Globethics Repository



Técnicas de reproducción humana asistida [Assisted human reproduction techniques]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	Zurriaráin,Roberto Germán
Publisher	Asociación Española de Bioética y Ética Médica
Rights	Creative Commons Copyright (CC 2.5)
Download date	2026-11-09 05:08:54
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/203437

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: DETERMINACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN Y USUARIAS EN EL DERECHO COMPARADO

ASSISTED HUMAN REPRODUCTION TECHNIQUES: DETERMINATION OF PARENTAGE AND USERS IN COMPARATIVE LAW

Roberto Germán Zurriaráin
Departamento de Ciencias de la Educación
Universidad de La Rioja
e-mail: roberto.german@unirioja.es
Teléfono: +34 941 299797

Resumen

El trabajo aborda la determinación de la filiación y usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida en el derecho comparado, en concreto, en tres países de la Unión Europea: Italia, Francia y España. La idea de protección al hijo concebido artificialmente, presente en el precepto italiano, se ve sustituida, parcialmente en la legislación francesa y de manera total en la normativa española, por una visión exclusivamente individualista, en la que se configura un verdadero «derecho a la maternidad» para las mujeres casadas o que no tienen pareja masculina (solteras, divorciadas o viudas) o con pareja femenina (lesbianas), para mujeres inseminadas artificialmente por el semen del marido antes o después de su muerte y para mujeres que han culminado su vida fértil.

Palabras clave: técnicas de reproducción asistida, filiación, derecho comparado.

Abstract

The paper undertakes the determination of parentage and users of assisted reproduction techniques in comparative law, particularly in three European Union countries: Italy, France and Spain. The idea of artificially conceived child protection, present in the Italian provision, is substituted, partially in French law, and totally in Spanish law, by an exclusively individualistic outlook, configuring a true «right to maternity» for married women and for those not living with a male partner (single women, divorced or widowed) or with a female partner (lesbians), and for women inseminated artificially by the semen of the husband before or after their death, and for women already having culminated their fertile life.

Key Words: assisted human reproduction techniques, filiations, comparative law.

1. Introducción

Este trabajo aborda el tema de las usuarias de las técnicas de reproducción humana en el Derecho comparado en tres países de la Unión Europea (Italia, Francia y España), así como la determinación de la filiación a través de estas técnicas con especial atención a la Ley española 14/2006.

1. Italia. Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre *Normas en materia de procreación médica asistida*

La Ley italiana 40/2004[1] considera la fecundación artificial como un recurso permitido en el caso que no existan otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de infertilidad o esterilidad. La Ley manifiesta, explícitamente, que la procreación médicamente asistida no es un método procreativo alternativo al natural, sino que es el último recurso terapéutico contra la esterilidad.

En este sentido, la Ley italiana permite únicamente el uso de gametos de la pareja, excluyendo donantes. Limita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a parejas de distinto sexo, estables, casadas o uniones de hecho, mayores de edad y en edad «potencialmente fértil»[2]. Ambos miembros de la pareja deben estar vivos (art. 5).

Por tanto, las usuarias de la aplicación de las técnicas de reproducción artificial, a tenor de este artículo, son mujeres casadas o que no estando casadas vivan con varón, para lo cual se requiere que ambos convivientes manifiesten conjuntamente su consentimiento de acceder a la procreación artificial, en

1 *Boletín Oficial*, nº 45, de 24 febrero de 2004.

2 Edad fértil: edad de una mujer situada entre la pubertad y la menopausia, que oscila entre los 15 y los 50 años (según cada mujer). Dentro de ese período, las mejores condiciones de fertilidad se dan normalmente hasta los 35 años. Después de esta edad las posibilidades de conseguir el embarazo disminuyen considerablemente.

la misma forma que ha de prestarlo los cónyuges.

Asimismo, se excluyen como usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida a las mujeres solteras, a las viudas, a las parejas homosexuales y a las «madres-abuelas» que proliferaron en Italia a modo de recurso publicitario de clínicas de fertilidad. También se prohíbe la fecundación *post-mortem* (art. 5).

