

Some problems arising  
from the application of  
spanish law of assisted  
reproduction techniques

# Algunos problemas derivados de la aplicación de la ley española de técnicas de reproducción asistida\*

Fecha de recepción: 11 de octubre de 2013  
Fecha de revisión: 24 de octubre de 2013  
Fecha de aceptación: 09 de noviembre de 2013

## Citar este artículo

Pastrana, M. A. (2014). Algunos problemas derivados de la aplicación de la ley española de técnicas de reproducción asistida. *Revista Vía Iuris*, 2014 (Nº16), pp. 177-186.

*María Alejandra Pastrana Sánchez \*\**

## ABSTRACT

The aim of this study is to distinguish the different scenarios of filiation that appear in Law 14/2006 (26 May), on assisted human reproduction techniques. Issues related to predecease of the husband, surrogacy, double maternity and other issues are detailed thoroughly in that Law. At the same time, they have tried to find the answer to specific questions that may arise, which answers are in the jurisprudence. Finally, a small comparative is inserted with Law 35/1988 (22 November), on assisted reproduction techniques, previous legislation on that matter.

## RESUMEN

El objetivo de este trabajo es identificar los distintos supuestos que en materia de filiación aparecen en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Son pormenorizadas las cuestiones relativas a la premoriencia del marido, la gestación por sustitución, la doble maternidad y otros aspectos, que surgen del articulado. Al mismo tiempo, se ha intentado buscar la solución a determinadas preguntas que pueden surgir y de las que se hallan sus respuestas en la jurisprudencia. Por último, se inserta una pequeña comparativa con la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, anterior disposición reguladora de la materia.

\* Artículo de investigación asociado al proyecto: Algunos problemas derivados de la aplicación de la Ley española de técnicas de reproducción asistida. Vinculado a la Universidad de Cádiz. Período (2013). Andalucía (España).

\*\* Estudiante de grado en Derecho de la Universidad de Cádiz. Andalucía (España). Correo de contacto: [alejandra.pastranasanchez@alum.uca.es](mailto:alejandra.pastranasanchez@alum.uca.es)

## Palabras clave

Filiación, reproducción asistida, fecundación, maternidad subrogada, vientre de alquiler, doble maternidad.

## Keywords

Filiation, assisted reproduction, fertilization, surrogacy, surrogate, double maternity.

Alguns problemas derivados da aplicação da lei espanhola de técnicas de reprodução assistida

Algunos problemas derivados de la aplicación de la ley española de técnicas de reproducción asistida

*María Alejandra Pastrana Sánchez*

## RESUMO

O objetivo deste artigo é diferenciar os diferentes cenários de filiação que aparecem na lei 14/2006, de 26 de maio sobre as técnicas de reprodução humana assistida. São perguntas detalhadas sobre a falecer do marido, barriga de aluguel, a dupla maternidade e outros assuntos decorrentes do artigo. Ao mesmo tempo que tem sido tentado procurar a solução a determinadas questões que possam surgir e que as respostas estão na jurisprudência. Finalmente, um pequeno comparativo inserido com a lei 35/1988 de 22 novembro em técnicas de reprodução assistida, arranjo regulatório anterior da matéria.

## Palavras-chave

Filiação, reprodução assistida, fertilização, barriga de aluguel, dupla maternidade.

## RESUMEN

El objetivo de este trabajo es identificar los distintos supuestos que en materia de filiación aparecen en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Son pormenorizadas las cuestiones relativas a la premoriencia del marido, la gestación por sustitución, la doble maternidad y otros aspectos, que surgen del articulado. Al mismo tiempo, se ha intentado buscar la solución a determinadas preguntas que pueden surgir y de las que se hallan sus respuestas en la jurisprudencia. Por último, se inserta una pequeña comparativa con la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, anterior disposición reguladora de la materia.

## Palabras clave

Filiación, reproducción asistida, fecundación, maternidad subrogada, vientre de alquiler, doble maternidad.

## INTRODUCCIÓN

Si se atiende a la descripción contenida en el Diccionario de la Real Academia Española la reproducción asistida es el conjunto de técnicas médicas que favorecen la fecundación en caso de impedimentos fisiológicos del varón o de la mujer. De todos es bien sabido, que la procreación constituye una cuestión de una enorme trascendencia para los seres humanos y no solo desde el punto de vista fisiológico, sino también, por las consecuencias jurídicas que se derivarían del establecimiento de las correspondientes relaciones de filiación.

