

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

La determinación de la filiación no matrimonial en la reproducción asistida

The establishment of non-matrimonial filiation in assisted reproduction

por

ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA*

Profesora de Derecho Civil. UCM.

Departamento de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Universidad Complutense

RESUMEN: En los problemas que surgen de la determinación de la filiación deben tenerse en cuenta muchas cuestiones, entre ellas si nos encontramos ante un caso de filiación matrimonial o no matrimonial. Otra cuestión que debemos tener en cuenta es la determinación de la filiación en los supuestos de técnicas de reproducción asistida, especialmente en estos casos en los que se lleva a cabo por una sola mujer, sin pareja estable ni consentimiento de otra persona, pero sin embargo surgen polémicas respecto de la filiación del menor con respecto a terceras personas. En este artículo analizamos estos conceptos en materia de filiación que en ocasiones pueden resultar difusos y pueden generar controversia, resolviéndose todas estas cuestiones por la jurisprudencia. Por ello analizamos la Sentencia del Tribunal Supremo 1526/2024 en donde se discute entre dos personas la filiación de la menor en una relación no matrimonial, habiendo sido su concepción a través de técnicas de reproducción asistida en las que nada ha tenido que ver el varón.

ABSTRACT: *In the problems arising from the determination of filiation, many questions must be taken into account, including whether we are dealing with a case of matrimonial or non-matrimonial filiation. Another issue that must be taken into*

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0003-0999-9044

account is the determination of filiation in cases of assisted reproduction techniques, especially in these cases in which it is carried out by a single woman, without a stable partner or the consent of another person, but nevertheless controversy arises regarding the filiation of the child with respect to third parties. In this article we analyse these concepts in matters of filiation, which can sometimes be diffuse and can generate controversy, all these questions being resolved by case law. For this reason, we analyse Supreme Court Judgment 1526/2024 in which the filiation of the minor child in a non-marital relationship is discussed between two people, having been conceived through assisted reproduction techniques in which the male had nothing to do with.

PALABRAS CLAVE: Filiación. Posesión de estado. Técnicas de reproducción asistida. Interés superior del menor.

KEYWORDS: *Filiation. State possession. Assisted reproduction techniques. Best interests of the child.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FILIACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. A. CONCEPTO Y TIPOS DE FILIACIÓN. B. REGULACIÓN LEGAL. C. PROBLEMÁTICAS ACTUALES EN LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL.—III. REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y FILIACIÓN. A. REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA. B. IMPLICACIONES DE LA FECUNDACIÓN CON GAMETOS DONADOS.—IV. POSESIÓN DE ESTADO Y SU RELEVANCIA JURÍDICA. A. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA POSESIÓN DE ESTADO. B. ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL MARCO DE LA STS 5766/2024.—V. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO RECTOR.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACION CITADA

I. INTRODUCCIÓN

La evolución de la sociedad y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida han planteado importantes desafíos al Derecho de Familia. En el presente trabajo analizamos la reciente STS 1526/2024, de 13 de noviembre, sobre el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuesto contra la SAP de Lugo, Sección 1ª, de fecha 30 de junio de 2023 en el recurso de apelación nº478/2022, dimanante del juicio de filiación nº376/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Mondoñedo. En el presente caso, la madre de la menor interpone demanda de juicio verbal de impugnación de filiación paterna no matrimonial contra D. Hipólito. En la demanda se solicita que se declare que D. Hipólito no es el padre biológico de la menor, que entre los apellidos de la menor no estén los de D. Hipólito y que se rectifique la inscripción del nacimiento de la menor en el Registro Civil de Ribadeo.

Tras seguirse con los trámites correspondientes, el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por la madre, la cual se recurre en apelación por la misma. La Audiencia Provincial de Lugo estima el recurso de apelación y declara que el demandado no es el padre de la menor, dejando por tanto sin efecto la filiación paterna que figura en el Registro civil. Posteriormente, D. Hipólito interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

La determinación de la filiación en este asunto es especial puesto que la madre se sometió a un procedimiento de fertilización consistente en la fecundación de cuatro óvulos con preembriones de donantes y, en ese momento, las partes no mantenían relación, el demandado no prestó consentimiento alguno y el tratamiento lo siguió en solitario la madre. También debemos destacar que las partes que habían mantenido una relación sentimental antes del proceso de fecundación, retoman la relación durante el embarazo y, cuando la menor nació, se inscribió a la niña en el Registro civil como hija de ambos ya que D. Hipólito la reconoció como hija con el consentimiento de la madre, lo que se denomina reconocimiento de complacencia.