Además, la Ley 40/2004 no autoriza la reproducción artificial heteróloga (art. 4.3) por lo que la mujer sólo podrá ser fecundada con gametos de su marido, debiendo ambos cónyuges prestar su consentimiento mediante un escrito conjunto ante el médico responsable del Centro donde se vaya a llevar a cabo la reproducción asistida (art. 6.3). Entre la manifestación de la voluntad y la aplicación de la técnica debe transcurrir un término no inferior a siete días. En este sentido, se sanciona el uso de gametos (óvulos y espermatozoides) ajenos a la pareja, su comercialización o el uso de «madres de alquiler» (art. 12.6) con multas de 300.000 a 600.000 euros y penas de tres meses a tres años de cárcel.

En efecto, la Ley italiana sólo permite la fecundación homóloga, por lo que la paternidad legal se corresponde con la biológica. Ahora bien, de tener lugar la fecundación heteróloga, en contra de la prohibición legal expresa, dispone el artículo 9.1 de la Ley que el conviviente, cuyo consentimiento se desprenda de actos concluyentes, no podrá ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad en los casos previstos en el artículo 235, apartado 1, números 1) y 2) del Código Civil italiano, ni la acción de impugnación de la paternidad del artículo 263 del mismo Código. Y, se precisa, en este mismo artículo, que el donante de gametos no adquiere ninguna relación jurídica de filiación con el nacido y no puede hacer valer ningún derecho frente a él, ni ser titular de obligaciones (art. 9.3)[3].

El 12-13 de junio de 2005 se celebró un referéndum en Italia como consulta sobre la posibilidad de la abrogación de la Ley 40/2004. En concreto, el mencionado plebiscito tuvo como propósito aprobar o rechazar algunos asuntos de la normativa: 1. permitir la investigación con embriones, incluyendo el uso de células madre embrionarias; 2. eliminar el límite de tres embriones en cada ciclo de reproducción artificial; 3. eliminar la restricción de donantes externos a la pareja o fecundación heteróloga; 4. anular el apartado de la Ley que equipara los derechos jurídicos del embrión a los de una persona ya nacida.

Solamente el 25,9% de los electores italianos se acercó a las urnas a votar, de modo que no se alcanzó el 51% de los votos necesarios para que su resultado fuera vinculante[4]. Sin embargo, la Sentencia del

3 Berrocal Lanzarot, AI. «De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 26 de mayo», *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, febrero 2009, p. 22. Sobre algunos aspectos generales de la Ley, véase Casini, C. Di Pietro, ML. Casini, M. «La normativa italiana sulla 'procreazione medicalmente assistita' e il contesto europeo», *Medicina e Morale*, 2004, 1, pp. 17-52; Palazzani, L. «La legge italiana sulla 'procreazione medicalmente assistita': una rilettura biogiuridica», *Medicina e Morale*, 2004, 1, pp. 77-90.

4 Casini, C. «Il dibattito in bioetica: le ragioni del non voto», *Medicina e Morale*, 2005, 2, pp. 409-422; Lombardi Ricci, M. «La fecondazione eterologa», *Rivista de teologia morale*, 2005, 146, pp. 183-190.

Tribunal Constitucional núm. 151/2009, de 8 de mayo, declaró inconstitucional una parte de dicho precepto y anuló la obligación de una única transferencia, así como la prohibición de producir un máximo de tres embriones por ciclo. Sentencia que no afectó a la prohibición de la fecundación heteróloga[5].

2. Francia. Ley nº 2004-800, de 6 de agosto, *relativa a la Bioética*

El Código Civil francés, en el título VII, Sección IV, en virtud de las reformas de la anterior ley de 1994, regula la reproducción asistida[6].

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 parental de una pareja y tiene por objeto remediar la infertilidad cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado, o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja una enfermedad de particular gravedad.