Desde esta perspectiva, todo el problema relativo al empleo de técnicas reproductivas constituye una cuestión de indiscutible relevancia jurídica, cuyas repercusiones y problemática específica, no tiene respuesta adecuada- en toda su integridad en la normativa aplicable en el Derecho español. Ciertamente, se cuenta con una ley que en su redacción actual data de 2006<sup>1</sup>, cuya aplicación práctica no deja de suscitar algunas dudas que han dado lugar a un número relativamente importante de pronunciamientos judiciales.

En este sentido, a título meramente de ejemplo, y sin perjuicio de posterior desarrollo de estas cuestiones, se puede plantear qué sucede en caso de premoriencia del esposo de la mujer que solicita acogerse al empleo de estas técnicas de reproducción, cuando no consta el consentimiento de su esposo en los términos legalmente establecidos, cómo se determina la relación de filiación cuando se utilizan los “servicios” de una madre gestante o el fenómeno de la doble maternidad. Precisamente, la finalidad fundamental del presente trabajo consiste en efectuar una aproximación a dichas cuestiones problemáticas mediante la exégesis de los preceptos legales correspondientes y el análisis crítico de la doctrina y jurisprudencia vertidas sobre este particular.

En todo caso, la reproducción asistida que contempla la normativa española vigente sobre la materia, piensa no solo en aquella persona con alguna

restricción física para la procreación natural, sino en todos aquellos casos en que las parejas -o una mujer soltera- recurran a su empleo. Por ello, a pesar de que la exposición de motivos de la referida ley empieza definiendo estas técnicas tal y como aparece en la RAE<sup>2</sup>, sin embargo, avanzando en la lectura de este mismo texto expositivo se puede comprobar que, junto con la finalidad de favorecer la fecundación, cabe también el empleo de tales técnicas para otros fines, como los diagnósticos, la investigación o los fines eugenésicos<sup>3</sup>.

Al margen de esta normativa especial, en el Código Civil español no se halla ninguna referencia a la utilización de este tipo de técnicas ni a las cuestiones derivadas de la determinación de la filiación de los nacidos mediante el empleo de métodos de reproducción asistida. Esto no es más que el reflejo de la vetustez del Código Civil, el cual, datando de 1889, se ha puesto al día en otros muchos extremos, pero no en la materia aquí analizada.

El empleo de técnicas de reproducción asistida se generalizó en España a partir de la década de los ochenta del siglo pasado, lo que obligó al legislador a tomar cartas en el asunto. De este modo, se procedió al dictado de una primera ley especial reguladora de este tema: la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

Dicha norma prolongó su vigencia hasta el año 2006, en que fue sustituida por la norma actualmente vigente. Si se analiza detenidamente el nuevo texto y se compara con el anterior, en apariencia pocas

1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; BOE número: 126, 27/05/2006, Disposición nº 9292, páginas: 19947-19956. Téngase también en cuenta la existencia dentro del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, entre cuyas funciones se encuentran las de informar sobre el desarrollo y actualización de conocimiento científico en relación con las técnicas de reproducción humana asistida, o proponer criterios y normas para la mejor orientación en la utilización de dichas técnicas. Sobre este particular, véase Real Decreto 42/2010, de 15 de Enero, por el que se regula este órgano.

2 “La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología. (...)” (Exposición de motivos, Ley 14/ 2006, ¶.1).

3 “(...) Dicha Ley supuso un indudable avance científico y clínico en la medida en que las técnicas de reproducción asistida, además de, coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifiestan como especialmente útiles para otros fines, tales como los diagnósticos o de investigación. (...)” (Exposición de motivos, Ley 14/ 2006, ¶.3).

///(...) Por otra parte, se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, al extender también su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo. El diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo. (...)” (Exposición de motivos, Ley 14/ 2006, ¶.11).

son las modificaciones sustantivas introducidas (Corbacho, 2007):

En el párrafo primero del artículo 8º, se ha incorporado la mención de que la mujer que ha prestado su consentimiento para la utilización de las técnicas, debe ser la mujer progenitora y en el párrafo segundo del mismo artículo, se ha añadido la exigencia de que el consentimiento de marido y mujer debe ser no solo previo y expreso, sino, también, formal.

