

PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS POR LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT*

SUMARIO: I. *Breve reflexión en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida: repercusión civil.*—II. *La competencia legislativa de la generalidad de Cataluña en materia de técnicas de reproducción asistida.*—II.1. *Delimitación de la materia.*—II.2. *Competencias de la Generalidad de Cataluña.*—II.3. *Competencia legislativa en materia civil.*—A. Los conceptos jurídicos.—B. Medios de determinación de la filiación.—C. Clases de filiación.—D. Efectos de la determinación de la filiación.—III. *Legislación vigente.*—III.1. *Delimitación de la materia.*—A. Carácter de las normas contenidas en la TERA.— B. El Recurso de Inconstitucionalidad.—III.2. *Legislaciones Autonómicas.*—A. La Ley 7/1991 de 27 de abril: Ley Catalana de Filiación. O Llei de Filiacions.—B. El Recurso de Inconstitucionalidad.—C. Vigencia de la Ley de Filiación.—IV. *Algunos problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida.*—IV.1. *Planteamiento general.*—IV.2. *Relaciones entre la Llei de Filiacions Catalana y la Ley Estatal sobre Técnicas de Reproducción Asistida: Posibles conflictos.*—*Bibliografía.*

I. BREVE REFLEXIÓN EN TORNO A LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: REPERCUSIÓN CIVIL

Antes de abordar el estudio de la cuestión objeto del presente trabajo, vamos a realizar una breve reflexión, en torno al tema relativo a las nuevas técnicas de reproducción humana asistida.

* Profesora Ayudante de Derecho Civil (UNED).

De todos es conocido, que la ciencia médica y más concretamente la ingeniería genética, han llevado a cabo en los últimos años importantísimos avances en un campo de vital transcendencia para el hombre, como es, el de su reproducción; por medio de técnicas, que implican la intervención médica en al menos alguna de las fases de la procreación ¹.

Precedentes de estas técnicas podemos encontrarnos en épocas remotas, como señala Veciana ², los pueblos babilónicos y arábigos más antiguos, descubrieron que las plantas pueden reproducirse practicando la polinización artificial, como sucede con las palmeras, para mayor producción de dátiles; igualmente, en el campo de la piscicultura, el monje Don Pinchón en el siglo XIV ³, ensayó con éxito la fecundación artificial ⁴, práctica que prosiguieron el anatómico holandés Juan Van Swammerdan, el fisiólogo Roësel, L. Jacobi y Welthein ⁵. Pero es evidente que el deseo más perseguido fue utilizar este procedimiento en los mamíferos, lo que finalmente se consiguió en 1779, debido a las investigaciones de Spallanzani, que logró fecundar una perra con material seminal procedente de un macho ⁶.

El próximo paso era practicar con la especie humana ⁷, siendo el médico inglés J. Hunter -1728-1793- el que aplicó estas técnicas con un lord y su esposa

¹ En este sentido, el «Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas», Congreso de Diputados, enero 1986, págs. 4 y ss. dice que nos hallamos ante realidades de extraordinaria transcendencia: el hombre moderno puede lograr la procreación humana con técnicas no naturales hasta hace poco insospechadas o entendidas como producto de la fantasía. El progreso biomédico aporta con ello posibilidades positivas a la humanidad, evidentemente facilitadoras del bienestar y de una mejor salud y plenitud individuales y colectiva, si bien acompañadas o generadoras de otras de difícil valoración, e incluso estimadas como negativas.

² En su obra «La eutelegenesia ante el Derecho Canónico». Bosch, Barcelona, 1957, págs. 31 y ss.

³ Siguiendo la tendencia de numerosas órdenes monacales muy proclives a este tipo de experimentos.

⁴ La expresión «fecundación artificial» pronto fue abandonada, siendo sustituida por la de «inseminación artificial», como ha puesto de relieve FÉLIX PÉREZ Y PÉREZ en su obra «Reproducción animal. Inseminación artificial y trasplante de embriones». Barcelona 1985, pág. 4.

⁵ Véase la obra de LÁZARO SPALLANZANI: «Experiencias para servir a la historia de la generación de animales y plantas», ed. Española, Buenos Aires, 1945.

⁶ SPALLANZANI eligió, una perra de la raza Barbets como animal idóneo para aplicarle la inseminación artificial con animales vivíparos, a la cual inyectó 19 granos de semen de un perro joven en su útero, consiguiendo que a los 62 días pariese 3 perritos, repitiendo esta misma experiencia con igual éxito el profesor de la universidad de Pisa, P. ROSSI, con lo que quedó ratificado el descubrimiento del citado autor.

⁷ Este objetivo estaba próximo a alcanzarse, como lo escribía con estupor el naturalista suizo C. BONET al propio SPALLANZANI en carta que se conserva y en la que se lee: *Je ne même si ce que vous venez de découvrir n'aura pas, quelque jour, dans l'espèce humaine des applications, auxquelles nous ne songeons point et dont les suites ne seront pas légères.*

con el fin de que tuvieran un heredero y así perpetuar su apellido. Desde Hunter hasta nuestros días las técnicas de inseminación artificial con seres humanos se han utilizado en numerosos países, incluso en forma masiva ⁸ y han dado lugar al nacimiento de miles de niños ⁹.

Ha sido precisamente la aplicación al hombre lo que ha originado una profunda conmoción, con numerosas implicaciones sociales, legales y éticas ¹⁰.

Resulta obvio que las nuevas técnicas de reproducción humana, trascienden del campo de lo meramente biológico, pues la licitud de sus efectos es cuestionada desde los más diversos punto de vista, desde el ético, moral o religioso ¹¹,

⁸ Baste aquí con recordar que durante la última guerra mundial estas prácticas se realizaron masivamente, incluso trasportando en aviones el esperma de soldados norteamericanos para fecundar a sus esposas, al igual que hicieron los ingleses expatriados de la guerra de Corea, hasta el punto de que se cometieron grandes abusos. Como pone de manifiesto MARTÍNEZ-CALCERRADA L. en su obra «La nueva inseminación artificial» (Estudio de la Ley de 22 de noviembre 1988) Madrid 1989. Pág. 43.

⁹ En orden a la clasificación de estas técnicas la mayoría de los autores distinguen entre inseminación artificial (IA) y fecundación in vitro (FIV) a las que podemos añadir una tercera categoría constituida por las denominadas madres portadoras.

Según el «Committee of Genetic Engineering» (CAHGE) inseminación artificial es la introducción de esperma en la vagina o útero de una mujer por cualquier medio distinto de la relación sexual natural. La IA puede ser homóloga o conyugal y heteróloga o extraconyugal en el caso de que el semen proceda de una tercera persona, donante o dador.

La fecundación in vitro tiene lugar cuando el óvulo es fecundado en un laboratorio, ante la imposibilidad de que el semen se fertilice naturalmente en el tercio externo de las trompas de falopio. Pudiendo ser igualmente homóloga o heteróloga.

La mayoría de las clasificaciones que nos ofrecen los autores (ZANNÓN, RUIZ VADILLO, HERRERO DEL COLLADO, MARTÍNEZ-CANCERRADA, etc.) ofrecen la dualidad «homóloga y heteróloga», si bien los doctores L. POUS-IVERN y S. MARINA, consideran que estos términos no son correctos, pues todas las inseminaciones son homólogas ya que se efectúan dentro de la misma especie.

Por último está la técnica conocida como de las denominadas «madres portadoras» consistente en que una mujer lleve en su cuerpo implantado un embrión hasta el nacimiento, para el beneficio de otra mujer o pareja. Puede llevarse a efecto por diferentes combinaciones. La mujer que contrata a otra portadora puede ser la madre genética si pone el óvulo, pero puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación de la madre suplente. Véase (MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., MASSIGOGUE BENEIGU, J.M. «La Maternidad Portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español». Dyckinson, Madrid, 1994. Págs. 18 y 19.

¹⁰ Como observaba el profesor BOTELLA LLUSIÀ en la sesión del 26 de septiembre de 1985 (Diario de sesiones del Congreso de Diputados, II Legislatura) ante la Comisión especial de Estudio sobre fertilización extracorpórea, (pág. 10216) con la tecnología de la reproducción la especie humana puede cambiar su estructura y sus relaciones, desapareciendo la unión de hombre y mujer como pareja básica, de suerte que se pierda el sentido que el sexo masculino y femenino tengan en la sociedad del futuro.

¹¹ La Iglesia Católica en la Instrucción Sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la procreación, de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, señala

hasta el puramente jurídico, con implicaciones tanto dentro del Derecho Público como del Privado.