En los siguientes párrafos de este artículo se determinan los requisitos para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Dispone que la procreación artificial está reservada para el hombre y la mujer, que formen parte de la pareja, que estén vivos (no está permitida la fecundación *post-mortem*, párrafo 3: el hombre y la mujer que formen pareja deben estar vivos y la muerte de cualquiera de ellos impide la inseminación o la transferencia de embriones), en edad de procrear (la ley no permite a mujeres de más de 40 años ser receptoras de óvulos donados), casados o convivientes sin vinculo matrimonial (en condiciones de poder aportar una convivencia acreditada de al menos dos años) y prohíbe la denominada «madre de alquiler» o útero de alquiler (art. 16-7 del Código Civil).

El artículo siguiente, L.2141-3, determina que un embrión sólo puede ser concebido *in vitro*, con gametos procedentes de, al menos, uno de los miembros de la pareja, él cual deberá haber dado el consentimiento. Por tanto, se permite la fecundación heteróloga, pero no podrá establecerse ninguna relación de filiación entre el niño nacido por este tipo de fecundación y el donante de los gametos (art. 311-19 del Código Civil).

Por tanto, al igual que en la legislación española, como veremos a continuación, la legislación francesa permite la fecundación heteróloga. El párrafo primero del artículo 311-20 del Código Civil francés redactado 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 concubino que, para procrear, recurran a un donante deberán previamente dar su consentimiento al Juez o la Notario. Dado éste a la procreación médica asistida prohíbe toda acción de impugnación de la filiación.

5 No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha cuestionado la prohibición de la fecundación heteróloga, el 1 de abril de 2010, al resolver *S.H. y otros c. Austria*. El Tribunal condena a Austria por la prohibición de la fecundación heteróloga. Esta Sentencia del TEDH puede ser un precedente ante una posible demanda contra Italia.

6 *Boletín Oficial de la República Francesa, de 7 de agosto de 2004.*

Sin embargo, el consentimiento queda privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Queda también sin efecto la revocación por escrito del hombre o la mujer del consentimiento antes de la realización de la reproducción asistida ante el médico responsable de la aplicación de esta técnica.

Ahora bien, se declarará judicialmente la paternidad no matrimonial de quien después de haber consentido la asistencia médica no reconociere al hijo que ha nacido.

Resumiendo, al igual que en la legislación italiana, en la francesa también se prohíbe la utilización las técnicas de reproducción humana asistida por una mujer sola. Se exige, por ello, el consentimiento de ambos convivientes para acceder a dichas técnicas. Se permite la fecundación asistida sólo a las parejas casadas o que convivan establemente. No se permite la fecundación *post-mortem*, ni la gestación por sustitución o maternidad subrogada. Sin embargo, a diferencia de la legislación italiana se autoriza la fecundación heteróloga.

Por último, Francia prepara la actualización de su legislación sobre reproducción asistida. Según el informe parlamentario sobre el que se basará la nueva ley, las técnicas de reproducción asistida se prohíben a personas homosexuales y a mujeres solteras. Se permiten utilizarlas exclusivamente a aquellas parejas heterosexuales casadas o no, estas últimas que hayan suscrito un PACS (Pacte Civil de Solidarité) y que presenten problemas de fertilidad. El Informe también señala que seguirá vigente la prohibición de la gestación subrogada o «vientre de alquiler».

3. España. Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Con la entrada en vigor de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida[7], quedan derogadas todas las disposiciones normativas anteriores y, en particular, las Leyes 35/88 y 45/2003.

La Ley hace referencia a los donantes, al contrato de donación y a la determinación legal de la filiación que la reproducción artificial supone respecto a los hijos nacidos por estas técnicas tanto para el marido como para el varón no casado; y a los efectos que se derivan de la premoriencia del marido o del varón no unido por vínculo matrimonial.

En el artículo 3.1 se establece las «Condiciones personales de la aplicación de las técnicas»: se limita el recurso a las técnicas de reproducción asistida a los casos en que haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. Dicho de forma sumaria, si no

7 *BOE*, *núm*. 126, 27 de mayo 2006, pp. 19947-56.

existen riesgos graves para la mujer o su posible descendencia bastará con informarla para someterse a estas técnicas.

En el artículo 5.5 sobre los «Donantes y contratos de donación» se dispone que:

«La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de los centros que se constituyan».

En cuanto a la identidad de los donantes, la Ley establece:

«Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad… Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes».