-En relación con el problema específico, planteado sobre la premoriencia del marido, hay una ampliación del plazo de seis meses a doce (art. 9º.2) (Pérez, 2012).

-Por último, se permite el consentimiento tácito en el caso de la premoriencia, en el supuesto mencionado en el párrafo segundo del artículo 9º.2.

## METODOLOGÍA

Cuando se habla de metodología jurídica, se quiere hacer mención al estudio y análisis del procedimiento para poder determinar cuál es la respuesta jurídica para el que estamos examinando (aunque también incluye otros muchos aspectos) (Martínez, 2010, p. 22).

Precisamente, la finalidad fundamental del presente trabajo consiste en efectuar una aproximación a las cuestiones problemáticas, supra mencionadas, mediante la exégesis de los preceptos legales correspondientes y el análisis crítico de la doctrina y jurisprudencia vertidas sobre este particular.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### La filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º.1, la Ley 14/2006 se remite en materia de filiación a las leyes civiles<sup>4</sup>, sin especificar el carácter supletorio

4 1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos. 2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido ( Código Civil, art 131)

que, con relación a otros preceptos de la Ley especial, tienen la regulación civil general.

Por otra parte, resulta curioso el párrafo segundo del artículo 7º, que trata de salvaguardar los posibles intereses o la intimidad del nacido, especificando que nada se dirá sobre las técnicas cuyo empleo permitió el nacimiento<sup>5</sup>. En buena lógica, al margen de este precepto, cabría pensar que ninguna madre acudiría al Registro Civil a especificar el procedimiento que se usó para su fecundación, por lo que bastaría con que no fuera procedente la declaración sobre este aspecto a la hora de la inscripción. Ahora bien, es viable imaginar la existencia de una serie de supuestos en los que la mención del uso de este tipo de técnicas, aun sin ser necesaria, resultarían de imposible su ocultación: por ejemplo, cuando se acude al Registro con el consentimiento de la cónyuge de la mujer para la utilización de las técnicas de reproducción; también podrá resultar inevitable esa revelación en aquellos casos, quizá más extraños, en que se vaya a inscribir a un nacido fruto de la inseminación *post mortem*, y el tiempo transcurrido demuestre que la fecundación no fue realizada en vida. Desde esta perspectiva, qué duda cabe que las previsiones contenidas en el artículo comentado en modo alguno resultan inútiles.

El artículo 7º de la Ley 14/2006 finaliza con la admisión de la doble maternidad (esto es, que un nacido pueda contar con dos madres y no con una madre y un padre). Eso sí, se habla de cónyuges, por lo que esta alternativa resultaría vetada a las parejas de hecho formadas por dos personas de sexo femenino. No obstante lo anterior, la doctrina jurisprudencial estima que este precepto puede aplicarse por analogía a las parejas de hecho<sup>6</sup>.

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

6 SAP Toledo 17 de Enero de 2012 (11/2012). Fundamento jurídico 1º, párrafo 2º: "2) Por otra parte, estima viable la acción ejercitada al amparo tanto del art.7º.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo ( RCL 2006, 1071 ), sobre Técnicas de Reproducción Asistida, con relación a la Ley 13 /2005, de 1 de julio (Sobre matrimonio entre personas homosexuales), como el Reglamento del Registro Civil ( RCL 1958, 1957, 2122 y RCL 1959, 104), de forma que entiende que si desde la citada Ley 13 /2005 se permite el matrimonio entre homosexuales, en el caso de autos, por análoga relación de afectividad, acreditado que ambas litigantes eran pareja, no existe impedimento para la estimación de la acción, de forma que se estima el reconocimiento de dos madres al menor". Esta sentencia, desestimada la filiación por la Audiencia Provincial de Toledo, ha sido recurrida por la madre no biológica del menor y está ahora mismo a la espera de juicio en el Tribunal Supremo (Auto de 2 octubre 2012 JUR 2012\331093).