La filiación, tradicionalmente asociada a vínculos biológicos o matrimoniales, ha sido redefinida por la intervención de nuevas tecnologías que permiten la fecundación de diferentes formas. Las técnicas de reproducción asistida aparecieron en la década de los 70 y en España su regulación comenzó en el 1988. El importante avance científico de los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta a diversos problemas hicieron necesaria la reforma de dicha norma dando lugar a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre que posteriormente fue reformada por la 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en adelante LTRHA. Todas estas técnicas pueden darse en contextos diversos como parejas no casadas o familias monomarentales como vemos en la sentencia que analizamos. Este panorama exige al legislador ajustar los conceptos clásicos a la realidad actual.

En el ordenamiento jurídico español, la filiación y las medidas paternofiliales derivadas de ella están reguladas principalmente en el Código Civil y en leyes específicas, como la LTRHA. Aun adaptando las normas a la actualidad de la sociedad, la aplicación práctica de las mismas no está exenta de controversias, especialmente en casos como el presente donde se combinan cuestiones como la filiación no matrimonial y el uso de gametos donados, en este punto el principio del interés superior del menor se erige como criterio rector.

En este artículo pretendemos analizar cómo el Derecho español enfrenta los retos planteados, integrando el estudio de los elementos esenciales de la filiación, la reproducción asistida y las medidas paternofiliales en casos complejos como el presente.

II. LA FILIACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

II.A. CONCEPTO Y TIPOS DE FILIACIÓN

La filiación es el vínculo entre padres e hijos, es la relación jurídica entre una persona y sus progenitores. La filiación es una relación jurídica que se basa en la relación biológica que se tiene con los progenitores. El Código Civil reconoce dos tipos de filiación, la filiación por naturaleza y la adoptiva. A su vez, la filiación por naturaleza se divide en matrimonial y no matrimonial. Será filiación matrimonial aquella en la que el hijo nace de padres que están unidos por el matrimonio, ya sea anterior o posterior al nacimiento, y, la filiación extramatrimonial aquella que se produce sin que los padres estén casados.

El Código Civil en su artículo 108 dispone que “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.” Esto es la base de la determinación del tipo de filiación aplicable a cada caso y debemos resaltar además que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”, así se establece además en el artículo 39 de la CE.

La filiación se compone de algunos derechos y deberes que podemos encontrar recabados a lo largo del Código Civil, estos derechos que surtirán al margen de la clase de filiación consisten en: derecho a los apellidos, derecho a los alimentos y derechos sucesorios, los cuales desarrollaremos más adelante.

En el presente caso nos interesa ahondar en la filiación no matrimonial. Cuando los progenitores no están casados, no se puede determinar la filiación por medio de presunciones, puesto que falta el deber de convivencia y el de fidelidad, por ello se puede determinar la filiación no matrimonial por medio del reconocimiento, por sentencia firme y por expediente tramitado en el Registro civil.

Además, en este asunto la filiación es derivada de técnicas de reproducción asistida, puede ser por inseminación artificial, la fecundación in vitro o el uso de gametos donados como el presente caso. Esta filiación presenta particularidades como son los sujetos que se denominarán madre y/o padre. En el caso de madre gestante se entiende que es madre quien da a luz al menor; independientemente de que se haya utilizado un óvulo propio o donado, en nuestro caso la madre de la menor, Dña. Estrella, es madre gestante. En el caso de padre y/o madre legal, la filiación se atribuye a quien consiente en el uso de la técnica reproductiva para la procreación, como se prevé en el artículo 7 de la LTRHA. En el presente caso, Dña. Estrella es la única que consiente en el uso de la técnica reproductiva, D. Hipólito nada tiene que ver con esa acción, por lo que según esto no podríamos entender que D. Hipólito es padre legal de la menor.

II.B. REGULACIÓN LEGAL: CÓDIGO CIVIL Y LEGISLACIÓN ESPECÍFICA

La filiación está principalmente regulada en el Código Civil en donde se establecen los fundamentos de la relación entre progenitores e hijos, además podemos encontrar cuestiones relativas a este asunto en leyes específicas que complementan y adaptan el marco normativo a las nuevas realidades sociales, como en el presente caso ocurre con la reproducción asistida.