La Ley establece la prohibición de conocer la identidad de los donantes a no ser que dicha revelación sea indispensable para evitar un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales.

Ciertamente lo dispuesto en este artículo de la ley parece contradecir lo establecido por el Código Civil. En efecto, si se compara la situación jurídica de los hijos nacidos a través de estas técnicas con la de los hijos adoptivos, a los que el Derecho español ha reconocido el derecho a conocer sus orígenes biológicos, la desigualdad de trato resulta difícilmente justificable, y exige del legislador una nueva respuesta que, además de ponderar adecuadamente todos los intereses en conflicto, permita contemplar el Derecho de filiación como un sistema coherente y orgánico.

En el artículo 6.1 sobre las «Usuarias de las técnicas» se dispone que:

«Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa».

A partir de este artículo las exigencias necesarias para las usuarias de estas técnicas, además de ser debidamente informadas, han de cumplir unos requisitos de capacidad: tener la mayoría de edad (18 años) y plena capacidad de obrar, es decir, no deber estar incapacitadas judicialmente.

En este mismo artículo se establece que:

«La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual».

A raíz de este artículo se inaugura, en España, la posibilidad de hijos sin padre, bien porque son hijos de mujer soltera o de dos mujeres (se abre así la puerta a la filiación homosexual y la doble maternidad). A los efectos en materia de filiación, cabría la posibilidad de que el

hijo pueda plantear la acción de reclamación de la paternidad frente al donante, pues el anonimato no goza de protección constitucional y, en cambio, el derecho a conocer los propios orígenes sí, derecho integrado en el libre desarrollo de la personalidad del hijo y en la protección de su dignidad.

En cuanto a la filiación homosexual y la doble maternidad indicar que a tenor de la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo[8] (artículo 44.2 del Código Civil), la Ley 14/2006 establece, en materia de reproducción asistida, los mismos requisitos para las parejas homosexuales sólo entre dos mujeres que los establecidos para las parejas heterosexuales. El hijo nacido como consecuencia de la fecundación heteróloga tendría la filiación legal de la mujer progenitora y de su cónyuge-mujer si ésta ha prestado su consentimiento formal tal y como se dispone en el artículo 8 de la Ley 14/2006 que veremos a continuación.

A esto se suma que la Ley 13/2005 también ha hecho posible que las dos mujeres miembros de una pareja puedan participar del proceso y embarazo si así lo desean: una aportaría los ovocitos que serían inseminados con semen de un donante anónimo, mientras que la otra recibe los embriones y los gesta. Esta técnica es denominada ROPA (recepción de ovocitos de la pareja) con lo que habría una «madre» genética y una madre gestante tras haber dado ambas su consentimiento.

Entre otros problemas jurídicos con respecto a esta técnica son los relativos al anonimato del donante que se dispone en el artículo 5 de la Ley 14/2006, así como la prohibición de la elección del donante. Lo mismo ocurre con la inseminación de las dos mujeres de una pareja homosexual como semen del mismo donante.

Ahora bien, la determinación legal de esta filiación con respecto al cónyuge-mujer de la progenitora solo podrá tener lugar mediante la adopción prevista en el artículo 175.4 del Código Civil. No hay posibilidad del reconocimiento de maternidad por la otra mujer, dado que dicho reconocimiento se determina por el parto.

Por otra parte, así como la legislación francesa permite la reproducción asistida a parejas no casadas en condiciones de poder aportar la prueba de una vida en común de al menos dos años, en España para saber a que pareja no casada se le permite optar por la reproducción asistida debemos atenernos a la regulación específica sobre parejas de hecho de la Comunidad Autónoma en la que resida.

El segundo punto del artículo 6 dispone:

«Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada».

A tenor de este artículo las usuarias, como requisito necesario, habrán de prestar su consentimiento por escrito,

8 *BOE*, *núm*. 157, 2 de julio 2005, pp. 23632-34.

previamente informadas, a la aplicación de estas técnicas, y de manera libre, consciente y expresa.