A partir de las consideraciones efectuadas, es procedente realizar una pequeña reflexión: ¿existe algún impedimento legal para prever el caso de una triple maternidad?; O, incluso de una forma todavía más heterodoxa: ¿podría establecerse una relación de filiación con dos padres y una madre? En el sentido expuesto por los anteriores interrogantes, la Sentencia de la *Court of Appeal* de Ontario (Canadá), del año 2007 admitió la posibilidad de que un niño pudiera tener legalmente tres progenitores, dos madres y un padre, de modo que el hombre y una de las mujeres serían sus padres biológicos, y la otra mujer, considerada también madre, en cuanto se trataba de la pareja de la madre biológica.

En este caso, los padres biológicos prefirieron no recurrir a la adopción por parte de la pareja de la madre, puesto que ello habría significado retirar al padre su condición legal de progenitor, consecuencia considerada por los interesados como indeseable, habida cuenta de la buena relación de este con la pareja homosexual y su participación activa en la vida del niño. La decisión adoptada por la Corte se basó, como puede comprobarse, en el interés del menor (Corbacho, 2007) que, también en el Derecho español, constituye uno de los intereses fundamentales que debe tutelar el aplicador del Derecho en todo pleito relacionado con el mismo<sup>7</sup>.

Por tanto, tal y como enseña el caso que se acaba de exponer, la realidad evoluciona e impulsa a dejar atrás el concepto rígido y fotográfico de familia y, obliga a hacer frente a la realidad cambiante que se tiene por delante, pensando siempre, por supuesto, en el interés prevalente del menor. Evidentemente, ello debe hacerse con las cautelas necesarias a fin de no ampliarse sin límite o medida el ámbito de los posibles sujetos de la patria potestad, hasta llegar a desdibujar por completo los márgenes de la institución.

7 Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Exposición de motivos "(...) El interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional (...)".

## Criterios para la determinación legal de la filiación

El artículo 8º de la Ley 14/2006<sup>8</sup>, ilustra sobre varios aspectos decisivos en torno al tema tratado. El primero de ellos es la imposibilidad de la renuncia de la paternidad o maternidad, cuando el consentimiento para la reproducción asistida haya sido válidamente prestado.

Una cuestión de vital importancia en relación con lo anterior, es la que hace referencia al valor legal de la forma de ese consentimiento. En otras palabras, ¿qué pasaría en el caso de que este consentimiento no cumpliera uno de los requisitos formales? Un supuesto de estas características se planteó a la jurisprudencia española poco después de entrar en vigor la Ley allá por el año 2007<sup>9</sup>. Más concretamente, el problema se planteó debido a la falta de elevación del consentimiento a escritura pública.

El Tribunal consideró que no faltaba el consentimiento en sí, sino solo un requisito formal; dado que el sistema español responde a un modelo espiritualista<sup>10</sup>, y considerando el interés del menor, se entendió que debía estimarse la filiación del hijo con respecto de su padre, a pesar de que no se hubiera dado cumplimiento a dicho requisito formal (esto es, la elevación del consentimiento a Escritura Pública).

Por otra parte, también incide el artículo 8º de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida en que el consentimiento expreso es necesario en el caso del varón no casado, ya que en los casos de parejas matrimoniales, juega el art. 8º.1, considerándose el hijo matrimonial, ya se trate de fecundación homóloga o heteróloga. Específicamente para el caso de

8 1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación. 2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad. 3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5º.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

9 TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 27 de Septiembre (28/2007).

10 "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

inseminación artificial homóloga *more uxorio*, se presume que en el consentimiento para la donación del material reproductor, ya se otorgó implícitamente el consentimiento para la fecundación.

Por lo que respecta a la identidad del donante, hay que remarcar que solo en casos muy excepcionales y exclusivamente cuando no exista ninguna otra posibilidad, la ley prevé, en su artículo 5º, que esta haya de ser revelada<sup>11</sup>. No obstante, ni siquiera en estos supuestos, esa revelación de identidad posee trascendencia alguna a la hora de determinar la filiación, ni tampoco abre la posibilidad para que el donante reclame ninguna clase de paternidad. Así se desprende de la redacción del artículo 8º.3<sup>12</sup>.

### La premorencia del marido o pareja masculina

Tal vez, el asunto más espinoso de los contemplados en la Ley 14/2006 es el de la inseminación post-mortem, cuestión que se encuentra regulada en su artículo 9º<sup>13</sup>.