En primer lugar, nos centraremos en el Código Civil en donde se regula la filiación en los artículos 108 a 141 diferenciando entre filiación por naturaleza que se divide en matrimonial y no matrimonial, y la filiación adoptiva. En materia civil debemos destacar tres áreas en las cuales se habla de filiación en el Código Civil como derecho de familia en sus artículos 109 y 110; derecho de la persona en sus artículos 14 y 17; y derecho de sucesiones en sus artículos 806, 807 y 912.

El artículo 109 CC establece que la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley, esto es el derecho a los apellidos. La identificación de las personas se consigue cuando se les atribuye el apellido de los progenitores lo que se ve afectado según el tipo de filiación, por ejemplo, si sólo han sido recono-

cidos por uno de los progenitores llevarán los apellidos del que los haya reconocido. Sin embargo, si la filiación está determinada por ambos progenitores, podrán ponerse de acuerdo en el orden de los apellidos. Además, el orden de los apellidos deberá ser el mismo para todos los hijos comunes, aunque el hijo puede solicitar el cambio de orden de los apellidos al alcanzar la mayoría de edad. A este derecho debemos sumar las obligaciones de los progenitores contempladas en el artículo 110 relativas a la obligación a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.

En materia de derecho de la persona se habla de filiación en dos momentos concretos como el artículo 14 del CC en donde se determina la vecindad civil del menor según las de sus progenitores, o como el artículo 17 del CC en donde se determina quiénes son españoles de origen y lo serán así los nacidos de padre o madre españoles.

En derechos sucesorios la ley atribuye el derecho a la legítima en la sucesión del padre o de la madre en su artículo 806 del CC. Además, en su artículo 807 se determina quiénes serán herederos forzosos y lo serán los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, lo que enlaza con el artículo 912 relativo a la sucesión legítima¹.

En segundo lugar, acudiremos a las leyes específicas que complementan la regulación de la filiación adaptándola a las nuevas realidades sociales y tecnológicas, expresamente en este asunto nos interesan recalcar tres normas: la ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida; la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; y, la ley 26/2015 de Protección a la Infancia y Adolescencia.

En la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida encontramos la primera mención a esta cuestión de la filiación en el artículo sexto donde se indica que la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas se determina conforme al consentimiento informado previo de los progenitores legales, independientemente de que existan lazos genéticos. Es decir, se exige el consentimiento previo evidentemente de la mujer receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la ley y además, si la mujer estuviera casada se precisará el consentimiento de su marido, a no ser que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste fehacientemente.

De forma más específica se regula en el artículo 7 la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida indicando que se regulará por las Leyes civiles, teniendo en cuenta además lo que se regule en los artículos 8 a 10 de la ley de técnicas de reproducción asistida. Especialmente importante es la determinación legal de la filiación del artículo 8 en donde se reconoce como progenitores a quienes prestaron consentimiento a la técnica, sin importar si se utilizaron gametos propios o donados. Además, ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento a esa fecundación, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación. En esta norma se indica además que la revelación de la identidad del donante no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

En la normativa del Registro Civil encontramos la primera mención a la filiación en el artículo 4 relativo a los hechos y actos inscribibles en donde se determina que es inscribible en el Registro Civil la filiación conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del CC. Esta inscripción da fe del hecho, fecha, hora y lugar del naci-

miento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito. Además, los progenitores deben realizar su declaración mediante la cumplimentación de un formulario oficial en el que se determina legalmente la filiación conforme a lo establecido en las leyes civiles y en la LTRHA².

Dentro de esta norma, nos interesa destacar para el caso que analizamos el artículo 49.2 en donde se determina que en la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido, consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación, es decir, la filiación determina los apellidos, por ello en el presente caso la madre solicita que se determine que los apellidos de D. Hipólito no son los de la menor porque el mismo no es el padre de la niña.

Por último, debemos destacar la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que nos interesa en este asunto por la modificación del artículo 137 del Código Civil en donde se especifica que la paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, en este caso como el mismo es menor el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad aunque el ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad. Esta norma refuerza el principio del interés superior del menor en todas las decisiones relacionadas con la filiación y la familia, vinculando directamente el desarrollo de los derechos de los menores a su entorno familiar, pero esta cuestión la desarrollaremos más adelante.