Además no existe un límite de edad máxima para el tratamiento. En efecto, a Ley admite la maternidad tardía o «abuelas-mamá», si bien los médicos deberán informar a la mujer de los riesgos que implica una maternidad a una edad clínicamente inadecuada tanto para ella, durante el tratamiento y el embarazo, como para su descendencia.

La edad de las usuarias de estas técnicas suelen tener entre 30 y 39 años (aproximadamente tres de cada cuatro pacientes[9]). Así, las clínicas en España siguen las recomendaciones que realiza en este sentido la Sociedad Española de Fertilidad, que aconseja poner el límite de edad para ser madre en los 50 años, a pesar de que no está fijado por ley y de que, con los últimos avances científicos, es posible tener un hijo con más de 60 años.

En términos generales, la Sanidad pública no suele permitir el acceso a mujeres mayores de 40 años por la poca probabilidad de garantizar el éxito de la fecundación.

En cualquier caso, las clínicas públicas que realizan la inseminación artificial sitúan la edad máxima de atención a mujeres con 38 años, aunque la edad máxima de atención registrada en estas clínicas haya sido de 45 años. En las clínicas privadas se ha registrado edades que van de 38 a 42 años.

En cuanto a la FIV la edad máxima inferior registrada en centros públicos es de 39 años y la superior de 40, mientras que en los centros privados se han registrado edades comprendidas entre los 40 y 43 años.

Respecto a la ovodonación en centros públicos, la edad máxima inferior de atención registrada es de 35 años y la superior es de 50 años. En los centros privados las edades registradas oscilan entre los 45 y los 50 años[10].

Por su parte, el artículo 6.3 establece:

«Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal».

Otro de los requisitos necesarios para las usuarias de la fecundación artificial es que si una mujer casada se somete a estas técnicas, o separada legalmente o de hecho si así consta, precisará del consentimiento del cónyuge dado antes de la aplicación de las técnicas con los mismos requisitos de expresión libre, conciente y formal.

Este artículo parece entrar en contradicción con el párrafo segundo del artículo 6.1 en el que se dice que toda mujer puede acceder a las técnicas de

9 Datos ofrecidos por la SEF: *http://www.sefertilidad.com/.*

10 Asociación pro Derechos civiles económicos y sociales (ADECES), *Infertilidad y Tratamientos: España 2008. La necesidad de un compromiso decidido de las administraciones públicas con un problema de nuestro tiempo*, 10.

reproducción asistida «con independencia de su estado civil», al requerir para la mujer casada un consentimiento complementario (el de su marido) sin el cual no podría acceder a estas técnicas.

A tenor de la presunción legal de paternidad del marido contenida en el artículo 116 del Código Civil en virtud del cual «*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*», la diferencia de trato entre las mujeres en función de su estado civil como usuarias de las técnicas de reproducción asistida no comprende una violación del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE, sino que la razón de que se solicite el consentimiento del marido estriba en que la determinación de la filiación matrimonial se hace de manera automática. Por tanto, la mujer casada precisa del consentimiento del marido sea o no hijo suyo, pues al tratarse de una filiación automática se determinará como padre el que aparece como marido en el Registro Civil, ya que existe una «presunción de paternidad»[11].

Los artículos de 7 al 10 corresponden a la *determinación legal de la filiación de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción asistida***.**

El artículo 7, en concreto, trata *sobre la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida*, redactado según Disposición Adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, *Reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*[12].

El artículo 7.1 dispone que la regulación en materia de determinación jurídica de la filiación sea conforme a las leyes civiles, es decir, a la regulación que en materia de filiación ofrece tanto el Código Civil, como la que se contiene en las normas de Derecho Civil existentes, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, *relativo a la persona y la familia* (Capítulo V, artículos 235-1 a 235-29)[13] y el Fuero Nuevo de Navarra, Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, (leyes 68 a 72)[14] que recogen un régimen de filiación propio, salvo a lo que se refiere en los tres artículos siguientes de la Ley 14/2006.

Por tanto, para la determinación legal de la filiación, la Ley 14/2006 se remite al sistema del Código Civil basado en la verdad biológica, por el que el padre genético es el padre legal, salvo las especificaciones, que la propia Ley contempla, «en las que el padre genético es sustituido por la voluntad de quien desea ser progenitor, con independencia del origen genético del material reproductor empleado»[15].