De acuerdo con el mismo, en un primer momento, la ley asume, con carácter general, que no será posible la filiación por la utilización de estas técnicas cuan-

do la fecundación no se haya producido antes de la muerte del marido (más concretamente, “cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”, dice la Ley), pero acto seguido afirma que de manera excepcional, y durante un plazo de 12 meses, siempre que se cuente con el consentimiento formal del marido, la fecundación se podrá realizar. La determinación de la filiación en este caso es simplemente el resultado de ampliar la presunción de paternidad que opera en la filiación matrimonial<sup>14</sup>.

En este contexto, cabe preguntarse si es válido el documento con el consentimiento del marido que no haya sido prestado en escritura pública. Para solucionar este punto de nuevo se tiene que recurrir a la jurisprudencia española, que recientemente se ha ocupado de un supuesto de estas características<sup>15</sup>. En dicha jurisprudencia lo primero que se establece es la imposibilidad de la concesión de ese consentimiento por parte de los jueces, al tratarse de una autorización personalísima que no puede ser suplida por la actuación del Tribunal ni de ningún familiar del fallecido. Además, aclara que una carta mecanografiada por parte del marido no puede ser tomada como documento válido para prestar el consentimiento.

Volviendo al contenido del precepto legal, el artículo alude de forma expresa a “su material reproductor” por lo que se excluye la posibilidad de la inseminación heteróloga (es decir, la inseminación con material reproductor de donante) en estos casos.

El último inciso art. 9º.2 contiene una de las pocas modificaciones introducidas por la Ley 14/2006 en relación con el régimen anteriormente vigente. Se trata de la admisión de una especie de consentimiento tácito en el caso de que el proceso de reproducción asistida ya estuviera iniciado y listo para la transferencia de preembriones constituidos antes de la muerte del marido. ¿Qué pasaría en el caso de que el tratamiento estuviera iniciado pero los embriones no estuvieran constituidos? La doctrina jurisprudencial<sup>16</sup> establece que no podría hacerse una interpretación analógica en estos casos, de modo que, para la aplicación del inciso mencionado resultará necesario que

11 De hecho, entre las infracciones que recoge el capítulo VIII de la Ley 14/2006, se encuentra “La ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidas en esta ley”. La ley mencionada dedica los arts. 24 a 28 a establecer un régimen sancionador, donde se disponen unas normas generales, se indican quienes serán los responsables y se detallan tanto las infracciones y sanciones como la competencia sancionadora.

12 “La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5º.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”.

13 “1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6º.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. 3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”.

14 “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”.

15 AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª), de 2 de Junio de 2010 (160/2010).

16 JPI Valladolid, núm. 4º, auto de 12 diciembre 2007.

los preembriones estuvieran constituidos tal y como marca literalmente la ley.

Por otra parte, dado que la reticencia al reconocimiento de la filiación en caso de utilización de técnicas de reproducción asistida en estos supuestos viene dada, principalmente, por el posible interés patrimonial de la madre, ¿podría admitirse el empleo de estas técnicas si el niño no va a ser considerado hijo del padre fallecido y, por tanto, no tendría derechos sucesorios? También la jurisprudencia ha salido al paso de un problema como el enunciado. Más concretamente, en su Sentencia de 13 de mayo, el Juzgado de Primera Instancia Nº 13 de Valencia entendió que la ley no admitía la existencia de ese sistema híbrido ideado por la mujer del fallecido (su marido estaba en coma irreversible), estimando que los supuestos en que puede ser empleado el material reproductor del fallecido son exclusivamente los legalmente tasados, razón por la cual rechazó la petición de la esposa.

De todo lo anterior cabe concluir, como regla general de interpretación, que aunque la Ley 14/2006 establezca un plazo de doce meses para proceder a la reproducción asistida, esto no significa que cuando alguien fallezca, su cónyuge pueda decidir si quiere descendencia suya. Antes al contrario, tal previsión legal significa que si una pareja proyectó tener un hijo, se produjo la donación de material genético y firmaron un consentimiento expreso para que pudiera ser transferido en caso de fallecimiento, el cónyuge superviviente dispondrá de un año a partir de la muerte de su pareja para continuar con su proyecto. Siendo interpretado de esta manera, además, pueden superarse aquellas críticas que el precepto recibe por facilitar presuntamente la relación del interés patrimonial de la madre.