En casos complejos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es fundamental en la interpretación de las normas que hemos mencionado. En el caso que analizamos por ejemplo es determinante para la resolución el uso de la posesión de estado como prueba para determinar la filiación en donde además existe un conflicto entre la filiación biológica y la filiación legal, debiendo primar la estabilidad del menor.

II.C. PROBLEMAS ACTUALES EN LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

La filiación no matrimonial por naturaleza es aquella en la que los padres no han contraído matrimonio, esta ha experimentado importantes avances legales en España a lo largo de los años ya que se equipararon los derechos a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, sin embargo, existen otros desafíos que deben resolverse en esta materia en cada caso concreto.

El artículo 120 del Código Civil permite el reconocimiento voluntario de la filiación no matrimonial, indicando que quedará determinada legalmente por la declaración conforme realizada por el padre o progenitor no gestante en el formulario oficial. Pueden generarse conflictos en este ámbito en supuestos como: falta de reconocimiento del padre o madre no gestante en casos en los que no se reconozca voluntariamente al hijo; reconocimientos fraudulentos en donde se reconoce la filiación con fines ilegítimos como la regularización de la situación administrativa de menores extranjeros; o, limitaciones en el reconocimiento póstumo en

supuestos en los que el progenitor fallece antes de reconocer al hijo, en estos casos el proceso es más complicado y puede ser necesaria una prueba biológica.

Otra cuestión a tener en cuenta es la prescripción de estas acciones. Según la normativa, una acción de reclamación no prescribirá mientras el hijo viva, sin embargo, en el caso de la impugnación, el periodo de prescripción es de un año desde su inscripción en el Registro Civil.

La movilidad internacional ha generado otros problemas en la filiación como el reconocimiento de filiación establecida en el extranjero o la dificultad en el reconocimiento de sentencias extranjeras. En fecha 7 de diciembre de 2022 la Comisión Europea presentó la Propuesta de Reglamento en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo con la intención de facilitar así el reconocimiento de la filiación en la Unión mediante la armonización de las normas de Derecho Internacional Privado.

El problema en este asunto es que en los Estados miembros hay diferentes normas sustantivas de Derecho de familia en materia de filiación, teniendo en cuenta además que cada Estado tiene diferentes normas de Derecho internacional privado para establecimiento y reconocimiento de la filiación en situaciones transfronterizas. Algunos países reconocen figuras de filiación que, por ejemplo, no tienen equivalencia en el Derecho español, como puede ser la gestación subrogada, generando así una inseguridad jurídica. En la actualidad, el Derecho de la Unión no ofrece una solución integral al problema de la falta de reconocimiento de la filiación.

Otra cuestión a tener en cuenta es que la falta de reconocimiento o la impugnación de la filiación no matrimonial repercute directamente en los derechos sucesorios y familiares como puede ser el acceso a herencias, a pensiones de orfandad, a la nacionalidad... Esto es porque estos derechos devengan de la relación filial, por lo que si no existe esa relación no se generarán estos derechos.

Además, aunque legalmente se ha equiparado la filiación, en algunos entornos puede persistir cierta estigmatización social hacia los hijos no reconocidos o que han nacido fuera del matrimonio, esto puede ocurrir en entornos tradicionales o conservadores.

Por ello, aunque la filiación no matrimonial ha sido reconocida en igualdad de condiciones, sigue enfrentando desafíos prácticos y legales que exigen una mayor protección de los derechos del menor, lo que nos lleva a la necesidad de simplificar procesos de reconocimiento de filiación y adaptar el marco legal a nuevas formas de familia y reproducción.

III. REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y FILIACIÓN

La filiación en la reproducción humana asistida, es uno de los puntos de mayor repercusión conforme a esta realidad, ya que la reproducción asistida ha transformado el concepto de filiación al desvincularlo de la relación biológica. La LTRHA es el final de la evolución normativa en la materia y establece un marco normativo que prioriza la voluntad procreacional sobre el vínculo genético, pero siempre garantizando la seguridad jurídica de los menores.

La filiación no matrimonial vinculada a estas técnicas, plantea nuevos desafíos como la falta de consentimiento formalizado exigido en el artículo 8 de la LTRHA que indica “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”. Con esto entendemos que como consecuencia de ese consentimiento el progenitor no biológico no puede negar su responsabilidad en la filiación.