Sin embargo, es el Derecho Privado el que realmente se ve afectado por este tema ya que los avances científicos en este campo nos hacen replantear conceptos tan básicos y fundamentales como los de paternidad, maternidad y filiación. Conceptos que por otro lado no están unidos necesariamente al de progenitor ¹².

Pero el Derecho de filiación no es el único afectado dentro del Derecho privado, no faltan las implicaciones de carácter matrimonial ante la posibilidad de consentir unilateralmente que se realicen prácticas que, no consentidas por el otro cónyuge, pueden estimarse atentatorias contra el mutuo respeto debido, consagrado en el artículo 67 del C.c.

No en vano, se ha dicho que estas nuevas técnicas nos sitúan en el umbral de un nuevo Derecho de Familia ¹³.

No acaban aquí las repercusiones que la fecundación asistida puede tener en el mundo civil, el Derecho de Sucesiones puede verse afectado con el reconocimiento de derechos sucesorios a favor de quien aún no ha sido concebido; el Derecho Patrimonial tiene que enfrentarse ante nuevas categorías negociales, contratos de inseminación artificial, fecundación in vitro, donación de gametos,

como moralmente ilícita la maternidad sustitutiva, así como la fecundación artificial heteróloga, por «ser contrarias a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana. La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser conocido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia, una división entre los elementos físico, psíquicos y morales que la constituyen».

¹² Hoy día es posible, no solo disociar sexualidad y procreación considerando que la sexualidad no está dirigida a procrear, sino también que no toda procreación tiene que venir precedida de un acto sexual; es suficiente pensar en la inseminación artificial.

Pero las disociaciones van más allá. En la actualidad es posible, también, separar los conceptos de fecundación y gestación, tanto desde el punto de vista temporal como del de las personas intervinientes en el proceso. Pensemos para el primer caso en una FIV cuyo fruto es congelado y transferido tiempo más tarde al seno de la mujer que aportó el óvulo, o bien en el supuesto de que sea transferido a una segunda mujer (madre gestante), en este supuesto la Ley considera Madre a la que gesta y alumbró.

Por otra parte, pensemos en una pareja estéril a causa del marido y que acude para remediar la falta de hijos a la donación de semen de un tercero anónimo, biológicamente este es el padre, pero legalmente será padre el marido que consiente esta técnica. Cfr. CÁRCAVA FERNÁNDEZ, C., «Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humanas». Bosch, Barcelona, 1995. Pág. 36.

¹³ Cfr. ALBACAR LÓPEZ, J.L.: «Aspectos Jurídicos de la Manipulación Genética: La Inseminación Artificial». La Ley (1985) 4, pág. 1.051.

etc..., siendo necesario examinar su naturaleza contractual, naturaleza jurídica, licitud del objeto, responsabilidad por cumplimiento defectuoso, etc... y sobre todos los aspectos indicados puede repercutir sobre los derechos inherentes a la persona, como son el derecho a la vida, a la dignidad humana y a la intimidad personal y familiar, entre otros.

II. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA EN MATERIA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

II.1. *Delimitación de la materia*

Vamos a examinar si, al amparo de lo que se dispone en la Constitución cabe o no admitir la existencia de competencia legislativa, por parte de las Comunidades Autónomas (con especial referencia a la Comunidad Catalana) acerca de la regulación sobre las técnicas de fecundación y reproducción artificial humanas ¹⁴. En concreto, nos centraremos en cuestiones de carácter eminentemente civil.

Antes de entrar a analizar el tema es necesario llevar acabo la determinación del ámbito de regulación que puede verse afectado por la temática a la que se refieren estas técnicas.

Por todos es sabido que cualquier sector de la realidad que sea tomado como objeto por el Derecho es anterior a su regulación positiva. No es ajeno a ello el tema que nos ocupa: las técnicas de fecundación y reproducción humanas, no ya tan nuevas en el ámbito de la ciencia médica, pero sí en el campo jurídico. Tales técnicas son fuente inagotable de problemas jurídicos que han de resolverse y a los que ha de darse una respuesta, siendo muy variados los ámbitos jurídicos que pueden verse afectados por dichas técnicas ¹⁵.

Si se lleva a cabo una enumeración, podría decirse que las repercusiones jurídicas que provocan se manifiestan a la hora de llevar a cabo la regulación de las mismas, en el ámbito penal, administrativo y civil.

En Derecho penal, desde el momento que puede llegar a considerarse y a decidirse que la realización de una determinada conducta, bien por los equipos

¹⁴ Las conclusiones a las que se llegue, con referencia a la existencia o no de competencia legislativa, podrán luego adaptarse también a aquellas Comunidades Autónomas en las que se den los mismos presupuestos que en la Comunidad Catalana.

¹⁵ Sin olvidar las implicaciones éticas, morales y religiosas.

médicos, bien por los particulares implicados, pueda llegar a alcanzar una tipificación delictual ¹⁶.

En el ámbito administrativo, en cuanto se hace preciso elaborar un conjunto de normas que se dirijan a determinar los aspectos organizativos, de ejecución y control de su realización y su puesta en práctica. Así como las condiciones y requisitos en que deban llevarse a cabo. Con particular incidencia en el sector de la Sanidad que es el directamente relacionado con las técnicas de reproducción asistida ¹⁷.

Y en Derecho civil, como Derecho privado general, en cuanto que toma como punto de partida a la persona en su dimensión privada, principalmente en su condición de sujeto de derechos y deberes.

II.2. Competencias de la Generalidad de Cataluña

En la esfera de la legislación positiva son tres los ámbitos que se ven afectados por dichas técnicas, y respecto de los que debe dilucidarse la existencia o no de competencias.

Respecto a la esfera perteneciente al Derecho penal está claro que se carece, por parte de la Generalidad de Cataluña, de competencia legislativa en cuanto que se trata de una materia que se reserva el Estado con carácter exclusivo –art. 149,1,6 Constitución Española–. A pesar de ello cuando la conducta llevada a cabo no pueda ser calificada como delito o falta susceptibles de alcanzar la tipificación penal, sino de infracción administrativa merecedora de una sanción de este tipo, habrá de admitirse la competencia de la Generalidad siempre que le corresponda.

En cambio, tanto en el campo de la Sanidad (normas de Derecho administrativo) como en el personal y familiar (Derecho civil) se goza de esa competencia.

¹⁶ En este sentido la proposición de ley sobre técnicas de reproducción asistida, en su disposición adicional 2.2 preveía que «Serán objeto de sanción administrativa, civil o penal, según la responsabilidad sancionable contraída con sus actuaciones, las personas que de un modo u otro participen en un acuerdo de gestación de sustitución, así como las agencias o instituciones que las propicien, los equipos biomédicos que las realicen y los centros o servicios donde estos actúen con tal finalidad». Texto que desapareció en la Ley definitiva.

¹⁷ Lo que se regula en la Ley en los arts. 11 a 21 fundamentalmente. Sin olvidar que esta Ley es fundamentalmente una Ley dictada por médicos y para médicos, lo que da lugar a numerosos problemas.

Aunque el objeto del presente trabajo se delimita a la legislación civil y la problemática que pueda suscitar, no obstante vamos a realizar una breve mención a la competencia referente a la legislación sanitaria.

De conformidad con lo que se dispone en los arts. 148,1, 21, 149, 1, 16 y 17 de la Constitución Española y del art. 17 del Estatuto de Autonomía Catalán (EAC), en Sanidad la Generalidad de Cataluña ostenta, sobre dicha materia, una competencia compartida¹⁸. Aplicar esta calificación a la competencia, supone que tanto el poder legislativo central como el de las comunidades autónomas pueden legislar sobre la materia, pero que existe una distribución de la misma que responde al siguiente esquema¹⁹:

«— El Estado se reserva, con carácter exclusivo, un ámbito o sector de la materia que normalmente viene referido a lo que se denomina legislación básica sobre la misma, y a todo lo referente a los principios económicos generales que sean de aplicación a todo el territorio nacional. En este tema dichas materias son: Sanidad exterior. Bases y coordinación exterior de la Sanidad.

Legislación sobre productos farmacéuticos, art. 149,1,16 CE., y la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, art. 149,1,17 CE.

— La Generalidad de Cataluña ostenta competencia en relación a aquellas materias que no se puedan entender incluidas entre las reservadas, con carácter exclusivo al Estado: art. 148,1,21 CE. y art. 149,1,17 CE. en el que se señala que la reserva que hace el Estado de la legislación básica sobre la Seguridad Social lo es "sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas". En este sentido, el Estatuto de Autonomía ha asumido la potestad de desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica estatal y la legislativa que le corresponda. El art. 17,1 EAC. señala que "corresponde a la Generalidad de Cataluña el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior". Y en el propio art. 17 apartado 2" EAC. se dice que "en materia de seguridad social, corresponderá a la Generalidad

¹⁸ Sobre las competencias compartidas y, en general, sobre el tema de la competencia y su distribución. Vid. LEGUINA VILLA, JESÚS. «Las Comunidades Autónomas» en la Constitución Española de 1978 (estudio dirigido por el Prof. Alberto PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA), Madrid, 1980, págs. 774 y ss.; ARGULLOL MURGADAS, ENRIQUE. «Los límites de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas», en la Constitución Española y las fuentes del derecho, vol. I, Madrid, 1979, págs. 245 y ss.; TORNOS MAS, JOAQUÍN. «Les competencies de la Generalitat a l'Estatut de Catalunya», en comentaris jurídics al Estatut d'Autonomia de Catalunya (Edició d'Isidre Molas), Barcelona, 1982, págs. 15 y ss.; FONT I LLOVET, TOMÁS. «Sobre el ejercicio de la potestad legislativa compartida» en Revista española de Derecho administrativo, 1983, núm. 37, págs. 195 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Estudios sobre autonomías territoriales, Madrid, 1985, págs. 196 y ss.

¹⁹ Tomo la línea argumental de GETE-ALONSO y CALERA, CARMEN. «La Competencia Legislativa de la Generalitat de Catalunya en Materia de Técnicas de Reproducción Asistida», en Estudio de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. LACRUZ BERDEJO. Bosch, Barcelona, 1992.

de Cataluña: el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma" ²⁰.»

II.3. Competencia Legislativa en materia civil

Las técnicas de reproducción asistida inciden de lleno en la esfera personal, familiar y patrimonial del individuo:

a) En la esfera personal en cuanto que llevan consigo la modificación de conceptos que hasta el momento se consideraban inmutables como son la concepción y la maternidad.

b) En la esfera familiar (relación paterno-materno-filial) pueden verse afectados los modos de determinación de la filiación, clases de filiación.

c) En la esfera patrimonial fundamentalmente pueden verse afectados los derechos sucesorios.

De entrada, el tipo de competencia que tiene la generalidad de Cataluña es de carácter exclusivo, pues ni el art. 149,1,8 CE. reserva al Estado la legislación referente a la filiación y a sus formas de determinación (como sí lo hace respecto de las formas de matrimonio o la ordenación de los registros públicos) ni la filiación ha sido materia ajena al Derecho catalán que ya la reguló en la Compilación de 1960.

Pero, para llegar a dicha conclusión se hace preciso, previamente, distinguir los diferentes temas que pueden verse afectados y relacionarlos con la cuestión referente a la competencia legislativa. ¿Qué sectores del Derecho de Filiación aparecen modificados o tienen que redefinirse a raíz de una regulación sobre las técnicas de reproducción asistida? En principio podemos afirmar que existen un doble grupo de cuestiones: uno de carácter amplio relativo al replanteamiento de conceptos jurídicos basados en la realidad biológica, y otro más estricto referido a la filiación: clases, modos de determinación y efectos de la filiación ²¹. Veámoslo de forma separada. Pues bien, pasamos a examinarlos a continuación.

²⁰ Sobre la competencia en materia de Sanidad puede consultarse TORNOS MAS, ob. cit. Les Competencies, págs. 34 y 35.

²¹ Interpretación defendida por GETE-ALONSO y CALERA, ob. cit., La competencia legislativa, págs. 406 y ss.

A. Los conceptos jurídicos.

El problema puede plantearse en relación a la consideración jurídica de conceptos tales como los de la calificación de las células reproductoras y de los embriones, la maternidad y el concebido.

¿Puede el legislador autonómico ofrecer una definición o calificación jurídica de los mismos? De entrada, conviene apuntar que tales conceptos no reciben en el ordenamiento jurídico actual una definición directa. Pero sí existe un concepto jurídico de los mismos ²².

«Las células reproductoras y los embriones son un componente de la persona física, uno de sus atributos corporales junto a los órganos y sustancias de la misma. Desde el punto de vista legal los actos de disposición de los mismos, se asemejan a los que se llevan a cabo con ocasión de los trasplantes de órganos y la donación de sangre: necesidad de consentimiento, gratuidad y anonimato. En este sentido aparecen regulados por la Ley 42/1988 de 22 de diciembre, sobre Donación y utilización de embriones y fetos humanos y de sus células, tejidos u órganos, y en la Ley 35/1988 sobre Técnicas de reproducción asistida, cuyo artículo 5,1 prevé que «la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas en esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado». Desde la perspectiva de la competencia, la regulación de tales actos corresponde a la legislación sanitaria en la que existe competencia compartida con la del Estado, de tal modo que la generalidad de Cataluña podrá regularla siempre que respete la legislación básica.

En cuanto a la calificación del concebido, de los arts. 29 y 30 del Código civil se deduce cual es su concepto. «Conforme a los mismos, el concebido es aquel feto que tiene vida intrauterina, de modo que no podrá considerarse como concebido al embrión en tanto en cuanto no haya sido implantado en el útero, y tan poco aquel que, implantado, no lo fuera en el útero de una mujer. Sólo el embrión ya implantado es concebido a los efectos de la actual normativa. Estas nuevas técnicas pueden poner en tela de juicio esta consideración legal en cuanto que lo genético ya no coincide con lo biológico. Por tanto consideramos que quizás sea precisa una nueva calificación en un futuro no muy lejano ²³».

Por último se puede cuestionar el concepto jurídico de maternidad. La consideración jurídica de la maternidad resulta de diversos preceptos del Código civil y de la legislación registral. Madre es la mujer que ha dado a luz a una

²² En relación a estos conceptos vid. GETE-ALONSO y CALERA, CARMEN. «Apuntes sobre los problemas jurídicos que plantean las nuevas técnicas de reproducción humana», en Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universitat de les Illes Balears, 14, 1986, págs. 41.

²³ Vid. sobre este extremo la ob. cit. Apuntes, págs. 44 a 46.

nueva persona, de modo que comprobado el hecho del parto, la identidad del hijo y su coincidencia con la declaración a efectos registrales, se determina legalmente la maternidad ²⁴.

La posibilidad de disociar la maternidad biológica de la genética que permiten estas técnicas puede conducir, y de hecho ha provocado problemas en este ámbito ²⁵, a plantear la necesidad de modificar este concepto jurídico que, tradicionalmente, se fundamentaba en un substrato biológico. La nueva Ley sobre técnicas de reproducción asistida ha optado por no modificar este concepto tradicional. El artículo 10, dedicado al supuesto de la maternidad subrogada lo deja bien claro al señalar, en su apartado segundo que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto».

El primer argumento en contra de la posible competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en esta materia podemos encontrarlo en la posible o probable modificación de estos conceptos jurídicos, y así podemos afirmar que admitir la competencia legislativa en estos puntos que implican de manera necesaria, la entrada en juego de políticas legislativas diferentes supondría la posibilidad de llegar a conclusiones diversas que provocarían desajustes quizás difíciles de coordinar.

En contra se puede argumentar que no corresponde al legislador autonómico el definir conceptos de carácter general que se contienen, en la actualidad, en el Código civil y en la legislación del Registro civil, pues ello significará ejercitar la competencia que se le confiere, en materia civil, extralimitadamente, al contemplar cuestiones que son de aplicación a otros ámbitos que exceden del mismo, como, por ejemplo, el penal o el fiscal ²⁶.

Es cierta esa generalidad de la legislación civil, el problema consiste en determinar si es general dicha legislación o son conceptos generales en cuanto a su aplicación, es decir, en cuanto pueden recibir la consideración de reglas directamente aplicables a todo el territorio nacional por la circunstancia de contenerse en el Código civil y en la legislación registral.

A ello cabe contestar que

1) **«No es una competencia compartida:** «Salvo en el caso de las bases de las obligaciones contractuales, el legislador civil autonómico no tiene que

²⁴ Cfr. artículos 120, 4 del C.c.; 47 LRC y 181 y 182 RRC.

²⁵ En particular en relación a la denominada maternidad de sustitución, maternidad portadora o subrogada.

²⁶ El parentesco y la relación paterno-materno-filial son tomados en consideración en la legislación penal y en la fiscal conforme a la consideración jurídica que, de los mismos se contiene en la legislación civil.

someterse a ninguna legislación básica en materia de filiación. Sólo está limitado a la necesidad de respetar el principio de igualdad, protección integral y facilitación de la investigación de la paternidad que se dispone en el art. 39,2 de la Constitución Española. Pues en este precepto constitucional no se impone un determinado concepto, fuera del que se sigue de que no debe apartarse de aquel que se acomode al principio de intentar la correspondencia entre la verdad jurídica y la biológica.

2) Dentro de las competencias exclusivas concurrentes, tampoco se trata de una de las materias que el legislador estatal se haya reservado. No se corresponde, ni se integra entre “las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas” (título preliminar del Código civil), las “relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio” ni, por supuesto, “la ordenación de los registros e instrumentos públicos” o las “normas para resolver los conflictos de leyes” a las que se alude en el artículo 149,1,8 CE. Definir la maternidad, el concebido o las células reproductoras no está entre ellas aunque, tradicionalmente, se hayan descrito en el C.c. o en la legislación registral.

3) La existencia de diversos conceptos jurídicos en torno a la calificación de la relación jurídica familiar, ha estado presente, en Derecho catalán, ya con anterioridad a la distribución de competencias que se contienen en la Constitución de 1978. Baste recordar que en la compilación catalana de 1960, se partía de una estructura familiar diferente de la del C.c., y no ya solo porque se admitía con mayor amplitud que en éste la investigación de la paternidad, sino también porque en algunos puntos se acogía el precedente del Derecho Canónico, así en cuanto a la calificación de determinados hijos como adulterinos, incestuosos y sacrílegos ²⁷, lo que no era sino partir de una concepción de la familia y en definitiva de las relaciones paterno filiales distinta, aunque coexistente, de la contenida en el Cc.

Si esto fue posible en una época en la que se carecía de poder legislativo autónomo, con mayor razón habrá de admitirse en el Estado actual de las Autonomías.

4) El hecho de que tales conceptos no se definan en la actual Compilación de Derecho Civil de Cataluña, no significa que no puedan ser objeto de legislación por no ser Derecho catalán. La dicción del art. 148,1,8 CE. es muy clara, en este sentido, no se trata solo de competencia para “conservar y modificar” sino también para “desarrollar”. Y en último término es posible encontrar estos conceptos en los preceptos de la actual Compilación de Derecho Civil ²⁸.»

²⁷ Cfr. el derogado art. 252 Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

²⁸ Postura defendida por GETE-ALONSO y CALERA, C. Ob. cit. págs. 410 y ss.

B. Medios de determinación de la filiación

Medios de determinación autónoma de la filiación se han recogido siempre en la legislación catalana, tanto en la redacción anterior a la reforma de la Compilación de Derecho civil de 1964 (arts. 4, 5 y 6) y 1987 (art. 6) y a la Constitución de 1978, como en la actual.

Es más, el principio de Derecho de filiación, con anterioridad a la Constitución de 1978 era contradictorio con el Cc.: principio de verdad biológica que solo se desarrollaba en apariencia, dentro de un ámbito muy determinado: el de la filiación natural, pero que se había extendido en base a la interpretación doctrinal también a la matrimonial o legítima. Solo se recogía de manera explícita con referencia a aquella porque era la más necesitada de regulación frente a la regulación restrictiva del Cc. que no recogió el modelo histórico de filiación ²⁹.

Por tanto, parece que en el sistema actual existe competencia para legislar acerca de los medios de determinación de la filiación. De hecho en el momento actual, tras la publicación de la «Llei de Filacions» ³⁰ en la que se regula a ésta de forma íntegra, se prevé el supuesto específico de determinación de la filiación para el caso de la fecundación asistida (arts. 1, 2, 4, 5 y 7 especialmente) que más adelante examinaremos.

Baste aquí con señalar que la Ley catalana a la hora de regular las acciones de filiación (arts. 10 a 18) nada dice acerca de cuales son las que corresponden al caso de la reproducción asistida. De ahí puede deducirse que, una vez considerada la filiación establecida, bien como matrimonial o no matrimonial de acuerdo con lo que la propia Ley prevé (arts. 1 a 9), no se ha querido limitar el alcance de las mismas en relación a estos hijos. Con todo, para la filiación matrimonial el art. 2,1 señala que no se admitirá la impugnación que exclusivamente se funde en la fecundación asistida de la esposa cuando se prestó consentimiento a la fecundación en documento público y sea ésta homóloga o heteróloga. Para la filiación no matrimonial, la equiparación del consentimiento al reconocimiento (art. 4) conduce a que solo pueda impugnarse cuando exista un vicio en el mismo.

C. Clases de filiación

Al hablar de clases de filiación nos referimos a la distinción que se hace en nuestro sistema entre la filiación por naturaleza (matrimonial y no matri-

²⁹ En este punto el Cc., a diferencia de lo que ocurrió en el Derecho catalán acogió el modelo de filiación no propio sino el del Cc. francés al que se imitó en este extremo

³⁰ Ley 7/1991 de 27 de Abril. DOG de 10-5-1991.

monial, art. 108,1 Cc.) y la filiación adoptiva o legal (art. 108,2 Cc.). Estas técnicas junto a la tipología basada en la contraposición entre el dato biológico y el jurídico, introducen un nuevo dato: el genético, que no fue previsto al llevar a cabo tal clasificación; de modo que será posible que en algún momento pudiera producirse una modificación de la misma, tanto por parte del legislador estatal como por iniciativa del legislador civil autonómico. Pero lo que es evidente es que en el momento actual la tendencia es la de asimilar a los hijos nacidos como consecuencia de la realización de estas técnicas a uno de los dos grandes grupos antes mencionados. Bien hijos por naturaleza (matrimoniales o no matrimoniales según que la pareja acceda a la paternidad o maternidad esté o no casada) que es lo más frecuente, bien a los hijos adoptivos lo que se predica solo respecto de los casos que existe algún tipo de conflicto, como sucede con referencia a la maternidad de sustitución o subrogada ³¹.

Planteada así la problemática, la cuestión se centra en dilucidar si la competencia legislativa que corresponde a la Generalidad de Cataluña permite que ésta pueda establecer una distinta clasificación de estos hijos de la que, en su caso, prevea la legislación estatal.

¿Cabe que los modelos de filiación del Derecho catalán sean diferentes a los del Código civil? El límite vendría dado por la Constitución que exige no discriminar por razón de filiación ³², y no se discrimina por el hecho de que la clase en la que se incluyan esos hijos sea distinta. La vulneración de tal límite vendrá dada por el hecho de no concederles la posibilidad de establecer la relación paterno filial en las mismas condiciones que los demás hijos en los que se produce una identidad entre el dato genérico y el biológico que constitucionalmente se protege (art. 39,2 de la CE.) pero no que se acceda a aquella mediante vías diferentes: medios de determinación de la filiación o negocio de adopción.

Finalmente señalaremos que si bien esta posibilidad queda abierta, tanto la Ley estatal 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida como la Llei de Filiacions catalana reconducen a los hijos habidos por medio de técnicas de reproducción asistida a la filiación por naturaleza, sea matrimonial o no matrimonial, por lo que parece claro que sea descartado su reconducción a la adopción.

³¹ La vigente Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida no admite en ningún caso la maternidad subrogada, y en el supuesto de que se presente previo contrato, sea gratuito u oneroso, la madre será la que de a luz.

³² Iguales ante la ley con independencia de la filiación, art.39,2 de la CE.

D. Efectos de la determinación de la filiación

El contenido propio de la relación de filiación se refiere a la atribución de apellidos, patria potestad, obligación de alimentos y derechos sucesorios.

El principio de protección implica el necesario reconocimiento de patria potestad a los padres respecto de sus hijos, y del derecho de alimentos. En este sentido, la Llei de Filiacions proclama, en su artículo 19, la igualdad de efectos civiles «de acuerdo con la legislación civil de Cataluña» de la filiación matrimonial y la no matrimonial (en las que se incluye la obtenida a través de las técnicas de reproducción asistida); y el artículo 20.1 señala que la filiación determina los apellidos, la patria potestad, los derechos sucesorios y los apellidos.

Debe llamarse la atención, además, acerca de que en materia de protección de menores goza de competencia la Generalidad de Cataluña, conforme a lo dispuesto en el artículo 9,27 EAC ³³.

En cuanto a los apellidos, éstos resultarán del medio de determinación legal que se haya adoptado y de la regulación de la clase de filiación a la que se haya decidido reconducir a los hijos nacidos a través de estas técnicas. En esta materia, la competencia de la Generalidad de Cataluña me parece más que dudosa ya que el nombre y los apellidos es lo que determina la identificación jurídica de la persona (arts. 53 LRC y 12 RRC ³⁴) y podríamos considerar que ello no corresponde hacerlo a la normativa privada propia de cada Comunidad Autónoma; pues con ello, quedaría abierta la puerta a la posibilidad de alterar el modo de identificar a las personas a través de la creación de una nueva regulación. En concreto, me refiero al orden en el que pueden ir los apellidos. Así, puede ocurrir que en los territorios de derecho común el orden de los apellidos sea el paterno y materno respectivamente, en tanto que en algunas comunidades autónomas el orden pudiera ser alterado.

³³ Competencia que ya ha ejercitado. Vid. la Llei de protecció de menors de 29 de mayo de 1985, y la Llei 37/1991, de 30 de diciembre sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció. También se refiere a esta competencia la disposición adicional primera de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción.

³⁴ El art. 53 LRC señala: «Las personas son designadas por sus nombres y apellidos, paterno y materno, que la ley ampara frente a todos». Y el art. 12 del RRC dice: «Las menciones de identidad consisten, a ser posible en los nombres y apellidos, nombre de los padres, número del documento nacional de identidad, naturaleza, edad, estado, domicilio y nacionalidad».

En el momento actual el problema no se ha planteado, la Llei de filiacions catalana equipara la filiación obtenida a través de las técnicas de reproducción asistida a la filiación por naturaleza, siguiendo un régimen, en cuanto a los apellidos, idéntico al recogido en el Código civil (vid. art. 20).

Finalmente, en cuanto a los efectos sucesorios la problemática se plantea en los siguientes términos: dada la posibilidad de la fecundación post mortem (arts. 9 de la Ley 35/1988 y 9 de la Llei de Filiacions) ¿cabe o no reconocer derechos sucesorios a los hijos concebidos y nacidos con posterioridad a dicho fallecimiento?

En este punto el legislador catalán ha abordado la cuestión. El artículo 9 del Codi de successions per causa de mort del Dret civil de Catalunya (Ley 40/1991, de 30 de diciembre DOG 21-1-1992) expresamente señala que «tienen capacidad para suceder todas las personas nacidas o concebidas en el momento de la apertura de la sucesión y que sobrevivían al causante. Salvo prueba en contrario, se presumen concebido en el momento de la apertura de la sucesión, al nacido antes de los trescientos días siguientes a la muerte del causante. Si el causante ha expresado de forma fehaciente su voluntad de fecundación asistida post mortem, el hijo que nazca dentro del período legal, también se considerará concebido al tiempo de la apertura de la sucesión». Y el art. 46,4 prevé que la partición de la herencia se suspenda cuando el causante haya expresado de manera fehaciente su consentimiento a la fecundación asistida post mortem, hasta que se produzca el parto o transcurra el plazo correspondiente según la ley, que será el que marca el art. 9 de la Llei de filiacions que más adelante examinaremos.

III. LEGISLACIÓN VIGENTE

III.1. Delimitación de la materia

La Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida.

Nuestros legisladores no han sido ajenos a los problemas que plantean las técnicas de reproducción asistida y con gran diligencia trataron de dar respuesta a esta cuestión en las leyes 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, corregida en el Boletín Oficial del Estado de 26 de noviembre de 1988, y la Ley 42/1988 de 28 de diciembre, de Donación

y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos y Organos ³⁵.

Es una realidad que salvo que alguna que otra excepción (Australia, Suecia) dentro de la legislación internacional se carece de un ordenamiento completo que resuelva las principales cuestiones de la inseminación artificial, por lo que con la aprobación de la Ley sobre Técnicas de reproducción Asistida y al margen de sus deficiencias que la tiene, como luego veremos, España en esta materia tan novedosa camina por delante de la mayoría de las naciones.

Con esta regulación se intentaba dar solución a los problemas de paternidad y maternidad planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana, aunque eran muchas las dudas que se suscitaban y que serán objeto de examen en el Capítulo tercero de este trabajo.

A. Carácter de las normas contenidas en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, no es una Ley de carácter exclusivamente civil, pues si bien contiene una serie de normas puramente civiles, como son las que se refieren a la filiación, contiene también numerosas normas de carácter administrativo y sancionador.

Puesto que el estudio de las normas civiles componen el grueso de este trabajo, voy a hacer una breve referencia a las normas de carácter administrativo, como el artículo 18, donde se señalan los Centros o Servicios donde se pueden realizar las técnicas de reproducción asistida, o los bancos de recepción, conservación y distribución del material biológico humano.

Cabe mencionar también el artículo 21 donde se contempla el establecimiento mediante Real Decreto de una Comisión Nacional de Reproducción

³⁵ Existen numerosos estudios sobre aspectos particulares acerca del tema de la procreación asistida, pero pocos que la aborden de manera completa. Vid. con tal carácter: MARTÍNEZ CALCERRADA, L., «Derecho Tecnológico: la nueva inseminación artificial. Estudio de la Ley de noviembre de 1988», Central artes Gráficas, Madrid, 1989.

Vid. también, a nivel de revistas Jurídicas: HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988», Rev. Fac. Derecho. Univ. Complutense, núm. 75 (1989-90), págs. 405 y ss.; LLEDO YAGÜE, F., «la Ley Sobre las Técnicas de Reproducción Asistida», ADC, 1988, págs. 1.241 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Aspectos Jurídico - privados más Relevantes de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1.517. de 5.2.1989.

Asistida de carácter permanente, constituida por representantes del Gobierno y de la Administración, de las distintas sociedades relacionadas con la fertilidad humana y con estas técnicas y con un Consejo de amplio espectro social. Sus competencias serán fijadas por el Gobierno, y la propia Comisión elaborará un Reglamento que aprobará el Gobierno.

También se establece la creación de un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones, donde se consignará cada hijo nacido de los distintos donantes, y la identidad de las parejas o mujeres receptoras (disposición final tercera).

Contiene, además, una serie de disposiciones acerca de las actuaciones que se pueden o no realizar (art. 15), y una minuciosa descripción de las actuaciones que se van a considerar infracciones graves o muy graves (art. 20).

B. El Recurso de Inconstitucionalidad

El 24 de febrero de 1989, sesenta y tres Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, interpusieron Recurso de Inconstitucionalidad a la totalidad de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre de 1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y subsidiariamente contra el párrafo del apartado II del Preámbulo, donde se dice:

«queda así de manifiesto que el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues, anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión.»

Así como de forma especial, contra los artículos 1.1; 1.4; 2.4; 4; 12.1; 12.2; 13; 14.3; 14.4; 15; 16.1; 16.2; 17; 20.2; la disposición final primera en sus apartados a) y e), y contra los artículos 6.1 y 6.2 en relación con el artículo 5.1 y 5.5.

Los recurrentes basan su petición en la idea de que la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida contradice a los artículos 10; 15; 18; 32; 39 y 81 de nuestra Constitución.

Los recurrentes consideran también que la Ley es inconstitucional por tener carácter ordinario y no orgánico y suplican la supresión de la Ley por ellos impugnada como consecuencia de los daños irreparables que por su aplicación se puede producir en vidas humanas ³⁶.

³⁶ Recurso núm. 376/89.

El 13 de marzo de 1989, reunido el Pleno del Tribunal Constitucional, Sección tercera, acordó admitir a trámite el Recurso de Inconstitucionalidad y denegar la supresión de la Ley objeto del Recurso, porque «tal posibilidad no está prevista cuando el Recurso de Inconstitucionalidad se dirige contra las leyes del Estado, y carecer por lo tanto el Tribunal Constitucional de facultades para acordarla»³⁷.

III.2. Legislaciones Autonómicas

Cabría preguntarse si esta legislación debía de tener exclusivamente carácter estatal o también era posible que el legislador autonómico tomara partido en este tema. La duda está hoy despejada al existir una nueva regulación sobre el Derecho de la Filiación en Cataluña.

En realidad no había inconvenientes insalvables para que las cuestiones derivadas de las técnicas de procreación humana que tuvieran carácter privado pudieran ser incluidas en el Derecho Foral al igual que lo habían sido determinadas especialidades en relación con las acciones de filiación, y que jurídicamente sería posible bajo el amparo de la interpretación que generalmente se acepta del artículo 149-1-8 CE.

Lo cierto es, que en un tema tan delicado como este, donde se discutió sobre la conveniencia de una regulación del tema, y en el que se elaboraron Recomendaciones para que los Estados miembros del consejo de Europa adoptasen una legislación uniforme en el tema, parece poco oportuno introducir especialidades en cada una de las legislaciones forales, sin que ello sea óbice para negar la legitimidad de las legislaciones que se lleven a cabo en las Regiones de Derecho Foral, al amparo del citado precepto constitucional³⁸.

³⁷ El Recurso es contestado punto por punto por Marcelo PALACIOS, señalando las contradicciones de tal Recurso. Vid. en general la Obra PALACIOS, M. «Reproducción Asistida. Discurso y Recursos», Stella, Gijón, 1990, en especial págs. 23 a 25.

³⁸ La cuestión no estuvo exenta de polémica, y como prueba de ello podemos citar «la proposició de llei» sobre «Regulació de l'ús de les tècniques de fecundació artificial» presentada por Esquerra Republicana (BOPC núm. 102-2 de diciembre de 1981, retirada posteriormente). En todo caso, ya desde un primer momento defendió la posibilidad de una legislación autonómica GETE ALONSO y CALERA, C., «Apuntes sobre los problemas jurídicos que plantean las nuevas técnicas de reproducción humana», Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universitat de les Illes Balears, 1986, págs. 35 a 37.

A. La Ley 7/1991 de 27 de abril: Ley catalana de Filiación. Llei de Filiacions

En base a los artículos 149-1-8 CE. y 9-2 del Estatuto de Autonomía Catalán, el legislador catalán, usando de lo que entiende que es su competencia exclusiva sobre Derecho civil, dictó la llamada Llei de Filiacions de 27 de abril de 1991, que derogó los artículos 4 y 5 de la Compilación, Texto Refundido de 19 de julio de 1984.

En relación a la procreación asistida esta Ley se caracteriza ³⁹:

1. «Porque a pesar de que en la Exposición de Motivos sienta el principio de libre investigación de la paternidad en base al principio de la verdad biológica, tradicional en el Derecho Catalán, en relación a los nacidos como consecuencia de una fecundación asistida hace que este principio quiebre, primando el consentimiento en orden a la técnica procreatoria sobre la subsistencia de la acción de investigación.

2. Por establecer una presunción de paternidad no matrimonial, que puede ser aplicable a estas nuevas técnicas de procreación.

3. Tratándose de filiación no matrimonial existen dos preceptos cuya aplicación literal a la inseminación artificial resulta contradictoria. Son los artículos 4-1-a) y 5-2 de la Llei.

En el artículo 4-1-a) el consentimiento del varón conviviente dirigido a la fecundación artificial y formalizado en documento público se equipara al reconocimiento de la filiación.

En el artículo 5-1 la cohabitación sexual entre el hombre y la mujer durante el período de la concepción constituye una presunción legal de paternidad no matrimonial susceptible de ser destruida por las correspondientes pruebas biológicas.

Pues bien, en el artículo 5-2 el consentimiento del varón conviviente dirigida a la fecundación artificial y formalizada en documento público, se equipara a la cohabitación sexual base de la presunción de paternidad no matrimonial recogida en el art. 5-1.

Observamos, por tanto, que un mismo consentimiento se equipara en un lugar a un reconocimiento y en otro a una cohabitación sexual, base de una presunción de paternidad.

³⁹ Vid. CARCAVA FERNÁNDEZ, M., «Problemas jurídicos planteados por las técnicas de procreación humana». Bosch, Barcelona, 1995.

Dicha contradicción es salvada doctrinalmente evitando una interpretación literal y entendiendo que el consentimiento al que se refiere el artículo 5-2 de la Llei, no ha de ser un consentimiento en documento público, sino en documento privado o tácito ⁴¹.

Desde este punto de vista, el consentimiento del artículo 4-1-a) equivaldría a un reconocimiento, y el consentimiento del artículo 5-2, al equivaler a una cohabitación sexual, serviría de base a la presunción de paternidad no matrimonial.

4. Por ser una Ley de carácter exclusivamente civil, no incluyendo aspectos administrativos, como sucede en la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

5. Por contener una regulación clara y minuciosa de la fecundación post mortem la cuestión regulada en el artículo 9, se resuelve de forma satisfactoria considerando hijo del marido fallecido de la madre, o del hombre con quien convivía, al nacido, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa de ambos a la fecundación asistida post mortem con gametos propios de cada uno de ellos, siendo lo normal que primero de su consentimiento el varón y que una vez fallecido sea el momento en el que la mujer de su consentimiento. Dicho consentimiento no es necesario que conste en documento público, pero sí ha de ser expreso, pues la Ley exige que conste fehacientemente.

b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple ⁴².

c) Que la técnica de procreación asistida se ejecute en el plazo máximo de nueve meses a partir de la muerte del marido o conviviente, plazo que puede ser prorrogado con justa causa (subjetiva, como la no disposición emocional adecuada, u objetiva, por causas externas) hasta un plazo de tres meses, lo que da un total máximo de doce meses a contar desde la muerte del cónyuge o compañero.

6. Por no recoger la cuestión relativa al anonimato del donante, ni hacer referencia alguna a la maternidad de sustitución.»

⁴⁰ Interpretación defendida por GETE-ALONSO y CALERA, C., y BLASCO GASCO, F., «La nueva regulación de la filiación en el Derecho catalán», Tirant lo Blanch. Valencia. 1992, págs. 78 y 79.

⁴¹ Evidentemente, no se refiere a que la técnica de procreación asistida solo se pueda ejecutar una vez, sino que nacido un hijo de la misma ya no procede practicar nuevamente la técnica.

B. El Recurso de Inconstitucionalidad

La Ley de Filiación ha sido impugnada por el Abogado del Estado por inconstitucionalidad, distinguiendo dos grupos de preceptos ⁴²:

— Unos referentes a la filiación y sus efectos, impugnados, entre otros motivos, en base a una pretendida vulneración del principio de igualdad que impone normas únicas para todo el territorio nacional.

En contra de tal argumento se alega que el principio de igualdad de los artículos 14 y 39 de la Constitución Española no exigen una unidad de tratamiento legislativo, sino que únicamente imponen que las normas autonómicas sobre la materia garanticen un trato igualitario, y no que se vede al legislador autonómico dictar normas al respecto ⁴³.

— Otros de contenido procesal, basándose en el artículo 149-1-6 CE., conforme al cual en materia procesal la competencia del Estado es exclusiva.

Se alega que caben las especialidades necesarias que se deriven de la necesidad de defensa judicial, y se dice que la regulación que se contiene en la Llei de Filiacions está dentro de dicha órbita y se corresponde, además, con medidas que ya estaban, de alguna manera en la Compilación de Derecho catalán de 1984 ⁴⁴.

Únicamente se aprecia una clara inconstitucionalidad en cuanto al artículo 4-1-a) último inciso al establecer que determinado consentimiento es idóneo para inscribir la filiación en el Registro Civil, habida cuenta de que entre las materias que el artículo 149-1-8 CE reserva en exclusiva al Estado, se incluye la competencia sobre la ordenación de los registros ⁴⁵.

C. Vigencia de la Ley de Filiación

El Abogado del Estado solicitó, con la interposición del Recurso de Inconstitucionalidad, la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados: arts. 1; 2-1 inciso tercero; 2-2; 3-1; 4; 5; 6; 7; 8; 9; 15; 16; 17; 18; 19; 20 y 21. El Tribunal Constitucional, por Auto de 23 de enero de 1992 admitió la suspensión, sin embargo, por claros motivos políticos el Recurso Interpuesto fue retirado posteriormente ⁴⁶.

⁴² Cfr. GETE-ALONSO y CALERA, C., BLASCO GASCO, F., ob.cit. págs. 17 a 20.

⁴³ Ibidem, págs. 17 y 18.

⁴⁴ Ibidem, pág. 19.

⁴⁵ Ibidem págs. 17, 79 y 80.

⁴⁶ Vid. más ampliamente DURÁN RIVACOBA, R., «Hacia un nuevo sistema del Derecho Foral y su relación con el Ordenamiento Civil Común», Dykinson, Madrid, 1993, págs. 32 a 34.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS POR LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

IV.1. Planteamiento general

La aplicación de las técnicas de reproducción asistida humana es fuente inagotable de problemas, algunos de los cuales examinaremos a continuación.

Podemos comenzar señalando que pueden plantearse problemas relacionados con la interpretación de la normas fundamentales, y en especial con nuestro Texto Constitucional. Vamos, pues, a enumerar ahora algunos de los preceptos de la Norma Fundamental que, de algún modo entran en directa relación con el tema objeto de debate ⁴⁷:

— **Art. 10 C.E.:** La dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Lo que se traduce en el derecho de los hijos a obtener una relación paterno-materno filial en las mismas condiciones que los nacidos a través de métodos naturales y a que se les concedan los medios suficientes para conocer sus orígenes.

¿Entra dentro de estos principios el derecho a reproducirse si ello es, técnicamente posible?, ¿lesionaría el libre desarrollo de la personalidad la admisión de una acción de investigación de la paternidad-maternidad en la que se impusieran límites en orden al conocimiento de la persona donantes de células reproductoras? Las opiniones sobre este punto son muy variadas, algunos autores consideran que es perfectamente posible dicha limitación. Otros por el contrario lo niegan. Así la Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el progreso de las investigaciones biomédicas de la Iglesia Católica (marzo 1987), afirma que «la fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal».

— **Art. 14 C.E.:** El principio de igualdad, y la no discriminación por razón de nacimiento o de cualquier otra circunstancia personal o social. El derecho de todos los nacidos a través de esta técnica a recibir la misma protección jurídica que los nacidos a través de la vía natural.

— **Art. 15 C.E.:** El derecho a la vida. Que incide en la cuestión referente a la naturaleza jurídica y tratamiento de las células reproductoras y de los

⁴⁸ Tomo la línea argumental de GETE-ALONSO Y CALERA. Ob. cit. pags. 401 y ss.

embriones. Sobre todo en el punto relativo a la posibilidad o no de experimentación de los mismos, sus límites y alcances ⁴⁸.

— **Art. 18 C.E.:** El derecho a la intimidad personal y familiar lo que incide en:

– **Esfera personal:** El tema relativo al anonimato del donante y del receptor; en el que la ley ha optado por el anonimato ⁴⁹. Establecimiento de las garantías necesarias para evitar la publicidad de la esterilidad o de las anomalías que impiden la procreación natural, y de la realización de las técnicas.

– **Esfera familiar:** La no publicidad de la realización de las técnicas y el establecimiento de las garantías suficientes, a nivel de Registro Civil según cual sea el criterio adoptado para la determinación de la paternidad ⁵⁰.

— **Art. 20,1,d C.E.:** El secreto profesional. Exigencia de reserva respecto a las enfermedades, esterilidad; donantes con el límite de los historiales clínicos.

— **Art. 39,1 C.E.:** La protección social, económica y jurídica de la familia y **Art. 39,2 C.E.:** La protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil y la posibilidad de la investigación de la paternidad.

Problemas relativos a cómo se determina la paternidad y cómo debe entenderse el principio de igualdad ante la ley con independencia de la filiación. Cuestiones respecto a si es posible imponer límites a la investigación de la paternidad. ¿Debe reconocerse, junto a la pareja heterosexual, el derecho de la madre soltera a la utilización de estas técnicas? o ¿la protección constitucional sólo se refiere a los supuestos de maternidad natural? La línea seguida por la ley es la de admisión de la mujer sola, en el art. 6,1 se dice que «toda mujer podrá ser productora o usuaria de las técnicas reguladas por la presente ley ...», e incluso se admite el derecho para las parejas no casadas al referirse el art. 8,2 al consentimiento prestado por el varón no casado.

— **Art. 41 C.E.:** El régimen público de la Seguridad Social y la garantía de asistencia de prestaciones sociales suficientes. ¿Deberán o no integrarse estas técnicas entre las prestaciones que debe cubrir la Seguridad Social?

⁴⁸ Lo que se desarrolla en la ley 42/1988 de 28 diciembre sobre Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

⁴⁹ El art. 5,5 señala que «la donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto, y en clave, en los Bancos respectivos y el Registro nacional de donantes».

⁵⁰ En este sentido, el art. 7,2 de la ley señala que «en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará los datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación».

IV.2. Relaciones entre la Llei de Filiacions Catalana y la Ley Estatal sobre técnicas de reproducción asistida: posibles conflictos

La situación actual de la ciencia médica y las exigencias sociales aconsejan regular la filiación derivada de las técnicas de procreación asistida, máxime en un momento en el que la ciencia jurídico-civil ha profundizado en esta materia ⁵¹. Por ello, el legislador catalán, en uso de su competencia exclusiva en materia de derecho civil (arts. 149.1.8 C.E y 9.2 E.A.C.), ha regulado la filiación en las técnicas de reproducción asistida en su nueva ley de filiación de 27 de abril de 1991.

«El contenido de la citada norma llena de incertidumbre desde la perspectiva constitucional, no tanto por razón de la materia, que pertenece al ámbito del Derecho catalán ⁵², sino en virtud de la inconveniencia de una ley que puede complicar extraordinariamente las relaciones jurídicas entre los nacionales, máxime cuando además trae consigo una reiteración de normas idénticas a las del Código Civil que pueden hacer superfluo el esfuerzo.

En todo caso, cuando tal identificación no sucede, la diferencia se puede transformar en un instrumento de dudosa oportunidad. Veamos el siguiente ejemplo: La ley catalana eleva el plazo de posible inseminación post mortem de la esposa con espermatozoides del marido a nueve meses desde la muerte de aquél, además de tres meses de prórroga concedida por el juez, para que pueda el hijo reputarse matrimonial, cumpliendo con los demás requisitos exigidos en la ley ⁵³».

Pues bien, el término legal en las mismas condiciones dentro del ámbito de la paralela disposición estatal es de seis meses (art. 9.2 de la ley de 22 de noviembre de 1988 sobre reproducción asistida humana), por tanto, cualquier mujer que desee tener un hijo matrimonial y haya transcurrido el plazo de seis meses podrá intentarlo dirigiéndose a Cataluña para dar a luz allí.

⁵¹ Así, MONTES PENADES, «La genética actual y el Derecho de Familia». ponencia en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Cáceres, 1987; Como tema monográfico con ponencia de varios y distinguidos autores (E. ROCA, SANCHO REBULLIDA, BERCOVITZ, RIVERO, DELGADO, CLAVERÍA, PANTALEÓN, LLEDO, SERRANO) y diversas comunicaciones, II Congreso Mundial Vasco, la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (Vitoria, septiembre-octubre 1987), Madrid, 1988.

⁵² Hasta el punto de haber mantenido en la tradición jurídica española un principio tan auténtico desde las leyes de Toro como es la libre investigación de la paternidad, no recogido en el Código Civil por haber seguido éste el Código de Napoleón.

⁵³ En concreto, consentimiento fehaciente de ambos esposos, según el art. 9 de la ley catalana, pese a que la ley del estado requiere voluntad del fallecido pero en testamento u otro documento útil. DURÁN RIVACOBRA, R., «Hacia un nuevo sistema del derecho foral y su relación con el ordenamiento civil común», Dykinson, Madrid, 1993, págs. 32 a 34.

Ante esta situación se plantea el problema de determinar **cuándo es aplicable la Ley catalana sobre la general del Estado, y viceversa**. La solución no es fácil, la Llei de Filiacions no contiene ninguna disposición al respecto por lo que deberemos acudir al artículo 9.4 del Código Civil ⁵⁴. Luego el carácter y contenido de la filiación incluida la adoptiva y las relaciones paterno filiales, se regirán por la ley personal del hijo.

Y como la ley personal, para los conflictos interregionales está definida, por la vecindad de los ciudadanos, podemos distinguir dos hipótesis:

1. Que los padres tengan idéntica vecindad civil (ya sea en territorio de derecho común, especial o foral), en cuyo caso el hijo tendrá la misma vecindad civil que sus padres.

2. Que los padres tuvieran distinta vecindad civil, en cuyo caso el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento. (Art. 14.2.3 C.c.).

Pues bien, si el art. 9.4 del C.c. extiende a las adopciones el tratamiento dispensado a la filiación biológica, igualmente deberá entenderse para las técnicas de reproducción asistida.

Por tanto, siguiendo con esta línea argumental, considero que en la primera hipótesis si los padres tienen vecindad civil en territorio de derecho común, al hijo aunque haya nacido en Cataluña como consecuencia de fecundación post mortem se le aplicará la ley general del estado (LTRA).

Por otro lado, en la segunda hipótesis, existe una laguna sobre cuál de los progenitores ha sido determinado antes, pues en principio el padre ha muerto, pero con antelación mínima a los dos años dejó previsto en escritura pública o en testamento que tuviera carácter matrimonial el fruto de la fecundación con su espermatozoide. En consecuencia, el hijo es matrimonial por imperio de la ley. Por tanto no podemos decir respecto de cuál de los cónyuges (el superviviente o el fallecido) está determinada la filiación legalmente con anterioridad. Entonces, por defecto, la *lex loci* del nacimiento determina las normas aplicables a la filiación del así concebido, siendo de aplicación la ley autonómica por el solo hecho de que la madre alumbró dentro del territorio de Cataluña.

Por este hecho el nacido pasa de no tener padre desde un punto de vista jurídico (si resultó engendrado después de concluir el término legal previsto en

⁵⁴ Art. 9.4 C.C.: «El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno filiales se regirán por la ley personal del hijo».

la legislación común, pero dentro de los más amplios límites establecidos en las normas catalanas) a integrarse de pleno derecho a una familia.

Con lo cual considero queda abierta una puerta para el fraude de la ley estatal, pues bastaría acudir a Cataluña (siempre que los padres tengan distinta vecindad civil como antes hemos visto) para que el hijo pase a integrarse de pleno derecho en una familia, con todas las consecuencias, fundamentalmente a efectos sucesorios, que ello conlleva.

Baste aquí con señalar que la regulación de la filiación post mortem implica necesariamente una modificación del sistema sucesorio, toda vez que el sucesor debe estar al menos concebido en el momento de la muerte del causante. ¿Cabe o no reconocer derechos sucesorios a los hijos concebidos y nacidos con posterioridad a dicho fallecimiento? El legislador estatal no abordó la cuestión en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, ni tampoco lo hace en el C.c. Sin embargo, si lo hace el legislador catalán, pues el art. 9 del Codi de Successions per causa de mort del Dret Civil de Catalunya⁵⁵ expresamente señala que «tienen capacidad para suceder todas las personas nacidas o concebidas en el momento de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante. Salvo prueba en contrario, se presume concebido en el momento de la apertura de la sucesión, al nacido antes de los trescientos días siguientes a la muerte del causante. **Si el causante ha expresado de forma fehaciente su voluntad de fecundación asistida post mortem, el hijo que nazca dentro del periodo legal también se le considerará concebido al tiempo de la apertura de la sucesión**». Y el art. 46,4 prevé que la partición de la herencia se suspenda cuando el causante haya expresado de manera fehaciente su consentimiento a la fecundación asistida post mortem, hasta que se produzca el parto o transcurra el plazo correspondiente según la ley, que será el marcado en el art. 9 de la Llei de filiacions.

Si realizamos un paralelismo entre el art. 9 de la ley estatal y el art. 9 de la Llei, podemos concluir afirmando que esta última mantiene un defecto (el mismo que la ley estatal) y una virtud (no predicable de la ley estatal). De un lado, se contiene una regulación parcial, pues como acabamos de señalar no contempla los aspectos sucesorios, pero por otro presenta una regulación clara, concisa y técnicamente correcta de la fecundación post mortem.

Por último, y con ello concluyo, si bien es cierto que no hay inconvenientes insalvables para que las cuestiones derivadas de las técnicas de procreación humana que tengan carácter privado sean incluidas y desarrolladas en los derechos

⁵⁵ Ley 40/1991, de 30 de diciembre DOG. 21-1-1992)

⁵⁶ Si bien tal laguna queda colmada por lo dispuesto en los arts. 9 y 46 del Codi de Successions per causa de mort del Dret Civil de Catalunya.

forales, y que jurídicamente es posible bajo el amparo de la interpretación que generalmente se acepta del art. 2149-1-8 C.E., lo cierto es que en un tema tan delicado como este, en el que se elaboraron recomendaciones para que los estados miembros del Consejo de Europa adoptasen una regulación uniforme, parece poco oportuno introducir especialidades en cada una de las legislaciones forales, y ello sin contar con los posibles conflictos interregionales de leyes civiles que podrían plantearse.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., «Aspectos jurídicos de la manipulación genética: La inseminación artificial». La Ley, 4, 1985.
- ARGULLOL MURGADAS, E., «Los límites de la potestad legislativa de las comunidades autónomas» en la Constitución española y las fuentes del derecho, vol. I, Madrid 1979.
- CÁRCAVA FERNÁNDEZ, C., «Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana». Bosch, Barcelona, 1995.
- CORRAL TALCIANI, H., «La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines», en Revista de Derecho Privado, Marzo, 1992.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D.: «Las técnicas de reproducción asistida. Determinación de la paternidad y de la maternidad». Guión radiofónico de 26 de Noviembre de 1993
- DÍEZ PICAZO, L.: «Fundamentos de Derecho civil patrimonial». I. Introducción. Teoría del contrato. Madrid, 1993.
- DURÁN RIVACOBA, R., «Hacia un nuevo sistema del Derecho Foral y su relación con el Ordenamiento civil común», Dykinson, Madrid, 1993.
- FONT I LLOVET, T., «Sobre el ejercicio de la potestad legislativa compartida», en revisgta Española de Derecho Administrativo, 1983, núm. 37.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Notas sobre la incidencia de las nuevas técnicas de procreación humana en el Derecho de familia». En Congreso Hispanoamericano de D. de Familia. Tapia, nº 36. Año VII.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Estudios sobre autonomías territoriales», Madrid, 1985.
- GETE ALONSO Y CALERA, C., «La competencia legislativa de Cataluña en materia de técnicas de reproducción asistida», en Estudio de Derecho Civil en Homenaje al Prof. Dr. Lacruz Berdejo. Bosch, Barcelona, 1992. Del mismo autor: «Apuntes sobre los problemas jurídicos que plantean las mnuevas técnicas de reproducción humana», en Cuadernos de la Facultad de Derecho Universitat de les Illes Balears, 14, 1986.
- GETE ALONSO Y CALERA, y BLANCO GASCÓ, F., «La nueva regulación de la filiación en el Derecho catalán», Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «La ley sobre técnicas de reproducción asistida de 22 de Noviembre de 1988», Rev. Fac. de Derecho. Universidad Complutense, núm. 75 (1989-90).
- HIGUERRA, G.: «Biogenética y Derecho». En Revista Española de D. Canónico, 44 (1987). «Maternidad subrogada en la obra de J. Gafo, nuevas técnicas de reproducción humana». Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 1986.
- LACRUZ BERDEJO: «Informe sobre la fecundación artificial y otros extremos semejantes». Texto mecanografiado, 1985.
- LLEDÓ YAGÜE, F.: «El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo». En la Filiación a finales del S. XX. Ponencias y comunicaciones. Trivium, Madrid 1988. «Reflexión j. sobre las nuevas normas de concepción humana», en la Ley de 18 de Abril de 1985. «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida» en Anuario de D. civil. Del mismo autor «La ley sobre técnicas de reproducción asisitida», ADC, 1988.

- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: «Derecho tecnológico, la nueva inseminación artificial. Estudio de la Ley de 22 de Noviembre de 1988», Central Artes Gráficas, Madrid, 1989.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. MASSIGOGUE BENEJUI, J.M.: «La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español». DYKINSON, 1994.
- MONTES PENADÉS, V.L.: «La genética actual y el Derecho de Familia», en Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. Cáceres, Octubre 1987. Tapia, Octubre 1987.
- MORO ALMARÁZ, M.J.: «Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro». Bosch, Barcelona 1988.
- RAMÍREZ NAVALÓN, R.M.: «Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana». En Revista General de Derecho, 1987. N^o 519.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.,»Aspectos jurídico-privados más relevantes de la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre técnicas de reproducción asistida», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Num 1517. de 5.2.1989.
- SERRANO ALONSO, E., «Aspectos de la fecundación artificial» en Actualidad Civil, 1989, Febrero.
- SILVA RUIZ, P.F.: «El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler», en Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. Cáceres, Octubre 1987. Tapia, Octubre 1987. Año VII, n^o 36.
- TORNOS MAS, J., «Les competencies de la Generalitat a l'Estatut de Catalunya», en comentarios jurídicos al Estatuto de Autonomía de Cataluña (edición de Isidro Molas), Barcelona, 1982.
- ZARRALUQUI: «Procreación Asistida y Derechos Fundamentales». Tecnos. Madrid, 1988

Véase también:

- GARRIDO MELERO, M., «Reflexiones sobre el Derecho de filiación en Cataluña y sus relaciones con el Código Civil», separata de la Revista Jurídica del Notariado Num 7, Julio-Septiembre 1993.
- INFORME COMISIONESPECIAL DE ESTUDIO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO Y DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANAS: Congreso de los Diputados, 1986.
- RESUMEN DE LAS SESIONES CELEBRADAS OR EL GRUPO DE TRABAJO DE LA DGRN, Boletín de información del M^o. de Justicia, 15 de enero de 1986.
- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL IN VIVO E IN VITRO. 16 de Marzo de 1989.
- CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE: «Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y sobre la dignidad de la procreación».
- SERRANO ALONSO, E. «Aspectos de la fecundación artificial», Actualidad Civil Num. 6, 12 de Febrero de 1989.