Finalmente, el artículo 9º.3 de la Ley 14/2006 aclara que el consentimiento formal, expresado por el conviviente *more uxorio*, también será válido.

### Consecuencias de la prohibición de la gestación por sustitución

La ley española rechaza frontalmente la posibilidad de la maternidad subrogada, ya sea de carácter onerosa o lucrativa, y ya sea la madre gestante la biológica o no<sup>17</sup>. La razón de este rechazo puede estar ba-

sado en lo reprobable que resulta la idea de “compra o alquiler<sup>18</sup>” a una persona humana; ello, a juicio de muchos, supondría la “cosificación” de la persona, lo cual supondría un grave atentado contra la dignidad que constituye un derecho inviolable de cualquier ser humano<sup>19</sup>. A esto habría que sumarle la posible explotación encubierta de las mujeres a la que daría lugar la admisión de esta clase de contraprestaciones, de forma similar o paralela a lo que sucede con la trata de personas con fines de explotación sexual.

Dadas por buenas las anteriores afirmaciones, el centro de la cuestión se desplazaría hacia la determinación de la conveniencia de mantener esta prohibición en aquellos casos en los que el fin de lucro estuviere ausente.

De otro lado, también puede preguntarse por la situación y el problema legal que podría plantearse cuando una pareja viajara al extranjero a algún Estado donde fuera legal la maternidad subrogada y luego regresara a España con el nacido. El hecho de que “el acuerdo” se realice fuera de España, ¿permitiría soslayar los impedimentos legales que obstaculizan su licitud en el Derecho español? Eso fue lo que debió pensar un matrimonio homosexual español que viajó a California para utilizar este método y obtener así la paternidad de dos gemelos y que dio lugar a un sustancioso pronunciamiento judicial<sup>20</sup>.

En este caso, cuando la pareja volvió a España, intentó que sus hijos fueran inscritos en el Registro Civil y no se les permitió, entendiéndose que no existía la debida conformidad con la ley española de los hechos y actos jurídicos que pretenden acceder al Registro Civil<sup>21</sup>. La Audiencia Provincial de Valencia falló en contra de la pareja, corroborando la opinión del Tribunal de 1ª instancia, aunque, provisionalmente, los niños pudieron ser inscritos gracias a una disposición del Gobierno, dictada por la presión social, a ex-

será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

18 Además, no solo en este caso la idea de compra o alquiler es repudiado por la ley: El art. 26.6 prohíbe la retribución económica de gametos y preembriones.

19 “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.” Art. 10 de la Constitución Española.

20 AP Valencia (Sección 10ª), sentencia núm. 826/2011 de 23 noviembre.

21 Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado: Resolución 18.2.2009

17 “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.  
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución

pensas de su Resolución firme del Tribunal Supremo, ya que ante él mismo se interpuso el correspondiente recurso que, en el momento de redactar estas líneas, aún no ha sido fallado.

En cualquier caso, siguiendo con el esquema redactado por la ley, en estos supuestos se le imputará la maternidad a la madre que dé a luz al recién nacido<sup>22</sup>, dando igual si es la madre biológica o solo gestante. Por su parte, el padre biológico del nacido podrá llevar a cabo su reclamación de la paternidad.

En cualquier caso, si pasados los 30 días de rigor la madre decide dar en adopción al bebé<sup>23</sup>, podría iniciarse el correspondiente procedimiento a favor de la esposa del padre genético, convirtiéndose, por esta vía, en madre adoptiva.

### Gestación mediante técnicas de reproducción asistida por persona soltera

Como se indicó al comienzo de este texto, esta ley establece como una de las finalidades fundamentales de la reproducción asistida los fines terapéuticos. Esta finalidad no excluye otra serie de usos, como es el empleo de dichas técnicas por las mujeres solteras que decidan tener descendencia por sí solas, utilizando material genético del donante. Se encuentra esta referencia en el art. 6º.1 de la ley 14/2006. La referencia que se efectúa al citar a “toda mujer”, lleva a legitimar este supuesto, pudiendo hablarse entonces del derecho de la mujer a fundar su propia familia.