Otro desafío que encontramos es una posible desprotección como consecuencia de la reformulación del principio *pater is quem sanguinis demonstrat*, aunque este principio ya se ha reformulado desde el año 1988 con la ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Asistida, constituyendo así la filiación jurídica sobre la filiación biológica. La desprotección a la que hacemos referencia en relación con este principio es la que surge en la filiación no matrimonial ya que, a diferencia del matrimonio donde la paternidad se presume, en los casos de las parejas de hecho se debe formalizar el reconocimiento, lo que puede generar situaciones de desamparo legal para el menor.

Y, por último, encontramos un tercer desafío en relación con las parejas homosexuales, anteriormente existían más problemas que se han ido solventando con el matrimonio igualitario, aunque en parejas no casadas persisten dificultades en el reconocimiento de la filiación cuando se utilizan gametos donados.

III.A. REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA

El avance científico en las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70, supuso en España la necesidad de su regulación legislativa que se materializó tempranamente mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Esta ley supuso un importante avance científico y clínico lo que hizo necesaria una reforma o revisión en profundidad de dicha norma, la cual fue modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que dio una respuesta parcial a las novedades científicas que habían surgido entre al año 1988 y el 2003. Esta respuesta parcial no conformó a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que la consideró deficiente, con determinados vacíos jurídicos e incapaz de adaptarse a las nuevas formas de reproducción asistida que van surgiendo día a día, lo que planteó la necesidad de una nueva regulación.

La LTRHA tiene por objeto regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas; regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley; y, la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

Además de ello, la LTRHA recalca dos cuestiones importantes, la primera es que a los efectos de esta Ley, se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito

desde que es fecundado hasta 14 días más tarde; y, la segunda, es que se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

En su artículo 2, la LTRHA define el concepto técnicas de reproducción humana asistida y delimita en su Anexo A cuáles son, encontrando en él: la inseminación artificial; la fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; y, la transferencia intratubárica de gametos.

III.B. IMPLICACIONES DE LA FECUNDACIÓN CON GAMETOS DONADOS

La donación de gametos y preembriones está regulada por la LTRHA en su artículo 5 donde se determina que la donación es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. En la propia ley se establecen los derechos y obligaciones de los progenitores las cuales son:

1. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial³. De hecho, las actividades publicitarias o de promoción que realicen los centros autorizados deberá respetar el carácter altruista de aquella.
2. La donación es anónima⁴. El Registro Nacional de Donantes albergado en la plataforma informática garantiza la confidencialidad de los datos e identidad de los donantes.
3. Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar⁵. Esto permite demostrar que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia.
4. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España generados con gametos de un mismo donante no podrá ser superior a seis⁶. Para mantener este límite, los donantes deben declarar en cada donación si han realizado otras previas, indicando el momento y el centro en el que se ha realizado. Esto nos lleva al cumplimiento de determinadas obligaciones por el donante como facilitar información veraz y completa y comunicar cualquier cambio que pudiera producirse.
5. La donación es revocable⁷ aunque no en cualquier supuesto.

En cuanto a las de los progenitores legales, debemos acudir al artículo 6 de la LTRHA hablamos de usuarios y receptores. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas siempre que sea: mayor de 18 años; tenga plena capacidad de obrar; preste su consentimiento escrito a su utilización de forma libre, consciente y expresa⁸; además, podrá serlo con independencia de su estado civil y orientación sexual⁹.

Si la mujer estuviera casada, se precisará el consentimiento de su marido¹⁰ y este deberá prestarse antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir los mismos criterios requeridos para la mujer relativos a que su expresión será libre, consciente y formal.

Además, si la mujer receptora de las técnicas de reproducción asistida, estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil, que consiente en que se determine a su favor la filiación.

Todo ello tiene relación con la determinación legal de la filiación, recordando que 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. Además de ello, en los casos de gestación por sustitución se determina que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

IV. POSESIÓN DE ESTADO Y SU RELEVANCIA JURÍDICA

En el caso que nos ocupa, antes de hablar de la posesión de estado debemos tener en cuenta el consentimiento en una relación no matrimonial, en este caso, el varón, D. Hipólito, no ha consentido a la Técnica de Reproducción Asistida, ni ha intervenido en absoluto en la procreación del nacido, aunque el mismo retomara la relación con Dña. Estrella tras su embarazo se entiende que nada permite relacionarlo jurídicamente con la menor a excepción de la posesión de estado alegada por D. Hipólito.