---

11 Cf. Nanclares, 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.

12 *BOE*, *núm*. 65, 16 de marzo 2007, pp. 11251-53.

13 *BOE*, *núm*. 203, 21 de agosto 2010, pp. 73429-73525, deroga la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.

14 *BOE*, *núm*. 134, 5 de junio 1987, pp. 16902-13.

15 Barber Cárcamo, R. «Reproducción asistida y relaciones de filiación: Régimen Jurídico», en Germán Zurriaráin, R. *El inicio de la vida humana*, (en preparación).

El artículo 7.2 prohíbe que la inscripción en el Registro Civil refleje los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

El artículo 7.3 posibilita la determinación de la filiación respecto de dos mujeres al permitir que una mujer casada con otra, ésta última pueda 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. Dicho de otro modo, la legislación española permite que dos mujeres casadas entre sí sean madres de un hijo.

El artículo 8 versa sobre *la determinación legal de la filiación*. En el caso de la mujer casada, como acaba de indicarse, la presunción de paternidad del marido le determina como padre (art. 116 del Código Civil); si no lo es, el medio habitual de atribución de la paternidad es el reconocimiento del padre.

En los casos de fecundación asistida heteróloga de una mujer casada, el hijo nacido como consecuencia de ella, tendrá la filiación legal de la mujer progenitora y del marido, esto es, adquiere el *status* de hijo matrimonial, siempre y cuando:

«Hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, no pudiendo impugnar la filiación legalmente determinada ni la mujer progenitora ni el marido», art. 8.1.

Por consiguiente, el consentimiento prestado por el varón para la práctica en la mujer de una determinada fecundación artificial no es un título de atribución de la paternidad, pero sí determinante para la filiación del hijo. El consentimiento añade la imposibilidad de impugnar (tanto la mujer como el marido) una filiación que no es conforme a la verdad biológica. Consentimiento que la Ley 14/2006 requiere que sea formal, previo y expreso.

El artículo 8.2 contempla un supuesto de filiación no matrimonial como consecuencia de la fecundación heteróloga de una mujer no casada, siempre y cuando el varón no casado preste al efecto su consentimiento, con anterioridad a la aplicación de la técnica reproductora. En este caso la filiación no se presume. El consentimiento que se presta por parte del varón no casado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120.2 del Código Civil en relación con el art. 49 de la Ley de Registro Civil es requisito *sine qua non* para la iniciación del correspondiente expediente de determinación legal de filiación[16]. El consentimiento dado en este caso posibilita que «a falta de reconocimiento, sirva como escrito indubitado a efectos de determinar la filiación por la vía del expediente gubernativo y, si éste deviene contencioso, a través de una acción de reclamación. Que, lógicamente, no será la contemplada en el Código, dirigida a poner de manifiesto la verdad biológica, sino otra distinta, basada en dicho consentimiento»[17]. En ambos casos, artículos 8.1 y 8.2, el consentimiento del

16 Cf. Berrocal Lanzarot, AI. «Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Una primera aproximación a su contenido», *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, enero 2007, p. 53.

17 Barber Cárcamo, R. «Reproducción asistida y relaciones de filiación: Régimen Jurídico», *op. cit.*, (en preparación).

marido o del conviviente, o de la pareja de hecho, equivale a la asunción de paternidad, aun cuando ninguno de ellos sea biológicamente el progenitor.

El artículo 8.3 advierte que en los casos en que sea necesaria la revelación de la identidad del donante en ningún caso implicará determinación legal de la filiación.

Como ya se ha indicado, en el caso de fecundación homóloga será considerado como hijo de aquél y podrá ser inscrito como tal en el Registro, si la realización de las técnicas ha sido consentida por el varón sobre la base de la presunción de paternidad del articulo 116 del Código Civil.

A modo de resumen, podemos establecer los siguientes casos[18]:

— Si no hay consentimiento del marido en el caso de fecundación homóloga: el nacido es biológicamente suyo, por lo que prima, en este caso, la relación biológica sobre el elemento volitivo: la doctrina opina que no podrá impugnar con éxito su paternidad[19].

En efecto, para determinar la relación jurídica de filiación, la Ley 14/2006 se remite a la aplicación directa del Código Civil, cuyo sistema opta, desde su reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por un sistema de determinación de la filiación basado en la verdad biológica, en cuya virtud se favorece que quien es padre biológico, sea tenido por padre legal. Por este motivo, en la fecundación homóloga, con o sin el consentimiento del marido, el hijo será hijo biológico del marido, a tenor del artículo 116 del Código Civil por el que se determina la filiación como hijo matrimonial, y por el que el marido no podrá impugnar su paternidad.

— Si no hay consentimiento del varón no casado en el caso de fecundación homóloga, el nacimiento no podrá ser considerado como hijo suyo, por falta del elemento volitivo que la ley exige. En este caso, el dato biológico no es suficiente.

— Si hay consentimiento del marido en el caso de la fecundación heteróloga, el marido no podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido.

— Si no hay consentimiento del marido en el caso de la fecundación heteróloga: aunque la presunción de paternidad existe, el nacido será considerado inicialmente como hijo del marido y así constará en el Registro Civil. Sin embargo, el marido podrá impugnar su paternidad, alegando que tanto que ni consintió la realización de las técnicas, ni que biológicamente el nacido es hijo suyo.

— Si no hay consentimiento del varón no casado en el caso de fecundación heteróloga, al no existir como en el caso de usuaria casada, la presunción de paternidad, sólo el consentimiento del varón no casado a la fecundación de una mujer con semen del donante puede servir para atribuir la paternidad: la inexistencia de tal consentimiento determina la no atribución de paternidad. La única vía de atribuirle dicha paternidad sería median-

18 Sigo en este punto a Berrocal Lanzarot, AI. *op. cit*., pp. 53-54.

19 Martínez de Aguirre y Aldaz, C. «Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida», *Cuadernos de Derecho judicial*, 2004, 10, pp. 270-271.

te un reconocimiento de complacencia o la adopción del nacido.

El artículo 9 trata sobre la premoriencia del padre biológico y la fecundación *post-mortem*. Adviértase, sin embargo, que el artículo acoge sólo la fecundación *post-mortem* con material genético propio del marido o conviviente fallecido, por lo que quedan fuera los casos de fecundación heteróloga *post-mortem*.

El artículo 9.1 dispone que no se pueda determinar legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido y el marido fallecido si la mujer no ha sido fecundada antes del fallecimiento de su marido. Por tanto, la determinación legal de la filiación y el reconocimiento de efectos o relación jurídica entre el hijo nacido y el marido fallecido, sólo podrá tener lugar cuando el material reproductor del marido se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

No obstante, en virtud del artículo 9.2 el marido o conviviente podrán prestar su consentimiento 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, lo que se denomina propiamente fecundación *post-mortem*. 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.

Si se trata de varón no unido por vínculo matrimonial podrá igualmente hacer uso de la posibilidad indicada en el artículo anterior. El consentimiento dado servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad (art. 9.3).

Por último, la Ley 14/2006, en el artículo 10, prohíbe la gestación por sustitución o las denominadas «madres de alquiler». La filiación de los hijos nacidos será determinada por el parto

	España	**Francia**	**Italia**
Fecundación Homóloga	Sí	Sí	Sí
Fecundación Heteróloga	Sí	Sí	No
Parejas heterosexuales	Sí	Sí	Sí
Parejas homosexuales	Sí	No	No
Mujeres sin pareja, viudas	Sí	No	No
Fecundación *post-mortem*	Sí	No	No
Experimentación con embriones producidos in vitro	Sí	Sí	No
Clonación «terapéutica»	Sí	No	No
Selección genética de embriones	Sí	Sí	No

(art. 10.2). De tal modo que, en el caso de la gestación por sustitución, la madre es quien da a luz y no la que ha pagado la gestación con lo que queda anulado el contrato de la mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero (art. 10.1). Solamente el padre biológico podría iniciar una posible acción de reclamación (art. 10.3).

4. Conclusiones

La idea de protección al hijo concebido artificialmente, presente en el precepto italiano, se ve sustituida en el texto español por una visión exclusivamente individualista, en la que se configura un verdadero «derecho a la maternidad» para las mujeres solas, mayores de 18 años y de edad avanzada. 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 ha dejado de ser un remedio para la esterilidad para convertirse en expresión de la defensa de los intereses de la madre hasta el punto de configurar un nuevo derecho subjetivo: el derecho de la mujer a la reproducción (sola, casada, homóloga, heteróloga, post-mortem, homosexual, de una madre casada con otra de la que recibe los óvulos, la inseminación de las dos mujeres con semen del mismo donante), en detrimento de la protección del hijo concebido artificialmente.

Es indispensable un nuevo marco jurídico en materia de reproducción asistida que sea plasmación de esa sensibilidad por el débil que debe caracterizar al Derecho y en el que al hijo se le otorgue el papel rector que como sujeto principal digno de protección le corresponde.

Bibliografía

Fuentes

Ley 40/2004, de 19 de febrero, sobre *Normas en materia de procreación médica asistida*. *Boletín Oficial*, nº 45, 24 febrero 2004.

Ley nº 2004-800, de 6 de agosto, *relativa a la Bioética*. *Boletín Oficial de la República Francesa*, 7 de agosto 2004.

Ley 14/2006 sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, de 26 de mayo; *BOE*, *núm*. 126, de 27 de mayo 2006, pp. 19947-56.

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo*. *BOE*, *núm*. 55, de 4 marzo 2010, pp. 21001-14.

Ley 13/2005, de 1 de julio, *BOE*, *núm*. 157, 2 de julio 2005, pp. 23632-34.

Ley 3/2007, de 15 de marzo, *Reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas; BOE*, *núm*. 65, 16 de marzo 2007, pp. 11251-53.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, *relativo a la persona y la familia; BOE*, *núm*. 203, 21 de agosto 2010, pp. 73429-525.

Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, *Fuero Nuevo de Navarra*; *BOE*, *núm*. 134, 5 de junio 1987, pp. 16902-13.

Doctrina

Alkorta Idiakez, I. *Regulación jurídica de la Medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

Barber Cárcamo, R. «Reproducción asistida y relaciones de filiación: Régimen Jurídico», en Germán Zurriaráin, R. *El inicio de la vida humana*, (en preparación).

Bercovitz Rodríguez-Cano, A. «Reproducción asistida post mortem», *Aranzadi Civil*, 2001, 2, pp. 2165-2167.

Berrocal Lanzarot, AI. «Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Una primera aproximación a su contenido», *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, enero 2007, pp. 40-70.

Berrocal Lanzarot, AI. «De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 26 de mayo», *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, febrero 2009, pp. 20-28.

Casini, C. «Il dibattito in bioetica: le ragioni del non voto», *Medicina e Morale*, 2005, 2, pp. 409-422.

Casini, C. Di Pietro, ML. Casini, M. «La normativa italiana sulla 'procreazione medicalmente assistita' e il contesto europeo», *Medicina e Morale*, 2004, 1, pp. 17-52.

Gámiz Sanfeliu, M. «Reflexiones sobre la fecundación post mortem: cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida», *Actualidad Civil*, 2009, 10, p. 2.

Lombardi Ricci, M. «La fecondazione eterologa», *Rivista de teologia morale*, 2005, 146, pp. 183-190.

Martínez de Aguirre y Aldaz, C. «Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida», *Cuadernos de Derecho judicial*, 2004, 10, pp. 247-302.

Nanclares, 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.

Palazzani, L. «La legge italiana sulla 'procreazione medicalmente assistita': una rilettura biogiuridica», *Medicina e Morale*, 2004, 1, pp. 77-90.

Pérez Monge, M. La filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida, Colegio de Registradores, Madrid, 2002.

Sainz-Cantero Caparrós, MB. «Consentimiento informado e investigación con preembriones en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción humana asistida», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2006, 4, pp. 631-647.

Recibido: 18.05.2011
Aceptado: 20.06.2011