Ahora bien, ¿qué pasa con los hombres solteros?, ¿Gozan del mismo derecho? El problema viene representado por la imposibilidad fisiológica del varón para procrear en solitario aun con el material genético de la mujer. Se necesitaría entonces de una gestación por sustitución, pero, recuérdese, está prohibida por la propia ley. Así pues, habrá que concluir que se excluye entonces el derecho del varón a ser padre solo. Se aprecia, por tanto, la existencia de esa discriminación del derecho a ser padre soltero ante la prohibición de los vientres de alquiler. Aunque, como ya se dijo, la legalización de este supuesto podría llevar a la explotación de la mujer y a la “comercialización” de los nacidos, no cabe duda de que este tipo de

actos altruistas entre familia o amigos quizá no reciera ningún tipo de reprobación (Lasarte, 2013). Se cree que podría dársele el mismo trato que a la donación de órganos; es decir, que esté totalmente prohibida su comercialización, pero que esté legalizado el régimen de su donación<sup>24</sup>.

### Breve referencia al derecho comparado: Las opciones legislativas de Italia<sup>25</sup> y Francia<sup>26</sup>

La Ley italiana 40/2004<sup>27</sup> permite la fecundación artificial solo en el caso de que no existan otros métodos para remover las causas de infertilidad. La propia ley indica que la reproducción asistida no es un método alternativo al natural, sino que es el último recurso. Además, se excluye la posibilidad de utilizar material genético de donantes. Por otra parte, se estipula que no todas las parejas pueden recurrir a estas técnicas: deben ser heterosexuales y estables, unidas mediante un vínculo matrimonial o uniones de hecho, mayores de edad y en edad “potencialmente fértil”. Por último, indicar que en el ordenamiento italiano, se prohíbe la fecundación post-mortem.

En Francia, estos métodos de concepción, son recogidos en el Código Civil francés, en el título VII, Sección IV. El artículo L. 2141-2 del Código francés de Salud Pública, en la redacción dada por la Ley 2004-800, afirma que la procreación artificial está destinada a responder a la demanda de una pareja pero teniendo por objeto remediar la infertilidad o evitar la transmisión al niño o al otro miembro de la pareja de una enfermedad grave. Estos no son los únicos requisitos que se exigen para la aplicación de las técnicas: la procreación artificial está reservada para el hombre y la mujer, que estén vivos y en edad de procrear, casados o convivientes sin vínculo matrimonial. Al igual que en el ordenamiento español, se prohíbe la maternidad subrogada (art. 16-7 del Código Civil francés).

24 Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. Art. 2º “No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido. En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado”.

25 Cfr: Nandares, J. Las técnicas de reproducción España: Aspectos problemáticos de la Ley De 26 de mayo de 2006 n. 14, con relación a la ley Italiana de 19 de febrero de 2004 n. 40, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, 36, pp. 846-901.

26 Zurriarán, R.G. (2011). Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado. *Cuadernos de Bioética (AEBI)*, nº 75, vol. XXII, 201-214.

27 Boletín Oficial, nº 45, de 24 febrero de 2004.

22 Cfr. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

23 Art. 177 del Código Civil “El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”.

Este Estado, al contrario que el italiano, sí permite la fecundación heteróloga, en el mismo marco español: no podrá establecerse ninguna relación de filiación entre el niño nacido y el donante (art. 311-19 del Código Civil). Con relación al consentimiento, el párrafo primero del artículo 311-20 del Código Civil francés, introducido por la Ley núm. 94-653, de 29 de junio de 1994, Sección III De la asistencia médica a la reproducción, dispone que los cónyuges o la pareja de hecho que recurran a un donante deberán dar su consentimiento al juez o notario.

## CONCLUSIONES

A la vista del estudio previamente realizado, se pueden justificar algunas conclusiones sobre los problemas anteriormente tratados, advirtiéndose que se trata de unas conclusiones meramente provisionales. La función del presente estudio, no iba más allá de proporcionar materia para su reflexión posterior, subrayando las dudas interpretativas que plantea la actual normativa española sobre la materia y proporcionando el punto de vista de la autora, lo que no impediría su posible discusión con posterioridad. Dando por buenas las anteriores premisas, si hay una conclusión clara que se puede sacar, no solo a la luz de la jurisprudencia sino también de lo estipulado por la propia ley, es el respeto al interés superior del niño. En casos en los que no está clara la aplicación de los preceptos sobre filiación, los Tribunales toman sus decisiones obedeciendo a este interés prevaleciente, no solo marcado por la ley, sino también por numerosos tratados internacionales.