En los artículos 131 a 134 del Código Civil se regulan las acciones judiciales de filiación, en ellos se especifica que cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. En el supuesto particular de la STS 1526/2024 se cuestiona la posesión de estado, donde se discute entre las partes si existió o no.

La posesión de estado hace referencia a la presencia de una relación filial aun cuando no exista una conexión biológica entre las partes. La filiación por posesión de estado es uno de los tipos de filiación regulados por el Código Civil y puede dar lugar a dos tipos de acciones: la reclamación de la filiación o la impugnación.

IV.A. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA POSESIÓN DE ESTADO

La posesión de estado en el derecho de familia es la apariencia de un estado entendiendo que hay posesión de estado cuando alguien disfruta de determinado estado de familia, con independencia del título sobre el mismo estado, puede ser de hijo, padre, esposo... Y con esta posesión goza de hecho de las ventajas anexas a esa situación familiar, debiendo soportar igualmente los deberes inherentes a la misma. En definitiva, podemos entender que es un conjunto de circunstancias de hecho que poseen valor de derecho en relación con el estado civil de las personas.

Existen tres elementos que pueden determinar la posesión de estado en una relación filial y estos son: el nombre, hace referencia a que la persona ha utilizado el apellido de quien ostenta el título; el trato, que hace referencia a que los afectados en la relación filial han mantenido una relación de padre e hijo; y, la fama, que indica que en la sociedad son reconocidos como padre e hijo.

El Derecho atribuye importantes consecuencias jurídicas a la posesión sin exigir al poseedor la prueba de que es el verdadero titular del derecho por los siguientes motivos: primero, porque generalmente el poseedor es también el verdadero titular del derecho; segundo, porque, salvo en ciertos casos, el principio del

respeto del orden constituido y el interés de la paz social exigen que los individuos no modifiquen una situación existente sin intervención de la autoridad competente; y, tercero, porque es necesario proteger a los terceros que han establecido relaciones con el poseedor en la creencia de que es el verdadero titular del derecho.

IV.B. ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL MARCO DE LA STS 1526/2024

En el caso que nos ocupa, el juzgado desestimó la demanda porque entendió que en el caso había posesión de estado como hija del demandado D. Hipólito. Esta resolución fue recurrida en apelación por Dña. Estrella y estimada por la Audiencia Provincial que entiende que en este caso no hay posesión de estado puesto que los actos del padre carecieron de la constancia, continuidad y permanencia en el tiempo que se exigen por la jurisprudencia ya que la menor nace en el 2021 y en el mes de mayo ya se separa la pareja. Tras esta separación, en los dos años de vida de la menor, no se ha formado una relación paterno filial, ni una conexión cuya ruptura pueda perjudicar a la menor.

Consideramos especialmente relevante en este asunto que no hubo consentimiento del recurrente en el empleo de las técnicas de reproducción asistida. A pesar de ello, la complicación en el presente caso deviene de que la menor lleva el apellido paterno y eso refleja que se cumple con el elemento del nombre e incluso se puede entender que el elemento de la fama¹¹. Además, aparentemente el varón argumenta que, desde la separación ha hecho todo lo posible para mantener esa relación solicitando incluso medidas de guarda y custodia y la adopción de medidas cautelares. Todas estas cuestiones se derrumban al ver que, dado el escaso contacto que había tenido D. Hipólito con la menor, se autorizaron unas visitas mínimas de unas horas sin pernocta además de que el recurrente nunca había asumido gastos económicos, todo esto afianza la creencia de la falta de posesión de estado¹².

VI. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO RECTOR

El interés superior del menor representa una de las máximas prioridades y principios rectores en el ámbito de los derechos de la infancia. Es decir, que todas las decisiones que afecten a los menores deberán tomarse considerando su bienestar. Este interés fue formalizado por primera vez en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. El interés superior del menor está intrínsecamente ligado a sus derechos como puede ser la educación, la salud y la protección.

Este principio no tiene una definición única y cerrada, sino que se determinará en cada caso concreto considerando el contexto personal, familiar y social del menor.

