concepción y la creencia de que el hijo es suyo, siendo el dato objetivo de la cohabitación el más relevante (63). Así, aunque en algún momento se haya afirmado la irrevocabilidad del reconocimiento, como manifestación del principio de estabilidad de las relaciones familiares, salvo concurrencia de vicios del consentimiento al realizarlo, de modo que la única vía de impugnación sería la del art. 141 CC (64), hoy es admisible el ejercicio de la acción del art. 140 CC cuando se trate de un reconocimiento de complacencia, en que no se corresponde con la verdad biológica la declaración del reconocedor de que el hijo es suyo (65). En este sentido, sin perjuicio de que en algún caso se entienda caducada la acción (66), sentencias del Supremo como las de 31 de octubre de 1987 (67), 27 de mayo y 12 de julio de

(63) "Comentario al artículo 120", en *Comentario del Código Civil*, cit, p. 461.

(64) Desde luego, si es ésta la acción ejercitada y no se prueba la concurrencia de error del reconocedor porque era sabedor de que no era el padre biológico aquélla no prosperará (SAP de Valencia de 23 de octubre de 2006 –JUR 2007/76340–), igual que se producirá este efecto si la impugnación *ex art. 141 CC* tiene su origen en dudas surgidas en el varón a raíz del proceso de separación matrimonial con la madre del niño, ante ciertas manifestaciones de ella en este sentido (*vid. STS de 26 de marzo de 2001 –RJ 2001/4762–*).

(65) En realidad, ya la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1967 (RJ 1967/383) estableció la nulidad de un reconocimiento hecho en testamento porque el actor no era padre biológico del reconocido, calificándolo de *contra legem*.

(66) STS de 14 de julio de 2004 (RJ 2004/4676).

(67) RJ 1987/8438. "Si bien el material probatorio aportado a los autos, consistentes en prueba testifical de un solo testigo y confesión de la madre demandada, es escaso, el mismo no deja lugar a dudas que cuando el actor don Juan Francisco conoció a doña María Fernanda e inició con ella una relación sentimental, ésta ya era madre del niño Iván Christian, nacido unos meses antes del comienzo de esa relación, por lo que no habiendo existido entre el demandante y la madre relaciones sexuales en época hábil para

2004 (68), entre otras, rechazan la falta de correspondencia entre verdad formal y material que ese tipo de reconocimientos implican y, con apoyo en el art. 39 CE, dejan sin efecto los realizados por reconocedores que no eran padres biológicos de los hijos, aun en los casos en que se aprecia la existencia de un “vil móvil económico” como sustrato de la acción impugnatoria, contradictoria con una voluntad expresada tiempo atrás (69).

En todo caso, pese a la intención de hacer prevalecer la verdad biológica, la función calificadora del Encargado del Registro Civil no alcanza a la realización de investigaciones profundas sobre la correspondencia con aquella de la verdad formal que proclama el reconocedor, sin que las simples dudas sobre el hecho de que el hijo no sea biológicamente suyo puedan llevarle a denegar la inscripción. Son necesarios, pues, para adoptar esta decisión, datos objetivos que permitan estimar la concurrencia de un reconocimiento de complacencia, manifestaciones solemnes de los sujetos que pongan de manifiesto que la declaración de paternidad no se ajusta a la verdad real (70).

la procreación del menor posteriormente reconocido, ha de afirmarse la inexistencia de una relación de paternidad biológica entre don Juan Francisco O. L. y el menor Iván Christian, lo que determina la nulidad de reconocimiento hecho en el expediente gubernativo instruido por el Registro Civil de Valencia con el número 2973 de 1985 por su falta de exactitud, procediendo, en consecuencia, la rectificación de la inscripción registral de nacimiento del menor”.

(68) RJ 2004/4265 y RJ 2004/5356, respectivamente .

(69) En este sentido, son muy significativas las consideraciones de la STS de 12 de julio de 2004: “a) ...ha de resaltarse que, en el recurso se debate una problemática concernida al llamado reconocimiento de complacencia («rectius» de conveniencia interesada), esto es, cuando los intervinientes en ese acto formal están de acuerdo o admiten (si bien no lo expliciten –pues ello sería hasta contradictorio con su voluntad emitida–), que la verdad biológica no coincide con el designio de ese acto, porque, ambos, reconociente y reconocido, se repite, eran conscientes de que su contenido no se correspondía con la verdad material. b) Así son relevantes circunstancias, como las acreditadas, en las que, incluso, aparece el móvil económico del cambio de actitud del actor, que si bien es reproducible en cualquier otro campo moral o social, no debe eludirse para robustecer aún más que el acto aparente, confirma que los mismos demandados no han negado en ningún momento esa contradicción entre la verdad material y la formal y, que hasta la misma inexistencia de la impugnación del recurso lo avala. c) Así las cosas, no pueden omitirse las sanciones sobre la prevalencia de la verdad material en las cuestiones de estado civil que prescribe el art. 39 de la CE (RCL 1978, 2836), y cuyo significado, es obvio, ha de coonestarse, incluso, con el beneficio de los propios hijos, objetivo que, en el presente recurso, no puede decirse que se cumpla con la declaración judicial recurrida, porque, ni se respeta la primacía de aquella verdad, ni tampoco es atendible que la misma reconocida solo aduzca en su defensa que, se contrarreste ese móvil económico de su falso progenitor y, que por ello, por la misma se aferra a impedirlo”.

(70) RRDGRN de 28 de diciembre de 2002 (RJ 2003/2641), 15 de enero de 2004 (JUR

En la actualidad, rechazada en su día la enmienda presentada con ocasión de la reforma del art. 48 LRC a través de la que finalmente fue Ley 13/2005 (71), que pretendía extender la posibilidad de reconocimiento de un hijo a una mujer, estando ya determinada la filiación materna respecto de otra, parece que, aun admitida la doble maternidad legal, la única vía para su determinación que nuestro Derecho positivo ofrece hoy (a la que, a mi juicio, como ya hemos subrayado, habría que sumar la que deriva de la aplicación analógica del art. 8.2º LTRHA, en relación con el 49 LRC) es la del art. 7.3º LTRHA, sin que esté abierta la del reconocimiento. Siendo éste un ámbito de la filiación en que ha de prevalecer en términos casi absolutos la verdad biológica –o, al menos, la verosimilitud de que la declaración efectuada se corresponde con la realidad material– sería muy difícil admitir el reconocimiento del hijo de una mujer que otra hiciera.

No obstante, como se ha subrayado, no existe un imperativo constitucional de respeto absoluto al principio de verdad biológica, estimando el Tribunal Constitucional razonable y adecuada su atemperación por otros principios, también constitucionalmente presentes, como el interés del hijo, la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones familiares y relativas al estado civil (72). El propio Código Civil no considera presupuesto suficiente para la eficacia del reconocimiento en todos los casos la verdad biológica, haciendo prevalecer abiertamente (*ad exemplum*, art. 123, en el caso de los reconocidos que fueran mayores de edad) el interés del hijo. Existiendo fisuras, pues, en el aserto de que la verdad biológica es el criterio imperante en términos absolutos en materia de reconocimiento, acaso el interés del hijo pudiera llevar a admitir, en los casos de reproducción asistida, el que una mujer pudiera realizar en relación con el hijo ya nacido de su pareja, la madre biológica, si bien sería necesario establecer normativamente su irrevocabilidad (73), solución que, desde luego, debería aplicarse también a los realizados por hombres en los casos de fecundación artificial, sin ignorar la dificultad de hacerlo compatible con la

2004/138584) y 27 de abril de 2005 (RJ 2005/9779). Ello no obstante, la resolución de 8 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7295) invoca, con apoyo en el art. 28 LRC, la posibilidad de que el Juez Encargado del Registro que tuviere dudas fundadas sobre la veracidad de la declaración del reconocedor realice las comprobaciones oportunas.

(71) BOCG, Congreso de los Diputados, de 15 de marzo de 2005.

(72) BARBER CÁRCAMO: “La legitimación del progenitor para reclamar su paternidad”. *Aranzadi Civil* n° 11, 2006 (BIB 2006/871).

(73) Queda a salvo la impugnación por concurrir algún vicio del consentimiento en los términos del art. 141 CC.

no constancia en el Registro del origen de la generación (art. 7.2º LTRHA) (74).

V. LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL EN PAREJAS NO CASADAS DE MUJERES: ¿DE LA ADOPCIÓN AL CONSENTIMIENTO?

Si bien es cierto que la adición de un nuevo párrafo al art. 7 LTRHA ha posibilitado el nacimiento de la figura de la doble maternidad legal sin recurso a la adopción, ofreciendo un nuevo y más directo cauce jurídico para la consecución de la comaternidad a los matrimonios de mujeres, haciendo añicos el aserto, expresado hace muy poco por la Dirección General de Registros, de que la maternidad es única en nuestro Derecho (75), la reforma presenta la notable laguna de olvidar a las parejas no casadas de mujeres, a las que no se les facilita un trámite como el que para los varones contempla, ya desde 1988, la legislación sobre técnicas de reproducción asistida.