En el texto español se configura un verdadero “derecho a la maternidad” para todas las mujeres mayores de edad. La Ley española permite el recurso a las técnicas avanzadas a las mujeres solteras, a las mujeres que han culminado ya su vida fértil, a las parejas casadas o no casadas y a la fecundación post-mortem. La Ley española 14/2006 de Reproducción Asistida no es una solución para aquellas parejas incapaces de concebir sino que ha configurado un nuevo derecho subjetivo: el derecho de la mujer a la reproducción.

Por otra parte, para determinar la filiación, el consentimiento (Farnós, 2011) juega un papel clave. Este, varía según hablemos de maternidad o paternidad (Jarufe, 2013): En el caso del consentimiento materno, este tiene un papel menor que el consentimiento del padre, puesto que en materia de filiación materna, siempre estará determinada por el parto, independientemente del origen del óvulo o el consentimiento de la mujer gestante para la cesión del nacido. Sin embargo, en el caso paterno, habrá que distinguir los casos de inseminación heteróloga y homóloga. Si es homóloga no hay ninguna norma especial: se rige a través de lo dispuesto en el Código Civil. En los casos de inseminación heteróloga es cuando juega fundamentalmente el consentimiento. El consentimiento del varón no casado tiene el valor de escrito indubitado según el art. 49 de la Ley del Registro Civil. En cambio, el consentimiento del varón casado tiene como consecuencia la prohibición de impugnar del art. 8º.1 de la ley vigente de reproducción asistida.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Sección 3ª. 160/2010. (2 de Junio de 2010).
- Audiencia Provincial de Valencia. Sección 10ª. Sentencia número 826/2011. (23 de noviembre).
- Código Civil, [CC]. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Artículo 177. 25 de julio de 1889 (España).
- Constitución Española, [C. E.]. Artículo 10. 29 de diciembre de 1978 (España).
- Corbacho, G. (Director) (2007). *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, 1ª edición, Navarra: Thomson Aranzadi.
- Court of Appeal of Ontario (Canadá) (2007), Decisiones McMurtry CJO, Labrosse y Rosenberg JJA. Recuperado el 2 de febrero de 2013 en <http://www.ontariocourts.ca/decisions/2007/january/2007ONCA0002.htm>
- Farnós, A. (2011). *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier.
- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.
- Jarufe, C. (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción «versus» técnicas de reproducción humana asistida*. Madrid: Dykinson.
- Lasarte, Á. (2013). Tomo IV: Derecho de familia, 12ª ed., Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid: Marcial Pons.
- Ley 14, 2006. Sobre técnicas de reproducción humana asistida. 26 de mayo. BOE.
- Ley 30, 1979. Sobre extracción y trasplante de órganos. 27 de octubre. BOE.
- Ley orgánica 8, 2006. Reguladora de la responsabilidad penal de los menores. 4 de diciembre de 2006. BOE.
- Martínez, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. España: Marcial Pons.
- Nanclares, J. (2004). Las técnicas de reproducción España: Aspectos problemáticos de la Ley de 26 de mayo de 2006 n. 14, con relación a la ley Italiana de 19 de febrero de 2004, n. 40. *Il diritto di famiglia e delle persone*, Vol 36 (Nº2), pp. 846-901.
- Pérez, M. (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, 1ª edición. Madrid: Colegio de Registradores.
- Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23ª ed.). Madrid: RAE. Recuperado el 16, octubre de 2013 <http://lema.rae.es/drae/?val=reproducción+asistida>
- Resolución 18.2.2009. Gestación por sustitución, registro civil, filiación. Dirección General de los Registros y del Notariado. España. Instrucción de 5 de octubre de 2010.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª. (28/2007, de 27 de septiembre de 2007).
- Zurriarán, R. G. (2011). Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado. *Cuadernos de Bioética* (AEBI), Vol. XXII (Nº 75), pp. 201-214.