El interés superior del menor es la garantía que se le da al menor para que se tengan en cuenta sus derechos y sean protegidos. Siempre primará el interés superior del menor ante otro interés legítimo que pueda concurrir con él. Para hablar de legislación sobre este interés primero debemos mencionar la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 determina en su artículo 3 que todas las me-

didadas que tomen las instituciones públicas o privadas deben considerar el interés superior del menor como una prioridad, es decir, que en el resto de normas que estén relacionadas con los menores vamos a encontrar esta misma protección de los menores. Esto está relacionado con lo dispuesto en el artículo 39.4 de la Constitución Española, el cual obliga a los poderes públicos a garantizar la protección de los menores conforme a los tratados internacionales ratificados por España.

En el Código Civil se incorpora este principio en diversas disposiciones, señalamos algunas de ellas como el artículo 92 que regula la custodia compartida y establece que las medidas sobre guarda y custodia deben basarse en el interés del menor; el artículo 154 que regula la patria potestad, la cual debe ejercerse en beneficio de los hijos; o, el artículo 158 que permite adoptar medidas urgentes para evitar perjuicios al menor en casos de conflicto familiar.

En el caso de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, modificada en 2015, se recalca que el interés superior del menor es ese principio que debe guiar la interpretación y aplicación de todas las normas que afecten a los niños. Es un derecho sustantivo, un principio interpretativo y una norma de procedimiento.

También encontramos normativa específica como la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia; o la LTRHA que hemos estudiado a lo largo de este artículo.

Es primordial entender que un hijo no es un bien o un servicio que se pueda garantizar o suministrar, sino que es un ser humano titular de derechos. Este interés debería exigir que toda filiación no biológica se determine en función de la idoneidad de los comitentes o padres intencionales, incluida la de quienes intentan ser padres a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ya sea antes o después de nacido el niño. La filiación no biológica por Técnicas de Reproducción Humana Asistida debería determinarse en función del interés del niño a tener un padre y una madre,

VII. CONCLUSIONES

- I. Los conflictos jurídicos en la reproducción asistida derivan de la desconexión entre el modelo de filiación tradicional y las nuevas realidades familiares. Aunque actualmente la LTRHA ha aportado seguridad en muchos casos, todavía persisten problemas en cuestiones que siguen avanzando día tras día como la inscripción de niños nacidos por gestación subrogada dado que no está permitida en España, la desigualdad que se ha planteado en diversas ocasiones en la filiación de parejas homoparentales o monoparentales e incluso en el uso de material genético *post mortem*.
- II. A día de hoy, la jurisprudencia sigue siendo clave para adaptar la normativa a estas nuevas situaciones ya que la nuevas técnicas pueden ir, en muchas ocasiones, por delante de la normativa aunque una vez asen-

tados los términos básicos como en el presente caso es la posesión de estado, la filiación no matrimonial, el consentimiento en las técnicas de reproducción y el interés superior del menor, se pueden resolver las dimenciones por los tribunales sin necesidad de actualizar la norma continuamente.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- GALLARGO RODRÍGUEZ, Almudena: “Posibilidades en la atribución de la vivienda familiar ante la separación y divorcio de mutuo acuerdo: del convenio regulador a los pactos prematrimoniales”, en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ISSN 1982-7636, Año 16, Vol. 23, Nº1, 2021, pp. 31-54.
- ISLA GALLEGO, Amparo: “Filiación mediante técnicas de reproducción asistida heteróloga”, en *El Derecho Lefebvre*, <https://elderecho.com/filiacion-mediante-tecnicas-de-reproduccion-asisistida-heterologa>
- JURADO GUERRERO, Teresa: “El creciente dinamismo familiar frente a la inflexibilidad del modelo de vivienda español”, en *Cuadernos de Información económica*, ISSN 1132-9386, Nº193, 2006, pp. 117-126.
- PARDO PUMAR, María José: “La atribución del uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: análisis de la doctrina jurisprudencial”, en *Revista Estudios Institucionales: Revista Internacional de Investigación en Instituciones, Ceremonial y Protocolo*, ISSN 2386-8694, Vol. 6, Nº10, 2019, pp. 7-20.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: “Una propuesta de reglamento (UE) para facilitar el reconocimiento de la filiación entre los Estados Miembros: Ampliar el objeto de reconocimiento y reducir los motivos de orden público”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, ISSN 0034-9380, Vol. 76, Nº2, 2021, pp. 175-184.
- SIFRE PUIG, Ricardo Francisco: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales: primera parte”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año nº97, Nº783, 2021, pp. 135-221.
- TRYFINIDOU, Alina: “Reconocimiento jurídico transfronterizo de la filiación en la UE” en *Estudio para la Comisión PETI del Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo*, Dirección General de Políticas Interiores, ISBN 978-92-848-0711-6, 2023.