Como es sabido, la irrupción en nuestro Derecho de la figura de la doble maternidad legal no aparece ligada al matrimonio, sino que, con anterioridad a la reforma del Código civil que en virtud de la Ley 13/2005 permitió a dos mujeres casarse, varias decisiones judiciales –sin duda polémicas tanto por su significado social como por su argumentación jurídica– permitieron a una pareja no casada de mujeres ser madres tras el sometimiento de una de ellas a un tratamiento de reproducción asistida, si bien a través de la adopción por la que no era madre biológica del hijo nacido de la otra. En efecto, así lo contemplaron dos autos del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona de 22 de enero de 2004 y 26 de enero de 2005 (76), aplicando la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, cuyo art. 8 regulaba únicamente la adopción conjunta de menores por parejas de hecho del mismo sexo, sobre la base del interés

(74) Es evidente que el varón que no consintió a los efectos del art. 8.2º LTRHA la fecundación de su pareja con semen de un tercero puede reconocer como suyo el hijo nacido e inscribirlo, a su nacimiento, con la doble relación de filiación determinada porque existe una apariencia de verosimilitud en su declaración de que el hijo es suyo. Sin embargo, si hacemos prevalecer a ultranza la verdad biológica podría impugnar con éxito dicho reconocimiento, algo que, recordemos, no es comúnmente aceptado, si la filiación se determinó por la vía del expediente registral del art. 49 LRC sobre la base del consentimiento prestado al realizar el tratamiento de reproducción asistida

(75) RRDGRN de 30 de septiembre de 2004 (RJ 2005/664) y 5 de junio de 2006 (JUR 2007/130356).

(76) AC 2004/164 y AC 2005/180, respectivamente.

superior del menor en ser adoptado por la solicitante (77). En todo caso, la constitución de tal adopción –obviamente, sin necesidad de propuesta previa de la entidad pública por aplicación del art. 176.2.2^a– carecía de coherencia con la legislación registral, que en ningún caso permitía en aquella fecha la constancia de dos filiaciones maternas (78).

Regulada la doble maternidad legal sin necesidad de adopción en el ámbito matrimonial (art. 7.3^o LTRHA), resulta sorprendente (79) que el legislador estatal no haya extendido el mismo régimen a las parejas de mujeres no casadas, pues sí aparecen contempladas en materia de reproducción asistida desde la perspectiva de la determinación de la doble relación de filiación, ya desde el texto legal de 1988, las heterosexuales. Tal ha sido, en efecto, el sentido en que se ha aplicado el art. 8.2^o LTRHA, pese a que, a mi juicio desacertadamente, no contiene alusión alguna a la existencia de una relación de pareja entre la usuaria de las técnicas y el “varón no casado” que consiente en un tratamiento de fecundación asistida con semen de donante, lo que tendrá los efectos que en tal precepto se prevén en materia de filiación. Como ya expresamos en otro lugar (80), no encontramos argumentos en contra de la equiparación legal en eficacia del consentimiento que pueda dar la compañera sentimental de la que se somete al tratamiento de reproducción asistida con el consentimiento del varón a que hace referencia el art. 8.2^o LTRHA, que puede determinar una paternidad formal y no biológica.

Cuestión diferente es si sería posible y suficiente el recurso a la simple aplicación analógica del art. 8.2^o de la citada Ley o si resulta imprescindible una nueva reforma legal que dé forma a la doble maternidad legal derivada de la utilización de procedimientos de reproducción asistida para parejas de mujeres convivientes *more uxorio*. Desde luego,

(77) Se aplica a la adopción por uno de los miembros de una pareja homosexual del hijo biológico o previamente adoptado por el otro la misma interpretación extensiva que las Audiencias Provinciales venían realizando en materia de adopción por uno de los componentes de una pareja heterosexual del hijo del otro, con el propósito de lograr la plena asimilación entre las parejas casadas y las heterosexuales no casadas, aunque la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre no lo preveía expresamente.

(78) La Ley 13/2005 modifica el art. 48 LRC para hacer posible en el Registro civil el reflejo de dos maternidades, si bien es discutible, como después resaltaremos, si únicamente para los casos de mujeres casadas o también para las parejas estables homosexuales que no estén unidas por el vínculo matrimonial.

(79) También en este sentido GARCÍA VICENTE: *loc. cit.*, p. 208, nota 5.

(80) “Comentario a los arts. 175.4^o y 178.2^o”, en ZARRALUQUI y LLEDÓ (coord.): *El nuevo Derecho matrimonial. Comentario a las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio*. Madrid, Dykinson, 2007, p. 141.

lo que no parece en modo alguno admisible es que en parejas del mismo sexo les sea exigible para tener acceso a la doble maternidad sin adopción, a diferencia de las heterosexuales, que contraigan matrimonio, pues ello si puede analizarse, sin ninguna duda, como una inaceptable discriminación.

En realidad, se dan, a mi juicio, los requisitos para la aplicación analógica del art. 8.2º, removidos los obstáculos legales para admitir la dualidad de maternidades que llevaron a la Dirección General de Registros a denegar el reconocimiento que del hijo biológico de su compañera sentimental –nacido tras la aplicación de técnicas de reproducción asistida– pretendía realizar ante el Encargado del Registro civil una mujer (81). En efecto, al ser la reproducción asistida heteróloga un ámbito donde la filiación es más un concepto jurídico que natural y admitirse, en particular, que el varón integrante de una pareja no casada pueda asumir formalmente una paternidad que biológicamente no le corresponde existe la identidad de razón que el art. 4.2º CC exige para la aplicación analógica de una norma, estando, por otra parte, legitimado para instar el expediente a que hace referencia el art. 49 LRC para la determinación de la filiación, tanto un hombre como una mujer (cierto es, en este último supuesto, que no por prever el caso que ahora analizamos). La aplicación de reglas propias de la paternidad a la comaternidad está justificada, a mi modo de ver, cuando se está prescindiendo en ambos casos de la existencia de un vínculo biológico con el hijo.

Desde otra perspectiva, aunque el legislador hubiera pretendido acentuar las exigencias formales de prestación del consentimiento de asunción de una maternidad formal en el caso de los matrimonios formados por dos mujeres respecto de los heterosexuales, a través de la expresión del mismo directamente ante el Encargado del Registro Civil, el procedimiento del art. 49 LRC, a que remite el art. 8.2º LTRHA, parece

(81) En las resoluciones, ya citadas, de 30 de septiembre de 2004 y 5 de junio de 2006 son argumentos medulares de la decisión de confirmar la del Encargado del Registro, aplicando el Código de Familia de Cataluña, idéntico, en lo que aquí nos interesa, al Código civil, que “la maternidad es única en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza o por adopción, resultando en el primer caso, respecto de la madre, del hecho del nacimiento” (*cf.* art. 87 del Código catalán de familia). El principio de verdad biológica que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer”. Tales argumentos son calificados por RUBIO TORRANO (“Madre no hay más que una”. *Aranzadi Civil*, nº 12, 2007, *Tribuna*, BIB 2006/1283) de “más que discutibles” a la vista de las normas en cuestión y de lo que considera su correcta interpretación.

satisfacer cumplidamente tal rigor formal (82), compatible con la nota de simplificación que puede asegurarse le es propia.

1. Impugnación de la maternidad en parejas no casadas de mujeres

Aceptada la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 8.2º a las parejas homosexuales compuestas por dos mujeres, aunque sin duda sería preferible que la ley expresamente las contemplara en su ámbito, previa la correspondiente reforma, siendo además buen momento, en mi opinión, para exigir –obviamente también para las heterosexuales–, la concurrencia de un requisito de relación afectiva estable con la madre gestacional para poder asumir en estos casos la maternidad o paternidad legal, hemos de preguntarnos por la posibilidad de impugnar con posterioridad la filiación así determinada, tal como hicimos, pese al silencio del art. 7.3º L.T.R.A.H., en relación con el consentimiento prestado por una mujer casada con otra.

En este sentido, ha de resaltarse que tanto la Ley 14/2006 como su antecesora, la 35/1988, sólo prevén la vinculación futura de quienes prestaron su consentimiento al tratamiento de reproducción asistida, desde el punto de vista de la imposibilidad de impugnar la relación de filiación que del mismo resultara, para la mujer progenitora y el marido que aceptaron la fecundación heteróloga (art. 8.1º L.T.R.A.H.) (83). Ello no ha sido obstáculo para que la generalidad de la doctrina (84) en-

(82) El Observatori de Dret Privat de Catalunya, dentro de los trabajos preparatorios de actualización del Código de familia, ha elaborado, como destacan FARNÓS AMORÓS y GARRIGA GORINA (“¿Madres? Pueden ser más de una”. *Indret* 4/2005 www.indret.com) un borrador en que ya se contempla a las parejas estables formadas por dos mujeres como madres legales, tras el recurso a técnicas de reproducción asistida. Así, se propone la modificación del actual art. 97.1º de dicho Código para incluir a éstas subrayando que los nacidos por fecundación asistida de la madre son hijos de ésta y de la mujer que convive con ella en pareja estable y que ha consentido a la fecundación. Parece suficiente, si se adoptara este criterio, la prestación del consentimiento en el propio centro de reproducción asistida, sin especiales exigencias formales consistentes en declaraciones ante el Encargado del Registro Civil o tramitación de expediente registral alguno. No obstante quizá no haya de olvidarse que en el Derecho catalán existe presunción de paternidad en parejas heterosexuales no casadas convivientes *more uxorio* (art. 94 del Código de familia), lo que parece dar un matiz diferente al tema.

(83) El *Code* francés prevé idéntico régimen para matrimonios y concubinos en el art. 311-20, negando a ambos en el párrafo 2º la acción impugnatoria. El Código civil portugués lo hace en relación con el cónyuge que consintió (art. 1839.3º).

(84) Entre otros, *vid.* MONTÉS PENADÉS: *loc. cit.*, p. 188; RODRÍGUEZ CASTRO: “La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y el Re-

tendiera que tampoco estaría legitimado para ello el varón no casado –en la práctica, pareja de hecho de la usuaria de las técnicas– que consintió la fecundación de ésta con semen de un donante, consentimiento válido como escrito indubitado para determinación de la filiación por la vía del expediente del art. 49 LRC. (85).

En esta misma línea, consideramos que la mujer que consintiera, a efectos de determinación de su maternidad formal, que su compañera sentimental se sometiera a un tratamiento de reproducción asistida carecerá de acción de impugnación de la así determinada, salvo, como en el caso de las mujeres casadas, que pudiera probar que la generación se debió a causas naturales y no a la procreación asistida o que existían vicios en su consentimiento –causas, por otra parte, aplicables también en el caso de parejas heterosexuales y fecundación heteróloga–. Idénticas son las razones en todos los casos para alcanzar esta conclusión contraria al principio general de irrenunciabilidad de las acciones de estado, que ha de quebrar, a mi modo de ver, en relación con la mujer y su cónyuge o pareja estable –cualquiera que sea su sexo– que han prestado su consentimiento en los términos analizados.

En todo caso, ha de quedar a salvo la posibilidad de revocación del consentimiento con el término final, en caso de fecundación *in vitro* o inyección intracitoplásmica de espermatozoides, de la implantación de los embriones que se hubieran generado en el útero de la mujer que va a llevar a cabo la gestación (86), si bien tal revocación debería tener, a mi juicio, en todos los casos de reproducción asistida heteróloga, únicamente efectos en materia de filiación, sin impedir a la mujer que continúe con el proceso que puede convertirla en madre, en decisión que só-

gistro civil". *Actualidad Civil* 1990-3, p. 751; PÉREZ MONGE: *op. cit.*, p. 190; DELGADO ECHEVERRÍA: *loc. cit.*, p. 225; QUESADA GONZÁLEZ: *loc. cit.*, p. 199.

(85) Una voz contraria a la expresada opinión general, sin duda basada ésta última en la doctrina de los propios actos y en la prohibición de conductas contrarias a la buena fe, es la de HERRERA CAMPOS ("Comentario al art. 8", en LLEDÓ YAGÜE, OCHO MARIETA y MONJE BALMASEDA –dir. y coord.–: *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, cit. p. 120), que considera falsa la inscripción de la paternidad del hombre que no es padre biológico y, por ello, susceptible de impugnación de acuerdo con lo dispuesto por el art. 140 CC. Por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 130) expresa sus dudas sobre la cuestión, ante el silencio legal, aunque considera preferible evitar la impugnación de la filiación por parte del varón, aunque sea por aplicación analógica del art. 8.1º de la Ley (manifiesta, sin embargo, que no hay mucha diferencia entre este supuesto y el del reconocimiento de conveniencia del hijo concebido por una mujer por medios naturales).

(86) FÁBREGA RUIZ: *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*. Granada, Comares, 1999, p. 125.

lo le debe corresponder a ella en desarrollo de su autonomía reproductiva (87).

2. Obligaciones y derechos de la mujer conviviente con la madre biológica sin que esté legalmente determinada su maternidad

La estabilidad de una relación de convivencia familiar entre la mujer que no es madre biológica y el hijo que su cónyuge o pareja de hecho ha alumbrado a través de un procedimiento de reproducción asistida, sin que se haya asumido la maternidad formalmente –bien por imposibilidad legal, bien por voluntad de aquella o de ambas– puede ser origen de algunos limitados efectos jurídicos, que se pondrán de manifiesto, en particular, ante una ruptura de las dos mujeres.

A mi modo de ver, no parecen trasladables al Derecho español algunas decisiones de tribunales de justicia norteamericanos que imponen obligaciones derivadas de una relación jurídica materno-filial, especialmente el deber de asumir el pago de una pensión alimenticia al hijo tras la crisis de pareja, sobre la base de que la maternidad nace de asumir el proyecto común de engendrar un hijo y de tratarlo como tal en el seno de la familia durante un cierto lapso de tiempo (88). Mientras no se de-

(87) En el caso de la mujer casada con un hombre es dudoso, sin embargo, dada la exigibilidad del consentimiento del marido para desarrollar el proceso de reproducción asistida (art. 6.3° L.T.R.A.H.), que éste pudiera continuar revocado aquél, aun siendo un tercero donante el que aporta el material biológico para la fecundación, solución a mi modo de ver, poco respetuosa con la mujer y que debería ser objeto de una modificación legal, haciendo posible que el marido que no ha prestado el consentimiento o lo ha revocado desvirtúe fácilmente la presunción de paternidad del art. 116. La misma conclusión de que la legislación vigente puede impedir a la mujer seguir adelante con el proceso si está casada con un varón se desprende, a mi modo de ver, de las previsiones del art. 11.6° L.T.R.A.H., en relación con el párrafo 5°, aunque se aluda expresamente a la modificación del consentimiento prestado para dar a los preembriones criopreservados alguno de los destinos que allí se prevén, solución que, en mi opinión, debería aplicarse sólo si el marido aportó el semen para la fecundación.

(88) Puede verse el detallado comentario de varias sentencias de 22 de agosto de 2005 de la Supreme Court de California que reconocen la maternidad legal de la mujer que convivía en relación de pareja estable con la que es madre a través de reproducción asistida en FARNÓS AMORÓS y GARRIGA GORINA (*loc. cit., passim*). La novedad de tales decisiones judiciales radica, en efecto, en la determinación legal de la maternidad que efectúan sobre dos razonamientos básicos: la existencia de una voluntad previa a la concepción respecto de los hijos que nazcan del tratamiento, que puede deducirse de la actitud de las dos mujeres y no ha de constar expresamente, y la convivencia con los hijos, tratándolos como tales (así, una de las resoluciones –caso Elisa B. v. Superior Court– aplica analógicamente una norma del *Californian Family Code* que presume que es padre

termine legalmente la maternidad –la única vía es en la actualidad el art. 7.3º LTRAH y, a mi juicio, la aplicación analógica del 8.2º para las parejas de mujeres no casadas– no existe parentesco alguno entre la mujer que convive con la madre biológica y el hijo de ésta, que pueda servir de fundamento a la exigencia ante los tribunales de obligación alimenticia alguna.

Sin embargo, la situación de convivencia estable descrita, generadora, en condiciones de normalidad, de vínculos afectivos entre el hijo y la mujer de su madre pueden constituir el fundamento en nuestro Derecho del establecimiento de un régimen de visitas en caso de ruptura de la pareja e incluso, bajo ciertos parámetros, de atribución de la custodia del menor a la mujer que legalmente no es madre.

En este sentido, aunque tratándose de una pareja heterosexual, hemos citado ya una sentencia española (89) que atribuía la custodia del hijo a la pareja de hecho de la madre, a quien aquél trataba como un padre –no estaba determinada legalmente la paternidad–, aunque en este caso, lógicamente, no se compartiera *ab initio* el proyecto de la concepción como en el caso de las parejas de mujeres a las que aludimos y fuese argumento decisivo la relación de afectividad entre el hijo y la pareja de su madre con la que había vivido varios años. Similares argumentos condujeron a la Audiencia Provincial de Sevilla a acordar el nombramiento como tutor de una menor de quien había sido compañero sentimental de su padre fallecido y con quien existió durante varios años convivencia, a pesar de que los abuelos discutían la procedencia de tal medida y defendían reunir ellos mejores condiciones para hacerse cargo de la tutela (90).

el hombre que convive con el hijo y lo trata como propio, con el argumento de que la norma prescinde totalmente de la existencia de un vínculo biológico para concluir el efecto que prevé).

Las tres sentencias consideran determinada legalmente la maternidad de la mujer no gestante tanto en lo que implica imposición de obligaciones, como la de prestar alimentos al hijo, como en lo que significa reconocimiento de derechos.

Uno de los casos presenta además la singularidad de que la mujer que no gestó el hijo era la donante de los ovocitos utilizados para la generación de los embriones y, como cualquier otro donante de material genético, había firmado un documento renunciando a cualquier derecho respecto a la descendencia, solicitando con posterioridad la determinación legal de su maternidad cuando la madre gestante, tras la separación, se lleva a sus hijas con ella, petición que es finalmente atendida por la Supreme Court.

(89) Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 5 de febrero de 2007 (JUR 2007/138788).

(90) Sentencia de 14 de junio de 1999 (AC 1999/851). La Audiencia valora principalmente, como no podía ser de otra manera dada la función que la tutela asume en nuestro Derecho, la mejor forma de proteger el interés de la menor, a la cual su propio padre,

Con fundamento en lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 160 CC no podrá impedirse sin justa causa el establecimiento de un régimen de visitas, más o menos amplio según las circunstancias del caso, siquiera se considere simplemente como “allegada”, en favor de la ex esposa o compañera sentimental de la madre biológica, cuando ambas recurrieran a la fecundación asistida como proyecto común de maternidad, sin llegar a establecerse legalmente la doble relación legal de filiación, generalmente por no ser posible jurídicamente, pese a que tal hubiera sido el deseo de las dos mujeres o, simplemente, por no hacer uso de la facultad que ahora concede el art. 7.3º LTRAH a la mujer no gestante. El establecimiento judicial de tal régimen de visitas, ateniéndose a la relación humana de afectividad ya existente, es admitida incluso por quienes, sin embargo, se niegan a aceptar la inscripción de un hijo en el Registro Civil con dos madres y califican de inconstitucional el nuevo párrafo 3º del art. 7 de la ley antes citada (91).

VI. PRETENDIDOS DERECHOS EN JUEGO EN LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL: DERECHO A LA PROCREACIÓN VS. DERECHOS DEL HIJO

Aunque sin propósito de exhaustividad alguna en su tratamiento y siendo consciente de la complejidad que entraña adentrarse en una ma-

en testamento otorgado poco antes de morir, había designado como tutor a su pareja, de condición transexual, a la que ella trataba como una madre, muerta la que lo era biológicamente cuando tenía sólo un año de edad. Frente a modelos que se califican de “núcleo familiar ideal” por el Fiscal, compuestos por padre, madre y hermano (unos tíos de la menor reunían tales características) se considera que ha de hacerse prevalecer el mayor cariño de la menor hacia la pareja de su padre que hacia sus abuelos, con quien, sin embargo, aquélla no se niega a aceptar que siga teniendo contacto a través de un régimen de visitas.

(91) En este sentido puede verse el comentario de ARECHEDERRA ARANZADI (“Decirle a dos personas mamá es muy difícil”, en www.unav.es/cdb/undecirmamam.html) a las decisiones de dos juzgados de primera instancia, uno de Talavera de la Reina y otro de Algeciras (Registro Civil), que, en muy distinta medida, reconocieron a dos mujeres ciertos derechos en relación con el hijo que su compañera sentimental había alumbrado recurriendo a técnicas de reproducción asistida. En el primer caso, un Juzgado de Talavera estableció un relativamente amplio régimen de visitas (tres horas los martes y los jueves y fines de semana alternos), ciertamente más favorable que el que muchos juzgados reconocen a los padres o madres biológicos, con apoyo en la existencia de una relación materno-filial y en que sería perjudicial para el niño que dejara de ver a la que considera su madre (el citado autor, sin embargo, afirma que “tiene y tendrá una madre, no tiene ni tendrá padre –porque el donante de semen no es padre y tiene y tendrá una tía, que no es tía”, condición, que él mismo califica de “coloquial y poco rigurosa” que úni-

tería que ha sido objeto de profundos estudios desde la perspectiva iusfilosófica, un análisis de la reforma legal que introduce en España en el ámbito de la reproducción asistida la figura de la doble maternidad legal sin adopción exige un breve planteamiento de cuáles pueden ser los derechos, libertades o, en su caso, intereses en juego, a los que ha atendido –o debería hacerlo– el legislador, su alcance y límites.

1. Derecho a la procreación o libertad en materia reproductiva

Es de nuevo necesario resaltar, como preámbulo de las consideraciones que siguen, la opción legislativa de no considerar exclusivamente la reproducción asistida como remedio frente a la infertilidad, sino también como instrumento para satisfacer sus deseos de maternidad las mujeres solas –ya desde 1988– y las parejas de mujeres (92) –desde

camente reconoce a la mujer que el niño tiene por madre. Más crítico se muestra todavía con la decisión de la titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Algeciras a través de la cual se permitió en 2006, por vez primera en España, la inscripción en el Registro Civil de la doble maternidad legal de una niña, siendo sus madres la que la gestó tras someterse a un procedimiento de reproducción asistida y su esposa. Sin detenernos en sus descalificaciones hacia la juez, resaltemos que sus argumentos se basan en la prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación, al margen de la adoptiva, que asume como “mentira institucionalizada”, entendiéndose que la doble maternidad legal sin adopción “es un imposible humano y una manifiesta inexactitud registral, contraria a la naturaleza de las cosas y a la Ley que rige dicho organismo público”.

Aun admitiendo algo que ya hemos puesto de manifiesto en este trabajo, la escasa coherencia de la paternidad y la maternidad derivada de reproducción asistida heteróloga con la doctrina del Tribunal Supremo y la Dirección General de Registros en torno al reconocimiento de un hijo, nulo cuando no se ajuste a la verdad biológica, también en el ámbito de la reproducción asistida es, como la adopción, un terreno en que la filiación es un concepto jurídico y no natural, una ficción del legislador, si así se quiere. Lo que no nos parece asumible es que se acepte el funcionamiento bajo tales premisas de la institución de la filiación cuando de una pareja heterosexual se trate y no cuando sean dos mujeres. Es obvio que la verdad biológica se encuentra sustituida en materia de reproducción asistida heteróloga por el principio volitivo (en este sentido destaca ROCA TRÍAS –“Comentario al art. 92”, en EGEA I FERNÁNDEZ y FERRER I RIBA –coord.–: *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*. Madrid, Tecnos, 2000, p. 439– que la Ley de técnicas de reproducción asistida y el Código de Familia configuran un sistema análogo al de la adopción, cobrando importancia decisiva la asunción del rol de padres) y, a mi modo de ver, ello puede ser analizado del mismo modo si el que emite el consentimiento es un hombre o si es una mujer (no consideramos válido el argumento de que el marido de la madre no es el padre biológico cuando se ha utilizado para la fecundación semen donado por un tercero pero puede aparentar que lo es, mientras que una mujer no, porque la paternidad o maternidad biológica queda aquí sustituida por la formal o social).

(92) El Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la in-

2007–, refrendo legal que, en este último caso, permite formalizar jurídicamente una práctica extendida en que las parejas de sexo femenino no eran consideradas como tales, sino como si se tratase, simplemente, de una mujer sin pareja que se sometía al tratamiento.

En este sentido no podemos sino preguntarnos si ello conlleva un reconocimiento del últimamente tan invocado, tanto en sus aspectos positivos como negativos, derecho a la procreación, ciertamente discutido en su propia existencia como tal. Aunque no recogido de forma expresa en las declaraciones internacionales de derechos (93) ni incluido en la mayoría de las Constituciones y Códigos civiles, se ha defendido que es una exigencia del derecho a formar una familia, que sí goza de tal referencia directa en muchos de los aludidos textos (94), además de analizarlo como manifestación de la dignidad, del libre desarrollo de la personalidad (95) y, en definitiva, de la libertad personal en materia reproductiva –comprensiva de las decisiones de tener o no hijos, su número y cómo espaciar su nacimiento (96)–, analizada también desde la perspectiva del derecho del individuo a que el Estado no interfiera en la esfera íntima y personal del proceso de reproducción (97).

Precisamente desde este último punto de vista el Tribunal Europeo

seminación artificial humanas, presidida por Marcelo Palacios, que fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986 (Congreso de los Diputados, Secretaría General, pp. 198 y 212) contenía entre sus recomendaciones que “No debería autorizarse la realización de estas técnicas en parejas homosexuales” (nº 10) y, sin embargo que “La mujer sola no estéril podrá beneficiarse de estas técnicas”, si bien en este caso los tratamientos no deberían financiarse con fondos públicos (nº 120).

(93) Sí se reivindicaron los derechos reproductivos, en cuanto ámbito de decisión personal en materia de procreación, en que debían evitarse las interferencias de los poderes públicos, en las Conferencias Internacionales sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y sobre la Mujer (Beijing, 1995), no sin reservas a su reconocimiento por parte de muchos de los Estados participantes.

(94) Así lo hacen la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16.1º), la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (art. 12) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 23.1º), si bien vinculando familia y matrimonio.

(95) Arts. 1.1º y 10.1º CE. En este sentido, como derivación del libre desarrollo de la personalidad, aunque configurándolo como “libertad de procreación” y no estrictamente como derecho, *vid.* STC 215/1994, de 14 de julio (RTC 1994/215), que declaró conforme a la Constitución la despenalización de la esterilización de incapaces cuando medie autorización judicial.

(96) Obviamente, el tema se ha vinculado con el acceso a métodos anticonceptivos e incluso con los supuestos despenalizados de aborto.

(97) La jurisprudencia americana ha fundamentado en el derecho a la intimidad decisiones que amparaban diversas conductas en el ámbito de la reproducción asistida (incluso la gestación de sustitución) y de la anticoncepción. *Vid.* GÓMEZ SÁNCHEZ: *op. cit.*, p. 54.

de Derechos Humanos, en relación con el art. 8 del Convenio, ampara la decisión de un varón (que había consentido la generación de embriones con su espermatozoides y los ovocitos de su pareja) de no procrear tras la ruptura de la relación existente entre ambos, en la ya citada sentencia de 7 de marzo de 2006 (caso Evans), supuesto particularmente difícil por cuanto reflejaba un conflicto entre el derecho de la mujer a procrear y el del hombre a no hacerlo. El mismo enfoque, analizando si existe vulneración del art. 8 del Convenio, en lo atinente al derecho al respeto a la vida privada y familiar, realiza el Tribunal Europeo en sentencia de 16 de abril de 2006 (98) (caso Dickson), en relación con la negativa de las autoridades británicas a permitir que un preso, condenado a varios años de prisión por asesinato, y su esposa pudieran acceder a un tratamiento de reproducción asistida para intentar ser padres, dado que tenían restringidas las visitas conyugales en el establecimiento penitenciario y la edad de la mujer hacía imposible que pudieran concebir el hijo cuando el marido finalizara su etapa carcelaria, aun lejos de concluir.

Este último caso, origen de un voto particular de varios magistrados discrepantes con la decisión final del Tribunal, se plantea también como posible vulneración del derecho a formar una familia, reconocido por el art. 12 del Convenio de Roma, a que antes aludíamos. Sin embargo, el TEDH considera inexistente la vulneración de los derechos invocados con dos argumentos fundamentales: el mantenimiento de la confianza de la sociedad en el sistema penitenciario (ello en relación con la naturaleza y gravedad del delito cometido por el primer demandante) y, lo que aquí centrará nuestro interés, el bienestar del hijo que pudiera ser concebido a través de reproducción asistida. En este último sentido, además de una supuesta escasez de medios materiales para su mantenimiento, negada por la mujer, el Tribunal pone el acento en que la prolongada ausencia del padre durante una parte importante de su infancia no sería adecuada para el menor, estando el Estado vinculado por obligaciones positivas de garantizar la protección eficaz de los niños.

En definitiva, pues, el TEDH legitima la intromisión de un Estado en la vida privada y familiar de las personas, restringiéndoles el acceso a las técnicas de reproducción asistida, en atención, fundamentalmente, al pretendido interés del futuro hijo de contar con la presencia de su padre y su madre en los primeros años de su vida (99). Sin embargo, en-

(98) TEDH 2006/31.

(99) Profundiza en esta idea, con mayor rotundidad, resaltando los derechos e intereses que colisionan, el voto concordante del Juez Bonello, que afirma que " Nada en el Convenio garantiza a una persona un «derecho» a procrear. Lo que el *Convenio* (RCL

contramos una decidida defensa de lo que se califica de “naturaleza fundamental del derecho a procrear” en la opinión disidente conjunta de dos jueces de este Tribunal (100) que, con cita de la sentencia de la Supreme Court de los Estados Unidos en el caso *Skinner v. Oklahoma* (101) y de la dictada por el propio TEDH en el ya citado caso *Evans v. Reino Unido* (TEDH), afirman que la decisión mayoritaria no mantuvo un justo equilibrio de los intereses en conflicto porque la limitación impuesta a los demandantes no estaba implícita en la pena de privación de libertad, era muy gravosa para la mujer y respondía a una posición

1999, 1190, 1572) más convincentemente garantiza es el «derecho a fundar una familia» (artículo 12). No estoy nada convencido de que la procreación de un hijo mediante inseminación artificial por un condenado a cadena perpetua esté incluido en el derecho garantizado por el artículo 12. El concepto de «familia» que indican los artículos 8 y 12, en mi opinión, requiere más que el mero aporte de semen a distancia en circunstancias que impiden al donante participar de manera significativa en toda función importante relacionada con la paternidad. «Familia» implica necesariamente al menos la posibilidad de una proximidad emocional y física, vínculos, la asunción de responsabilidades parentales, junto con un mínimo de vida en común. Esto, por supuesto, se aplica únicamente al marido. En su caso, la naturaleza misma de la cadena perpetua excluye *a priori* todos, o la mayoría de estos requisitos.

La posición es sustancialmente diferente en lo que respecta a la mujer. Ella no está ahora en prisión y se debería presumir que pueda ser capaz de establecer y mantener una vida familiar con su posible descendencia. En su caso, sin embargo, la prueba sigue exigiendo equilibrar su natural deseo de fundar una familia, por un lado, con los derechos del hijo que ella desea tener, por otro. Las especiales circunstancias de este caso me llevan a creer que permitir a los demandantes tener descendencia no sería favorecer los intereses de los hijos deseados. Por el contrario, sería injurioso para los «derechos de los demás».

En la arquitectura del Convenio, al menos tan fundamental como el derecho de una mujer a ser madre, es el dogma del supremo interés de los hijos. En conflictos en los que están en cuestión los intereses de un hijo, la ética que guía a los tribunales internos y a este Tribunal ha sido que debe prevalecer la «protección de los derechos del niño». No veo razón alguna para desviarnos de este orden jerárquico en este caso. Estoy lejos de estar convencido de que iniciar la vida de un niño en las más pobres circunstancias pueda ser considerado como un ejercicio de favorecer sus mayores intereses. El inicio de la vida en una familia monoparental, privado de la presencia del padre y de la figura del padre, hijo de un convicto condenado a cadena perpetua por el más grave de los delitos violentos, no aparece como la mejor manera de dar a un hijo por nacer una ventaja en la vida. El Gobierno ha subrayado la «aparente insuficiencia» de recursos materiales de los demandantes para subvenir a la educación del hijo que pudieran concebir. La mujer lo ha negado, pero no ha presentado prueba alguna para contradecirlo. En otras palabras, parece que los padres no son totalmente opuestos a delegar en bienestar social una amplia franja de sus responsabilidades parentales”.

(100) Jueces Casadevall y Garlicki.

(101) Se declaró contraria a la decimocuarta enmienda una Ley de este Estado que permitía la esterilización forzosa de delincuentes que hubieran cometido determinados delitos.

muy paternalista que amparaba la idea de que el Estado podía decidir quién puede tener hijos y cuándo (102).

Sirvan estas dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para ilustrar el estado actual de la cuestión en torno al pretendido derecho a procrear, proyectado en el concreto ámbito de la reproducción asistida, que va consolidándose en su configuración jurídica, derivado de otros expresamente reconocidos a nivel internacional y en las Constituciones nacionales, pergeñándose también, no sin discusión, cuáles sean sus límites (103), entre los que sin duda ha de analizarse el interés del futuro ser. En todo caso, ya se admita la existencia de un verdadero derecho subjetivo a la procreación o se configure tan sólo como libertad en materia reproductiva (104), que no puede ser cercenada por

(102) Con argumentos similares la opinión disidente del Juez Borrego sustenta que existió vulneración de los arts. 8 y 12 del Convenio.

(103) Sobre el "derecho a no ser forzado a procrear" cuando entra en colisión con el derecho a ser madre de una mujer pueden verse las sugerentes consideraciones de ALKORTA IDIAKEZ, quien atisba en la férrea defensa del primero ligada la revocabilidad sin excepciones del consentimiento del varón para que su material genético sea utilizado para la generación un derecho de veto absoluto del que puede hacerse un mal uso. La citada autora ("Nuevos límites del derecho a procrear". *Derecho Privado y Constitución*, n° 20, enero-diciembre 2006, p. 55), en relación con la sentencia del TEDH en el caso Evans, propone ponderar frente al derecho del varón a no procrear factores como que la mujer carezca de otros hijos y sea su única oportunidad para acceder a la maternidad (en este caso a causa de una enfermedad oncológica había sufrido la extirpación de sus ovarios y no conservaba ovocitos congelados).

Por otra parte, dejando al margen los casos de donación de semen con secreto de la identidad del donante, el varón cuyos gametos se utilizan en la reproducción asistida ha de dar su consentimiento libre y consciente a ello, lo que justifica, a mi juicio, la denegación de autorización a una mujer para extraer semen de su marido en coma e intentar la fecundación artificial. Sobre fecundación *post mortem*, *vid.* el art. 9 LTRHA, que, sin embargo, se refiere sólo a la imposibilidad de determinación del vínculo de filiación o de reconocimiento de relación jurídica alguna entre el fallecido y el hijo que nazca si no se han cumplido los requisitos de consentimiento previo que allí se establecen, dejando sin resolver si la mujer tiene derecho a procrear en estos casos, aun sin los aludidos efectos en el orden jurídico, cuestión a la que en mi opinión ha de darse una respuesta negativa, sobre la base del carácter personalísimo de los consentimientos en la materia (en definitiva no es sino un límite más al derecho a procrear). *Vid.* SAP de A Coruña de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001/183), que revoca el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia n° 3 de Ferrol, que autorizaba la extracción de semen del cadáver por considerar que el art. 9 de la Ley 35/1988, entonces aplicable, muy similar al actualmente vigente de la Ley 14/2006, sólo regía a los efectos de determinar la filiación, pero no impedía la autorización de la inseminación *post mortem*.

(104) Así, ROMEO CASABONA entiende que el derecho a procrear, como presupuesto del derecho a fundar una familia, se inserta mejor en el ámbito de la libertad que en el de los derechos *stricto sensu*, defendiendo, además, que el acceso a la reproducción asistida deriva también del derecho a participar en el progreso científico y en los bene-

las autoridades estatales, es obvio que comprende el acceso a las técnicas de reproducción asistida y no ampara únicamente decisiones de reproducción natural, a mi modo de ver aun en los casos de inexistencia de problemas de fertilidad y sean sus sujetos componentes de parejas heterosexuales, del mismo sexo o mujeres solas (105). Se trata de un derecho individual, derivado, como hemos destacado ya, de la libertad y del derecho a fundar una familia (106), que sólo podría encontrarse limitado por un pretendido interés del hijo que a menudo ha hecho valer la doctrina partidaria de facilitar el acceso a la reproducción asistida únicamente a matrimonios o uniones estables heterosexuales, que será objeto de inmediato análisis.

2. *El interés del hijo en la fecundación asistida en parejas de mujeres*

A mi modo de ver, la reciente reforma de la LTRHA responde a una exigencia de equiparación de todos los matrimonios –pues sólo puede existir una clase, con los mismos requisitos y efectos–, con el propósito de minimizar las diferencias existentes entre los formados por personas del mismo o diferente sexo, en este caso en su acceso a una relación de filiación legalmente constituida, más allá de la simple afectividad familiar y social que hasta ahora podía existir entre una de las mujeres y el hijo que su pareja hubiera alumbrado tras el recurso a este tipo de técnicas, a las que accedía como mujer sola.

En este sentido, admitida implícitamente la autonomía procreativa

ficios que de él resulten (*El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 122 y 123). Sin embargo, ha defendido la constitucionalidad del derecho a procrear, sin perjuicio de las cautelas que debieran adoptarse en materia de reproducción asistida para impedir su ejercicio en contra del interés del futuro hijo CÁMARA ÁGUILA (“Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. –Comentario a la STS 116/1999, de 17 de junio–”. *Derecho Privado y Constitución*, nº 13, 1999, p. 148).

(105) En una legislación tan restrictiva como la italiana de 2004, que prohíbe la fecundación asistida heteróloga, los sujetos que pueden acceder a las técnicas son únicamente parejas de distinto sexo casadas o convivientes.

(106) Desde una perspectiva muy distinta, critica CAMBRÓN INFANTE (“Fecundación *in vitro* y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos”, en *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. Madrid, Trotta, 2001, p. 209) que se estimule y proteja el acceso de la mujer a las técnicas de reproducción asistida, como forma de ejercicio de su derecho a formar su propia familia, dejando sin la debida tutela su vida y su integridad física, “bienes que ceden ante el imperativo de ser madre”.

del ser humano (107) y la necesidad de protección por parte de los poderes públicos, permitiendo el acceso a la fecundación artificial si éste fuera el medio libremente escogido como vehículo para la maternidad, ámbito en el que desplegaron sus efectos las leyes de 1988 y 2006 (108), la vigencia de la Ley 13/2005, ciertamente revolucionaria en relación con la institución matrimonial, al suprimir la nota de heterosexualidad que hasta ahora formaba parte de su esencia, requería que se posibilitara legalmente la configuración jurídica de la doble maternidad en los matrimonios de mujeres, en el amparo de su libertad en materia procreativa o su derecho a formar una familia, en las mismas condiciones en que se protegía el de los formados por un hombre y una mujer que recurrían a la donación de material biológico por parte de terceros para ser padres.

No obstante, pueden oponerse, desde luego, diversos argumentos contrarios a la decisión final del legislador de reconocer el acceso a la maternidad compartida –sea o no como derecho *stricto sensu*– a los matrimonios en que los dos cónyuges son del sexo femenino. En primer término, sin duda se objetará que cuando un matrimonio heterosexual recurre a la reproducción asistida es debido a un problema de fertilidad, siendo la remoción de los obstáculos a la maternidad y paternidad en estos casos el objeto fundamental de este tipo de técnicas, pero no ha de olvidarse que desde la Ley de 1988 se ha permitido, verdaderamente en contra de la opinión de gran parte de la doctrina (109), el acceso a

(107) Interpretando este concepto en sentido diferente al que le hemos atribuido en el texto, la niega ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (“La reproducción asistida en mujeres solas y en pareja homosexual”, *cit.*, p. 131), por entender que no se trata de una libertad de ejercicio estrictamente individual, sino compartido con otra persona de sexo distinto, puesto que para la procreación son necesarios un gameto femenino y otro masculino.

(108) Ciertamente, existe la misma diferencia entre reconocer el derecho a fundar una familia y comprometer a los poderes públicos en la protección social, jurídica y económica de ésta (art. 39.1º C.E.) que entre dar reconocimiento constitucional al derecho a la maternidad y una declaración como la del art. 68.1º de la Constitución portuguesa de 1976, según el cual “El Estado reconoce la maternidad como valor social eminente, protegiendo a la madre en los imperativos específicos de su acción insustituible en orden a la educación de los hijos y garantizando su realización profesional y su participación en la vida cívica del país”, similar a la declaración genérica de nuestro art. 39.2º C.E. que ordena a los poderes públicos la protección integral de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

(109) Autores como VIDAL MARTÍNEZ (“La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español”, en VIDAL MARTÍNEZ –coord.–, BENÍTEZ ORTÚZAR y VEGA GUTIÉRREZ: *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Comares, Granada, 1988, p. 80) consideran inconstitucional la inseminación artificial de una mujer sin pareja si el hijo ha de quedar por hipótesis legal sin padre alguno y sin

la fecundación asistida de mujeres sin pareja fértiles (110). Por otra parte, en contra del acceso de las parejas homosexuales a la reproducción asistida siempre ha gravitado un modelo de familia, el tradicional, compuesta por un padre, una madre y los hijos, que, de todos modos, no es el único constitucionalmente reconocido (111), sin perjuicio de que el propio Tribunal Constitucional haya legitimado en ocasiones un trato diferenciado para distintos tipos de unidades familiares, siempre que se cumplan las exigencias derivadas del art. 14 C.E., es decir, siempre que aquél no sea discriminatorio, sino fundado en razones objetivas (112).

posibilidad de conocer la identidad del progenitor biológico. Entre otros (véanse los citados en nota 2), en contra también del acceso de la reproducción asistida de mujeres solas, HERRERA CAMPOS (*La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española*. Universidad de Granada, 1991, pp. 57-60).

A favor, sin embargo, además de la allí mencionada CÁRCABA FERNÁNDEZ (*op. cit.* pp. 135 y 136) con apoyo en el principio de igualdad ante la ley (art. 14 C.E.), que impide discriminar a una mujer sin pareja respecto de una que convive *more uxorio* con un hombre y en el de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1º C.E.), también pueden verse las opiniones de DE LEÓN ARCE (“La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana”, en *La filiación a finales del siglo XX*, *cit.* pp. 412-414) y CLAVERÍA GOSÁLBEZ (“Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana, en *La filiación a finales del siglo XX*, *cit.*, p. 237).

(110) La propia Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 establecía que “desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”. Obsérvese que no reconoce expresamente un derecho a la procreación, pero sí el derecho a fundar una familia, del que comúnmente se admite se deriva aquél.

(111) En este sentido, la STC 116/1999, de 17 de junio, afirma, analizando los pretendidos motivos de inconstitucionalidad de la primera Ley española de técnicas de reproducción asistida, que “bien pudiera deducirse que la *ratio* última de su impugnación estriba en el hecho de que la Ley 35/1988 al permitir, mediante las técnicas de reproducción en ella reguladas, la fertilización de cualquier mujer, independientemente de que donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente, vulnera el núcleo esencial de la institución familiar. Esta tesis no puede ser, sin embargo, compartida, pues arranca de una identificación entre la familia natural y la jurídica que carece de todo respaldo constitucional”.

(112) Así, la STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992/222) subraya que “Las consideraciones anteriores sirven, pues, para ilustrar sobre la finalidad del precepto legal cuestionado y sobre su conexión con lo dispuesto en el art. 39.1 de la Constitución. Este último precepto, sin embargo, no proporciona, por sí mismo, respuesta a la duda de constitucionalidad aquí planteada, porque el mandato de protección a la familia no entraña, sin más, un deber para los poderes públicos de dispensar tal amparo, indiferenciadamente y sin matices a todo género de unidades familiares, siendo evidente que puede el legislador diferenciar entre unas y otras en atención, por ejemplo, a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales. No está, por tanto, en el

De todos modos, quizá sea la atención al interés del futuro hijo el más recurrente argumento limitativo tanto del derecho a la maternidad de una mujer sin pareja como del de fundar una familia por parte de una pareja de mujeres (113).

En el primero de los casos se ha opuesto, fundamentalmente en relación con la tutela del secreto de la identidad del donante de semen, que no se podía permitir el acceso de una mujer a estas técnicas sin un padre legalmente obligado a prestar al hijo la asistencia de todo orden a que se refiere el art. 39.3º C.E. (114). Indudablemente, este razonamiento (115) quiebra en el caso que analizamos de doble maternidad legal en parejas de mujeres, pues precisamente el establecimiento de este vínculo respecto de la mujer que no gestó el hijo le asegura a éste una mucho más sólida posición en relación con el sustento alimenticio y la custodia por quien con él convivía y a quien tenía por madre en caso de fallecimiento de la que lo era biológicamente (116), sin per-

art. 39.1 de la Constitución la medida para apreciar la validez o invalidez de las diferenciaciones normativas en este punto, sino en el art. 14 de la propia Norma fundamental, con arreglo al que habrá que apreciar si las diferenciaciones establecidas por la norma resultan o no discriminatorias”.

(113) Como dice LEMA AÑÓN (*Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid, Trotta, 1999, p. 311, “la afirmación de que en el juego de derechos e intereses confrontados han de prevalecer los de los hijos goza de tal aceptación que nadie estaría dispuesto a dejar de aparecer como su valedor; pero es cosa distinta que de ello se pueda derivar sin más la necesidad de que el derecho haya de garantizar que las familias estén formadas por un hombre y una mujer (incluso casados) y su descendencia”.

(114) PANTALEÓN PRIETO: “Procreación artificial y responsabilidad civil”, *cit.*, p. 262.

(115) El art. 13.6º de la Ley de Fertilización Humana y Embriología (*Human Fertilisation and Embryology Act*), del Reino Unido (1990) liga expresamente el interés del menor con la existencia de un padre al prescribir que “Ninguna mujer podrá recibir servicios de tratamiento a menos que se haya tenido en cuenta el bien del futuro niño como resultado del tratamiento (incluida la necesidad de un padre para ese niño) y de cualesquiera otros niños que puedan resultar afectados por dicho nacimiento”.

(116) Desde esta perspectiva se contempló el interés del hijo en una sorprendente sentencia de un Tribunal de Ontario (Canadá) que recientemente admitió el establecimiento de una triple relación de filiación de un niño de cinco años respecto de sus progenitores biológicos y la pareja de su madre, otra mujer, con la que siempre convivió familiarmente. El supuesto, dado a conocer a través de los medios de comunicación (*El País*, 5 de enero de 2007, Agencia Reuters), tiene su origen en la decisión de una pareja de mujeres de ser madres a través de la reproducción asistida, para lo que piden a un amigo común la donación del semen preciso para la generación. Tras el nacimiento del niño el padre biológico lo reconoce, quedando así determinadas legalmente la maternidad y la paternidad, sin perder en ningún momento aquél el contacto con el hijo, al que periódicamente visitaba. Con posterioridad la mujer pareja de la madre insta judicialmen-

juicio de los derechos sucesorios que también tendría respecto de aquélla.

Se ha mencionado, asimismo, en relación con la mujer sin pareja que deseaba ser madre a través de reproducción asistida, que el hijo tiene derecho a “integrarse en un grupo familiar compacto e integral y vincularmente cohesionado” (117), argumento que, aislado, convertiría de nuevo los matrimonios de mujeres en un inmejorable hogar para un menor, pero que suele ir acompañado de otros encaminados a rechazar las parejas homosexuales como núcleos familiares idóneos negando su capacidad para la educación y formación integral del niño sin crearle problemas de identidad (118).

En suma, inservible en el caso de las parejas de mujeres en que ambas desean constituir legalmente el vínculo de maternidad la idea de mayor indefensión del hijo que algunos autores han venido invocando en relación con el nacido de una mujer sin pareja (119), se configura como sustento argumental de quienes postulan la inconveniencia del acceso a la reproducción asistida de personas del mismo sexo el interés del hijo en gozar de una familia con figura paterna y materna (120), también subrayado para negar que las parejas homosexuales pudieran ser adoptantes. En este sentido, en relación con la adopción, a mi modo de ver, debe considerar la autoridad judicial competente, caso por caso, si el núcleo familiar compuesto por una pareja del mismo sexo es idó-

te el reconocimiento de unos pretendidos derechos de filiación, con fundamento en la decisión común de búsqueda de la maternidad y en el interés del niño. Finalmente en la aludida decisión judicial se atiende su pretensión, en aras a la protección de los derechos afectivos del niño, afirmando el Juez Marc Rosenberg que “No hay duda de que la legislación no prevé la posibilidad de una declaración de filiación de dos mujeres. Pero es producto de las condiciones sociales y los conocimientos médicos de la época”. De todos modos, muy diferente es autorizar la determinación de una relación de filiación respecto de dos mujeres (en la reproducción asistida recurrieron a semen de un donante anónimo) y permitir que ello se haga estando legalmente determinada otra en relación con un varón.

(117) LLEDÓ YAGÜE: *op. cit.* p. 111.

(118) Así lo sostuvo LLEDÓ YAGÜE (*op. cit.*, p. 112), quien argumenta que los poderes públicos deben atender preeminentemente, al bien del hijo y “éste tiene derecho a encontrarse insertado en un contexto familiar integral, en el cual puede identificarse sexualmente a *patre* y a *matre*”.

(119) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (“¿Es constitucional hoy el matrimonio homosexual (entre personas del mismo sexo)”. *R.D.P.* marzo-abril 2005, p. 55) argumenta el *bonum filii* en contra de que en materia de adopción y de reproducción asistida se dé cabida a la familia monoparental, pero no ve inconveniente en admitir, desde aquella perspectiva, núcleos familiares con dos padres o dos madres.

(120) *Vid.* DE MIGUEL BERIAIN: *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*. Granada, Comares, 2004, pp. 239 y 240.

neo, dadas sus características propias, para recibir al menor, sin rechazar apriorísticamente que lo sea, debiendo realizar idéntico análisis de sus condiciones que en el caso de una heterosexual. Tal posibilidad de valorar individualmente la idoneidad de una pareja homosexual para ser padres o madres de un hijo a través de la adopción a la que, en mi opinión, debe reconducirse el debate en este caso, fuera de consideraciones generalizadoras, no existe, obviamente, en el ámbito de la reproducción asistida, pero tampoco se analiza si una pareja heterosexual concreta ofrece condiciones óptimas para el pleno desarrollo de la personalidad del niño que pueda nacer a través de estas técnicas (121). A mi juicio, es inadecuado aceptar una presunción general de que la pareja heterosexual, por el hecho de serlo, las reúne y que la falta de resultados empíricos unívocos sobre el desarrollo de los menores criados por una formada por dos personas del mismo sexo origine una respuesta prohibitiva del Derecho.

La tutela del interés del menor a que los poderes públicos deben, indudablemente, atender no puede conducir a un intervencionismo supuestamente proteccionista cuando es difícil definir, fuera del análisis de casos individuales concretos, en qué consista dicho interés, como ocurre en el tema que nos ocupa, en que numerosos estudios sociológicos y psicológicos han defendido, con el mismo énfasis con que otros la niegan (122), la aptitud de las familias lesbo-parentales para criar niños felices, estables emocionalmente y sin futuros problemas de identidad sexual (123). En este sentido, compartimos la idea de que el hijo debe

(121) En este mismo sentido, *vid.* TALAVERA FERNÁNDEZ (“El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción”, en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, cit. p. 432), que afirma que “el concepto de adopción y el principio de primacía de los intereses del menor, que constituye su sentido último, no reclaman *per se* la condición de pareja heterosexual para poder ostentar la condición de sujeto idóneo”.

(122) Análisis de especialistas como SEGOVIA ARANA, GRISOLÍA, MORA, POLAINO, DELGADO o CASTELLS fueron invocados en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de Ley sobre derecho a contraer matrimonio, que exigía un amplio y debate y reflexión, a la luz de tales estudios que desaconsejaban la adopción por parejas de homosexuales desde el punto de vista de la conformación psicológica del menor, antes de introducirla en nuestro Derecho. *Vid.* también la opinión de SERRANO RUIZ-CALDERÓN (“La desaparición legal del matrimonio como figura reconocible en el Derecho español”, en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, cit., p. 401), para quien los trabajos que avalan el no perjuicio de la formación de los hijos educados por una pareja homosexual presenta evidentes defectos, como el reducido grupo de estudio o que la muestra no es aleatoria y representativa.

(123) DONOSO: “Lesbo-parentalidad y transformación familiar”, en *Sociology of Families and Intimate Lives* (6ª Conferencia *European Sociological Association* (ESA). Murcia, 2003; www.um.es/ESA/papers); FRÍAS NAVARRO: “Matrimonio y adopción por per-

nacer en un ambiente que facilite su desarrollo y en el que cuente con el afecto de los que lo engendraron o de los que asuman las obligaciones socializadoras con respecto a él, si bien no hay un único modelo de relaciones filiales que lo garantice así (124). A mi modo de ver, la estabilidad de la relación –requisito, como antes hemos resaltado, no exigido por la LTRHA tampoco para las parejas no casadas heterosexuales y, desde luego, de muy difícil evaluación sin fijación de parámetros objetivos, pero que debía ser normativamente exigido– y el compromiso y la voluntad de asumir un papel de padre o madre no coincidente con la realidad biológica, y no si los integrantes de la misma son o no del mismo sexo, han de ser los criterios relevantes para permitir la configuración del doble vínculo de filiación respecto del nacido de técnicas de reproducción asistida (125). Quizá en pos de tal estabilidad que, en principio, el vínculo matrimonial proporciona, el legislador se ha limitado, por el momento, a regular la doble maternidad legal en relación con las mujeres casadas, exigencia que no contempla, sin embargo, en el caso de las relaciones heterosexuales, lo que configura, como hemos subrayado ya, una injustificada diferencia de trato.

sonas del mismo sexo: resultados de la investigación psicológica". *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, cit. Pp. 491-517 y la abundante bibliografía norteamericana que cita.

(124) GÓMEZ SÁNCHEZ (*op. cit.* p. 76), en relación con la mujer sin pareja que desea ser madre. Sin embargo, en relación con el acceso de las parejas homosexuales a las técnicas de reproducción asistida la citada autora evita pronunciarse expresamente y difiere el análisis de tal cuestión (*op. cit.* p. 71) al momento en que en nuestro ordenamiento jurídico fuera una realidad el reconocimiento de tales parejas (téngase en cuenta que su monografía es de 1994).

(125) *Cfr.* el ya citado Informe del CGPJ al Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que afirma sobre la posibilidad de que un matrimonio formado por personas del mismo sexo tenga un hijo a través de técnicas de reproducción asistida que "Las consecuencias son a todas luces contraproducentes pues en la lógica de un matrimonio entre personas del mismo sexo la descendencia siempre se basaría en la extramatrimonialidad de la filiación, tanto en el caso de uniones entre mujeres como, con mayor razón, entre hombres. La cuestión que suscita tal panorama salta por sí misma, el interés de una minoría ¿puede llevarse hasta el extremo de subvertir las relaciones de paternidad y filiación?, el interés del menor ¿debe condicionarse a ese interés puramente objetivo? No parece aconsejable que el régimen jurídico de la paternidad y la filiación pueda basarse en tales fundamentos".

BIBLIOGRAFÍA

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

– (2006): “Nuevos límites del derecho a procrear”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 20, pp. 9-61.

ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2005): “La Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del matrimonio en el Código Civil. Génesis y contenido de la Ley”, *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo. Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVI, pp. 105-194.

ARECHEDERRA ARANZADI, L.I.: “Decirle a dos personas mamá es muy difícil”, en www.unav.es/cdb/undecirmamam.html.

ATAZ LÓPEZ, J. (2006): “Una nueva patología en materia de publicación de la ley: la corrección de falsas erratas”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 20, pp. 63-103.

BARBER CÁRCAMO, R. (2006): “La legitimación del progenitor para reclamar su paternidad”, *Aranzadi Civil* nº 11 (BIB 2006/871).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1988): “La filiación inducida y las clasificaciones legales”, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Trivium, pp. 117-139.

– (2007): “Transexualidad, matrimonio entre personas del mismo sexo y nombre”, *Aranzadi Civil*, nº 3, *Tribuna* (BIB 2007/304).

BUSTOS PUECHE, J.E. (1996): *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid, Dykinson.

CÁMARA ÁGULA, P. (1999): “Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. Comentario a la STS 116/1999, de 17 de junio”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 13, pp. 117-148.

CAMBRÓN INFANTE, A. (2001): “Fecundación *in vitro* y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos”, en *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Madrid, Trotta, pp. 165-210.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1995): *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, Bosch.

CARRASCO PERERA, A. (2005): “Reproducción asistida”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 674, *Tribuna* (BIB 2005/1142).

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2005): “¿Es constitucional hoy el matrimonio homosexual (entre personas del mismo sexo)?”, *R.D.P.*, marzo-abril, pp. 37-56.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, H. (1988): “Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana”, en *La filiación a finales del siglo XX*, cit., p. 231-242.

DE LEÓN ARCE, A. (1988): “La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana”, en *La filiación a finales del siglo XX*, cit., pp. 407-416.

DE MIGUEL BERIAIN, I. (2004): *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*, Granada, Comares.

DELGADO ECHEVERRÍA, (1988): "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde", en *La filiación a finales del siglo XX, cit.*, pp. 201-229.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2007): "Comentario a los artículos 175.4º y 178.2º", en ZARRALUQUI y LLEDÓ (coord.): *El nuevo Derecho matrimonial. Comentario a las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio*, Madrid, Dykinson, pp. 105-143.

– (2007): "Comentario al artículo 1º", en LLEDÓ YAGÜE, OCHOA MARIETA y MONJE BALMASEDA (dir. y coord.): *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Madrid, Dykinson, pp. 32-40.

DÍEZ SOTO, C. (2007): "Comentario al artículo 6º", en LLEDÓ YAGÜE, OCHOA MARIETA y MONJE BALMASEDA (dir. y coord.): *Comentarios científico-jurídicos a la Ley, cit.*, pp. 104-110.

DONOSO, S. (2003): "Lesbo-parentalidad y transformación familiar", en *Sociology of Families and Intimate Lives* [6ª Conferencia European Sociological Association (ESA), Murcia; www.um.es/ESA/papers].

FÁBREGA RUIZ, C.F. (1999): *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada, Comares.

FARNÓS AMORÓS, E. (2007): "¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida", *Indret* nº1 (www.indret.com).

FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M. (2005): "¿Madres? Pueden ser más de una", *Indret* nº 4 (www.indret.com).

FEMENÍA LÓPEZ, P. (1999): *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid, Mc. Graw-Hill.

FRÍAS NAVARRO, M.D. (2005): "Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo: resultados de la investigación psicológica", en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo, cit.*, pp. 491-517.

GARCÍA VICENTE, J.R. (2006): "La previsible reforma del Derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas", *Derecho Privado y Constitución*, nº 20, pp. 203-254.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994): *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons-Universidad Complutense de Madrid.

GONZÁLEZ MORÁN, L. (1998): "Aspectos jurídicos de la procreación asistida", en GAFO, J. (ed.): *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, pp. 111-185.

HERRERA CAMPOS, R. (1991): *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española*, Universidad de Granada.

– (2007): "Comentario al artículo 8º", en LLEDÓ YAGÜE, OCHOA MARIETA y MONJE BALMASEDA (dir. y coord.): *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, cit.* pp. 119-121.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1987): "La Constitución y los hijos artificiales", *Actualidad Civil*, vol. 2, pp. 2031-2039.

LEMA AÑÓN, C. (1999): *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Trotta.

LLEDÓ YAGÜE, F. (1988): *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, Tecnos.

MONTÉS PENADÉS, V. (1988): "El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana", en *La filiación a finales del siglo XX, cit.*, pp. 171-199.

MORO ALMARAZ, M.J. (1988): *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona, Bosch.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1988): "Procreación artificial y responsabilidad civil", en *La filiación a finales del siglo XX, cit.*, pp. 245-317.

PÉREZ MONGE, M. (2002): *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales.

QUESADA GONZÁLEZ, M^a C. (2005): "La regulación de la filiación en el Proyecto de Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida", *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 14, n^o 2, pp. 187-218.

REBOLLEDO VARELA, A. (2006): "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 (coord.): *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson, p. 177-186.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1988): "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial", en *La filiación a finales del siglo XX, cit.*, pp. 141-168.

– (1991): "Comentario al artículo 108", *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, t. I, pp. 427-431.

– (1991): "Comentario al artículo 120", *Comentario del Código Civil, cit.*, p. 460-467.

ROCA TRÍAS, E. (2000): "Comentario al artículo 92", en EGEA I FERNÁNDEZ y FERRER I RIBA (coord.): *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, pp. 438-443.

RODRÍGUEZ CASTRO, J. (1990): "La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y el Registro civil", *Actualidad Civil*, vol. 3, pp. 743-753.

ROMEO CASABONA, C. (1994): *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.

RUBIO TORRANO, E. (2007): "Madre no hay más que una", *Aranzadi Civil*, n^o 12, *Tribuna* (BIB 2006/1283).

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M. (2005): "La desaparición legal del matrimonio como figura reconocible en el Derecho español", en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo, cit.*, pp. 367-407.

TALAVERA FERNÁNDEZ, P. (2005): "El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción", en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo, cit.* p. 411-450.

VERDERA SERVER, R. (1993): *Determinación y acreditación de la filiación: En especial el establecimiento jurídico de la paternidad del marido de la madre*, Barcelona, Bosch.

VILA CORO, M^a D. (1992): "La reproducción asistida en la mujer sola", *RGD*, mayo, pp. 3901-3934.

VIDAL MARTÍNEZ, J. (1988): "La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español", en VIDAL MARTÍNEZ, J. (coord.), BENÍTEZ ORTÚZAR, J.I. y VEGA GUTIÉRREZ, A.M^a: *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, pp. 53-151.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2006): "La reproducción asistida en mujeres solas y en pareja homosexual", en DÍAZ MARTÍNEZ (coord.): *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España, cit.*, p. 121-153.

ZURITA MARTÍN, I. (2006): "Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres", *La Ley*, I, pp. 1475-1479.