IX. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, Sección Primera, de 13 de noviembre de 2024. Número Sentencia: 1526/2024. Número Recurso: 9899/2023. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán. Numroj: STS 5766/2024. ECLI:ES:TS:2024:5766
- SAP de Cantabria, Sala Primera, Sección: Segunda, de 14 de octubre de 2024. Número Sentencia: 586/2024. Número Recurso: 491/2024.

- Ponente: Jose Arsuaga Cortazar. Numroj: SAP S 1762/2024 — ECLI:ES:APS:2024:1762
- SAP de A Coruña, Sala Primera, Sección: Quinta, de 3 de marzo de 2016. Número Sentencia: 61/2016 Número Recurso: 368/2015. Ponente: Carlos Fuentes Candelas. Numroj: SAP C 433/2016 — ECLI:ES:APC:2016:433
 - SAP de Alicante, Sala Primera, Sección: Novena, de 21 de marzo de 2007. Número Sentencia: 80/2007 Número Recurso: 69/2007. Ponente: Jose Manuel Valero Diez. Numroj: SAP A 4045/2007 — ECLI:ES:APA:2007:4045
 - STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección: Primera, de 22 de julio de 2024. Número Sentencia: 39/2024 Número Recurso: 21/2024. Ponente: María Eugenia Alegret Burgues. Numroj: STSJ CAT 8992/2024 — ECLI:ES:TSJCAT:2024:8992

X. LEGISLACION CITADA

- Constitución Española de 1978
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de 1996, de protección jurídica del menor, modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley Orgánica 8/2021 de protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia, modifica artículos del Código Civil sobre patria potestad.
- Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria, sobre representación legal de los hijos no emancipados en caso de intereses opuestos entre los padres.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

NOTAS

¹ Asimismo, atribuye derechos en la sucesión intestada (art. 930 CC). Los descendientes y ascendientes son recíprocamente herederos forzosos. Si la sucesión es intestada, los primeros llamados por la ley a la sucesión son los descendientes.

² Además de esto, en el artículo 44.4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, se determina que, *salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.*

La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar:

a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas y también si la madre estuviere casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho.

b) Cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia.

³ Lo encontramos regulado en el artículo 5.3 de la LTRHA, en el que se dispone: *La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica rescabitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.*

Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.

⁴ Encontramos este derecho regulado en el artículo 5.5 de la LTRHA en donde se determina: *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 actividad de los centros que se constituyan.*

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

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.

⁵ En el artículo 5.6 de la LTRHA se regula: *Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones*

serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

⁶ Regulado en el artículo 5.7 de la LTRHA: *El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones.*

Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante.

A partir de la entrada en funcionamiento del Registro nacional de donantes a que se refiere el artículo 21, la comprobación de dichos datos podrá hacerse mediante consulta al registro correspondiente.

⁷ Este derecho lo encontramos en el artículo 5.2 de la LTRHA: *La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.*

⁸ Artículo 6.2 de la LTRHA: *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.*

⁹ Todo esto lo encontramos en el artículo 6.1 de la LTRHA: *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.*

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

¹⁰ Esto no será así en los supuestos en los que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente según se determina en el artículo 6.3 de la LTRHA.

¹¹ Fundamento de Derecho Cuarto de la STS 1526/2024: *Es doctrina de la sala que la posesión de estado tiene un componente fáctico, constituido por los hechos que integran los diversos elementos de la posesión de estado (nomen, tractatus, fama) y a partir de los cuales el tribunal valora jurídicamente si existe o no la posesión de estado. Pero también tiene un componente jurídico, que es lo que permite que puede impugnarse en casación la valoración jurídica de esos hechos, es decir, si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado (entre otras, sentencias 267/2018, de 9 de mayo, 45/2022, de 27 de enero, 558/2022, de 11 de julio, y 51/2024, de 11 de marzo).*

¹² En este caso no entendemos aplicable la sentencia 494/2016, de 15 de julio que afirma que «será la que regula el artículo 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción».