

Marina Pérez Monge

MONOGRAFÍAS

LA FILIACIÓN DERIVADA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA



CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

LA FILIACIÓN
DERIVADA
DE TÉCNICAS
DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA

MARINA PÉREZ MONGE

Universidad de Zaragoza

Facultad de Derecho

LA FILIACIÓN DERIVADA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA



CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

© 2002 FUNDACION BENEFICENTIA ET PERITIA IURIS
Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

ISBN: 84-95240-56-4
Depósito Legal: M-5.421-2002

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.
Leganitos, 24
28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

A María

Abreviaturas	17
Prólogo	19
Introducción	25
Capítulo I: Determinación de la paternidad	29
I. Cuestiones previas	29
1. Evolución de la filiación en nuestro ordenamiento jurídico	29
1.1. Introducción	29
1.2. Versión originaria del Código Civil español de 1889	30
1.2.1. Principios	30
1.2.2. Estructura	31
1.2.3. Clases. Concepto	31
A) Hijos legítimos	31
B) Hijos ilegítimos	32
1.2.4. Efectos	32
1.3. Reforma de la filiación, de 1981, con referencia a la Cons- titución de 1978	35
1.3.1. Constitución Española de 1978	35
1.3.2. Período transitorio	37
1.3.3. Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potes- tad y régimen económico del matrimonio	39
A) Principios	39
a) Igualdad de filiaciones	39
b) Protección del hijo	42
c) Veracidad biológica	43
B) Estructura	45
C) Clases	45
D) Efectos	46
1.4. Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988	47
1.4.1. Principios	48
1.4.2. Estructura	50

1.4.3. Clases	51
1.4.4. Efectos	52
2. Breve apunte sobre la reciente evolución de la investigación de la paternidad	52
2.1. Antes de 1978	52
2.1.1. Redacción originaria del Código Civil	52
2.1.2. Artículo 43 de la Constitución Española de 1931 ...	55
2.1.3. Artículo 52 de la Ley de Registro Civil de 1957	56
2.2. Artículo 39.2 de la Constitución Española de 1978	57
2.3. Artículo 127 del Código Civil (redacción dada en 1981) ...	58
2.4. Artículo 5.5 de la LTRA de 22 de noviembre de 1988	58
3. Concepto de paternidad	59
3.1. Regulación del Código civil	59
3.2. La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988 y el concepto de paternidad	60
3.3. Posiciones doctrinales	61
3.3.1. Autores que no aceptan de buen grado la distinción entre padre y progenitor	61
3.3.2. Autores que reconocen la distinción entre padre y progenitor	62
3.3.3. ¿Existe un concepto o varios de paternidad?	64
3.4. Recapitulaciones	65
4. Algunas cuestiones particulares relativas a la filiación no matrimonial	66
5. Nociones relativas a la determinación de la paternidad	69
5.1. Introducción	69
5.2. Concepto	70
5.3. Clases	70
5.4. Título	71
5.5. Prueba	72
II. Determinación de la paternidad en caso de matrimonio	73
1. Procreación asistida homóloga con consentimiento del marido ..	73
1.1. Planteamiento	73
1.2. Durante el matrimonio o nacimiento constante matrimonio	77
1.2.1. Matrimonialidad en sentido estricto	78
A) Vigente la presunción de paternidad	80
a) Supuestos	80
b) Inscripción en el Registro Civil	84
B) No vigente la presunción de paternidad	86
a) Supuesto	86
b) Crítica al artículo 118 del Código Civil	87
c) En torno a la inscripción en el Registro Civil	87
d) Conclusiones provisionales	91

1.2.2.	Régimen de matrimonialidad debilitada	93
A)	Con carácter general	93
B)	En caso de utilización de técnicas de reproducción asistida	95
1.2.3.	Supuesto de matrimonialidad sobrevenida	97
1.3.	Después del matrimonio	97
1.3.1.	Vigente la presunción de paternidad	97
1.3.2.	No vigente la presunción de paternidad	100
1.4.	Propuesta	107
1.5.	Recapitulaciones	107
2.	Determinación de la paternidad en el supuesto de procreación asistida homóloga sin consentimiento del marido	107
2.1.	Planteamiento	107
2.2.	Durante el matrimonio	108
2.2.1.	Regulación	108
2.2.2.	La doctrina	109
A)	Atribución de la paternidad	109
a)	Relevancia del consentimiento	109
b)	Carácter de la filiación	110
B)	Posibilidad de impugnación del marido	111
2.3.	Después del matrimonio	114
2.4.	Propuesta	114
2.5.	Recapitulaciones	115
3.	Determinación de la paternidad en el supuesto de procreación asistida heteróloga con consentimiento del marido	116
3.1.	Aspectos médicos	116
3.2.	Desde una perspectiva jurídica, ¿qué supuestos se incluyen?	124
3.3.	Aspectos prácticos	124
3.4.	Planteamientos doctrinales	125
3.4.1.	Antes de la LTRA	125
3.4.2.	Después de la LTRA	131
3.5.	Propuestas <i>de lege ferenda</i>	149
3.6.	Recapitulaciones	150
4.	Procreación asistida heteróloga sin consentimiento del marido ...	150
4.1.	Planteamiento	150
4.2.	Durante el matrimonio	153
4.3.	Después del matrimonio	160
4.4.	Propuestas <i>de lege ferenda</i>	160
4.5.	Recapitulaciones	161
III.	Determinación de la paternidad en pareja no casada	161
1.	Determinación de la paternidad en pareja no casada en procreación asistida homóloga con consentimiento del varón	166
1.1.	Planteamiento	166

1.2. Aspectos discutidos	167
1.2.1. ¿Qué mujeres se incluirán en este supuesto?	167
1.2.2. ¿Qué regulación se aplica?	169
A) Antes de la LTRA	169
B) Después de la LTRA	170
1.3. Propuestas <i>de lege ferenda</i>	173
1.4. Recapitulaciones	173
2. Determinación de la paternidad en pareja no casada en procreación asistida homóloga sin consentimiento del varón	173
2.1. Planteamiento	173
2.2. Aspectos discutidos	174
2.3. Propuestas <i>de lege ferenda</i>	177
2.4. Recapitulaciones	178
3. Determinación de la paternidad en pareja no casada en procreación asistida heteróloga con consentimiento del varón	179
3.1. Planteamiento	179
3.2. Aspectos discutidos	182
3.2.1. Interpretación del artículo 8.2, proposición 1. ^a	182
3.2.2. Interpretación del artículo 8.2, <i>in fine</i>	184
A) Legitimación	184
B) Supuestos en que se plantea	186
3.3. Propuestas <i>de lege ferenda</i>	190
3.4. Recapitulaciones	190
4. Determinación de la paternidad en pareja no casada en procreación heteróloga sin consentimiento	191
4.1. Planteamiento	191
4.2. Punto de vista jurídico	191
4.3. Propuestas <i>de lege ferenda</i>	192
4.4. Recapitulaciones	192
IV. Determinación de la paternidad en procreación asistida en mujer sola	192
1. Planteamiento	192
2. Posturas doctrinales	194
3. Propuestas <i>de lege ferenda</i>	195
4. Recapitulaciones	195
Capítulo II: El anonimato del donante	197
I. Regulación	197
1. Datos normativos españoles	197
1.1. LTRA	197
1.2. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en vigor en España desde el 5 de enero de 1991	199

1.3. 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	199
2. Breve apunte de Derecho Comparado	200
II. Tratamiento doctrinal	204
1. Planteamiento	204
2. Los argumentos para defender el anonimato	209
2.1. Desde un punto de vista psicológico	209
2.2. Desde un punto de vista médico	210
2.3. Desde un punto de vista práctico	210
2.4. Desde un punto de vista jurídico	210
3. Argumentos en contra del anonimato del donante	212
3.1. Desde un punto de vista psicológico	213
3.2. Desde un punto de vista médico	214
3.3. Desde un punto de vista práctico	215
3.4. Desde un punto de vista jurídico	215
4. Problemas de constitucionalidad	220
5. En torno a una posible y propia acción de investigación de la progenitura	223
6. Aproximación al anonimato en Derecho catalán	225
7. Doctrina extranjera	227
III. Doctrina del Tribunal Constitucional	230
1. Recurso	230
2. Sentencia	232
IV. Funcionamiento práctico	235
V. Discusión	237
1. En torno al artículo 39 de la Constitución	237
2. Discusión de la Sentencia	239
3. Problemas de constitucionalidad	243
VI. Propuestas de <i>lege ferenda</i>	246
VII. Recapitulaciones	247

Capítulo III: La filiación derivada de procreación *post mortem* 249

I. Planteamiento	249
1. Concepto	249
2. Terminología	250
3. Delimitación	251
4. Admisibilidad	255
4.1. Argumentos para defender la fecundación <i>post mortem</i> ...	256
4.2. Argumentos en contra de la fecundación <i>post mortem</i>	258
5. Situación fáctica	263
6. Resoluciones judiciales	264
II. Regulación jurídica	271
1. Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988	272

1.1. Artículo 9	272
1.1.1. Apartado 1.º	272
1.1.2. Artículo 9.2.º, 3.º y 4.º	274
A) Requisitos	275
a) Previo consentimiento	275
b) Material genético del marido	281
c) Plazo de realización de la procreación <i>post mortem</i>	286
B) Efectos de la fecundación <i>post mortem</i> realizada si concurren los requisitos legales	290
a) de carácter familiar	290
b) de carácter sucesorio	302
C) Efectos de la fecundación <i>post mortem</i> realizada sin que concurren los requisitos legales	310
1.2. Artículo 7 LTRA	312
1.3. Sentencia del Tribunal Constitucional de 17-6-1999	313
2. Ley de Sucesiones por causa de muerte, de Aragón de 24 de febrero de 1999	315
3. Código de Familia de Cataluña	316
III. Recapitulaciones	317

Capítulo IV: Determinación de la maternidad 319

I. Planteamiento	319
II. Aspectos generales de la gestación para otro	328
1. Concepto	328
2. Terminología	330
3. Caracterización general	331
4. Admisibilidad	334
4.1. Argumentos contra la maternidad subrogada	334
4.2. Argumentos a favor de la maternidad subrogada	336
5. Derecho Comparado	337
III. Regulación jurídica en España	345
1. Artículo 10 de la LTRA	346
1.1. Nulidad del contrato de maternidad de sustitución	346
1.2. Sanción a quienes realicen esta conducta	350
1.2.1. Ausencia en la LTRA	350
1.2.2. Incorporación al Código Penal de 1995	351
1.3. Determinación de la maternidad del hijo ya nacido	353
1.4. Problemas de determinación de la paternidad	354
2. Artículo 8 de la LTRA	356
3. Artículo 7 de la LTRA	357
IV. Jurisprudencia en España	362
V. Situación real en la práctica	363
VI. Supuestos posibles	365
VII. Recapitulaciones	368

Conclusiones	371
Bibliografía consultada	377
Documentación utilizada	407
Glosario	413

Abreviaturas *

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
DJ	Documentación Jurídica
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
RDCA	Revista de Derecho Civil Aragonés
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
t.	Tomo
vol.	Volumen
VVAA	Varios autores

* Respecto de las revistas, se incluyen, únicamente, las citadas mediante siglas o abreviaturas, y no las que lo son empleando su denominación completa.

1. ¿Un nuevo libro, a estas alturas, sobre las técnicas de reproducción asistida? Lo cierto es que, tras la explosión doctrinal debida a la aparición y extensión de estas técnicas, y, entre nosotros, a la promulgación de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA), se hizo un notable silencio, como si todo estuviera ya dicho, o como si un cierto cansancio hubiera afectado a un tema ya pasado de moda. Silencio cortado únicamente, en fechas ya muy recientes, tanto por avances científicos (básicamente, lo relacionado con la clonación humana), como por problemas derivados de las propias técnicas y de su regulación positiva (iesos miles de embriones congelados, cuyo destino final no es nada claro!). Creo, sinceramente, que el libro que ahora tan gustosamente presento, demuestra que no estaba todo dicho, y que quedaban muchas cosas por decir: parte de ellas, al menos, son dichas en este trabajo.

Una advertencia inicial: no es un trabajo dedicado a las técnicas de reproducción asistida, *in genere*. El enfoque, desde el primer momento, fue muy distinto: no se trataba tanto de abordar las técnicas en sí, con los numerosísimos problemas que siguen planteando, sino de centrarse en el estudio estricto de los problemas de filiación. La dra. PÉREZ MONGE, ha conseguido mantener con buen pulso el centro de gravedad de su investigación en ese punto, que es Derecho civil (si se me permite la expresión), «puro y duro». Y ha demostrado, aunque no fuera ese su propósito, que, en efecto, la LTRA crea más problemas de los que viene a solucionar. Ese era el fruto esperable de una regulación más que apresurada, atolondradamente perpetrada, cuyo nivel técnico amablemente se puede calificar como deplorable. Una legislación, por otro lado, en cierta manera «autista», encerrada en sí y en lo que la misma ley quiere decir, despreocupada e indiferente por el contexto normativo y social en el que irrumpe (¿deberé decir, porque es así, como un elefante en una cacharrería?). La coherencia interna del Derecho de filiación ha quedado profundamente afectada, sin que tal cosa haya parecido preocupar a

nuestro legislador. Quizá convenga hilvanar algunas reflexiones sobre este último extremo, remontándonos, como punto de partida, a la situación previa a la Constitución de 1978.

2. La regulación de la filiación anterior a la Constitución de 1978 se caracterizaba, como es sabido, por consagrar un sistema excesivamente rígido de determinación de la paternidad, que primaba en muchas ocasiones la paternidad atribuida legalmente al marido, frente a la filiación biológica real; del mismo modo, el régimen preconstitucional discriminaba entre hijos legítimos e ilegítimos, concediendo únicamente a aquéllos la plenitud de derechos. La Constitución reaccionó frente a esta situación, en muchas ocasiones injusta, e introdujo en su art. 39, a los efectos que ahora nos interesan, las siguientes reglas: i) el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio; ii) la libre investigación de la paternidad; iii) la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación: es decir, la igualdad entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales. Estas tres reglas están relacionadas entre sí de diversos modos, de entre los que ahora me interesa destacar uno: la libre investigación de la paternidad está dirigida a determinar quién es el padre (o la madre) biológico, que es quien está obligado a prestar a su hijo esa asistencia de todo orden de que habla la Constitución: dicho con otras palabras, en principio, son padres jurídicos los biológicos, y sobre ellos pesa esa obligación de prestar asistencia a sus hijos.

Los principios constitucionales en materia de filiación fueron desarrollados a través de la reforma operada en el Cc por la ley de 13 de mayo de 1981. Dicha reforma consagró tanto la igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales (art. 108 Cc), como la libre investigación de la paternidad empleando para ello todo tipo de pruebas, incluidas las biológicas (art. 127, actualmente art. 767.2 LEC): era la consagración definitiva del principio de veracidad biológica, por el que había clamado la doctrina durante años. Conforme a tal principio, debe ser considerado legalmente padre, con las funciones y obligaciones propias de la paternidad, quien resulta serlo biológicamente; y para establecer quién lo es biológicamente, es para lo que se admite la utilización de todo tipo de pruebas, incluidas significativamente las biológicas.

Casi simultáneamente, estas reglas tan trabajosamente conseguidas se vieron afectadas por los nuevos avances médicos y biológicos, que plantearon problemas implanteables (por imposibles) hasta entonces. Así, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de que un varón tuviera hijos biológicos suyos concebidos meses, o incluso años después de haber fallecido, mediante la congelación de sus gametos y el posterior empleo

de técnicas de reproducción asistida; o la posibilidad de disociar la madre aportante del óvulo de la madre gestante (en los casos de gestación por sustitución). España, como ya ha quedado dicho, se apresuró a legislar estas nuevas realidades, admitiendo con gran amplitud (y algunas limitaciones) la realización de estas técnicas, en la ya citada LTRA. Lo llamativo es que, con tal ocasión, se produjo una vuelta atrás, y se prescindió del principio de veracidad biológica, considerado hasta entonces como una conquista irrenunciable del progreso jurídico. Así ocurre, destacadamente, al consagrarse legalmente el anonimato del donante de semen, y la inatacable paternidad del marido que consintió la fecundación de su esposa con semen de donante (arts. 5 y 8 LTRA). Eso quiere decir que el padre biológico no será considerado legalmente padre, ni pesarán sobre él las obligaciones a que se refiere la Constitución. También que se limita fortísimamente la investigación de la paternidad en este supuesto. En este caso el Derecho ha decidido que, legalmente, padre no es el progenitor biológico, sino el varón que consintió en la realización de estas técnicas: hemos ido del *padre legal* (antes de la Constitución) al *padre legal* (de la LTRA), pasando, brevemente, por el *padre real*. Lo que hasta apenas cinco años antes era considerado como el criterio fundamental, derivado de principios elementales de justicia, desaparecía de pronto ante el ímpetu de las nuevas técnicas (que, de suyo, no exigen el anonimato del donante: son, en realidad, razones de conveniencia —¿económica?—).

Pero no acaba aquí lo llamativo. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 116/1999, de 17 de junio, consideró constitucionales tales reglas, y destacadamente el anonimato del donante de gametos establecido en el art. 5 LTRA. En mi opinión, el TC prescinde aquí con excesiva alegría, y sin demasiados argumentos, de la clara dicción del art. 39.2 CE, conforme al cual la ley posibilitará la investigación de la paternidad. Pero quería detenerme ahora en otro aspecto: en este caso, de acuerdo con el TC, no parece que haya problemas en que uno de los progenitores (fundamentalmente el varón) sea anónimo, y por tanto no cumpla con sus deberes (constitucionales) como padre. Nótese, además: i) por un lado, que cabe la inseminación de mujer sola con semen de donante (anónimo): es decir casos en los que el nacido, por hipótesis, carecerá legalmente de padre; ii) por otro, que el TC fundamenta su decisión, entre otras razones, en que la no existencia del anonimato impediría realizar estas técnicas por falta de donantes: es decir, se hace pasar lo que es mera razón de conveniencia para la realización de estas técnicas (insisto: ciertamente lucrativas para quienes profesionalmente las ejecutan) por delante del claro precepto constitucional.

El problema se agrava cuando se compara esta Sentencia del TC con otra sentencia también reciente, esta vez del Tribunal Supremo. Se trata de la STS 776/1999, de 21 de septiembre, que declara la inconstitucionalidad de las reglas que permitían el llamado «parto anónimo» (arts. 47.1 de la Ley del Registro Civil, y 167 y 182 del Reglamento del Registro Civil —RRC—): es decir, de la regulación en cuya virtud la madre podía desconocer a su hijo, que figuraría en el Registro Civil como de madre desconocida. El fundamento de esta decisión, que choca frontalmente con la argumentación desarrollada por el TC en relación con la LTRA, es el siguiente: «el sistema diseñado en los arts. 167, 182 y concordantes RRC, y sus disposiciones de desarrollo pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (art. 39.2 CE.), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el art. 10 CE, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo art. 24.1, en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Ésta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal regulación. [...] En líneas generales, la regulación reglamentaria del RC supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones».

La contradicción entre estas dos sentencias es palmaria, y las preguntas surgen solas: ¿se admite el anonimato del progenitor, o no? ¿o sí el del padre, pero no el de la madre? ¿o sólo en algunos casos, y entonces por qué? Y, al final, ¿tiene nuestro Derecho una idea clara y coherente acerca de estas cuestiones, o estamos nuevamente, como tantas otras veces en el cada vez más sufrido campo del Derecho de Familia, ante desarrollos legales casuales, casi fortuitos (profesora GLENDON *dixit*)? La desaparición del ideal codificador encuentra aquí una nueva y preocupante muestra.

3. Pero me he extendido demasiado, quizá, con estas reflexiones previas. Me gustaría hablar ahora de la autora, y su obra. Marina PÉREZ MONGE fue alumna, y buena alumna, durante la licenciatura. Tras mi retorno a la Universidad de Zaragoza, me pidió, de común acuerdo con el prof. MARTÍN-BALLESTERO, que la había orientado en los primeros

pasos de su nueva andadura, que le dirigiera la tesis doctoral. Accedí con gusto y, a lo largo de estos años, he podido apreciar en la Dra. PÉREZ MONGE un conjunto de cualidades (entrega, tenacidad, laboriosidad), con plasmaciones, algunas de ellas, ciertamente llamativas. Por ejemplo: a fin de no dejar ningún cabo suelto, y para imponerse a los aspectos médicos (fundamentales en esta materia), no sólo acudió a la bibliografía especializada, o a consultas con nuestros colegas de Medicina (cosas ambas que, desde luego, hizo), sino que se dirigió a los centros en los que se llevan a cabo estas técnicas, participó, con el consentimiento de todos los implicados, en las consultas previas, y llegó a entrar en quirófano para presenciar la realización material de estas técnicas... Este planteamiento y esta actitud, han enriquecido considerablemente este trabajo: por ejemplo, con los formularios de «contrato» empleados por diversos centros (no sólo españoles) en los que se realizan fecundaciones médicamente asistidas.

El resultado en un estudio exhaustivo de los problemas de filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida. Problemas que lo son, principalmente, de paternidad (y aquí topamos nuevamente con el anonimato del donante). Problemas, además, que no sólo la LTRA no soluciona por completo, sino que derivan, algunos de ellos, de la propia técnica (¿?) legal. MARINA PÉREZ MONGE los identifica, los aborda, y les da solución, no siempre compartida por mí (que, al fin y al cabo, he estudiado menos el tema), pero en todo caso razonada y razonable: determinación de la paternidad, tanto en pareja casada como en pareja no casada o en mujer sola, anonimato del donante, procreación *post mortem*, determinación de la maternidad, van pasando así ante los ojos del lector, que descubrirá probablemente problemas y perspectivas distintos de los habituales.

Pero es hora ya de dejar paso a la Dra. PÉREZ MONGE. Suyo es el mérito, y del lector la ocasión de comprobar cuanto he dicho, y aún otras cosas. Si lo hace, a lo que desde ahora le invito, saldrá ganando.

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE
Catedrático de Derecho civil

La investigación científica ha desarrollado técnicas que permiten tener hijos a parejas infértiles, e incluso a mujeres solas.

En España, estas técnicas se conocen genéricamente como técnicas de reproducción asistida, que comprenden, fundamentalmente, la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*.

Numerosos países han aprobado una normativa relativa a los supuestos en que se permite el acceso a estas técnicas, así como a las consecuencias jurídicas que de ellas se derivan. España fue pionera en ofrecer una regulación completa, mediante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988.

El objeto de este trabajo no es la Ley en su conjunto, sino únicamente su regulación en la medida en que afecta a la determinación de la filiación. El resto de la Ley, que contiene aspectos administrativos y penales, sólo será considerado en la medida necesaria a tal fin.

Inicialmente, se trata de una materia necesitada de una aproximación interdisciplinar. Ello ha supuesto, por una parte, una dificultad, pero, por otra parte, un enriquecimiento en el análisis de la materia objeto de estudio. Posteriormente me he centrado en el objeto del trabajo: «La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida». En ella me refiero, básicamente, al Derecho común (Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988, en adelante LTRA). Habrá también referencias al Derecho autonómico (Código de Familia de Cataluña de 15 de julio de 1998, y Ley de Sucesiones por causa de muerte, de Aragón, de 24 de febrero de 1999); cuando lo haga, lo señalaré expresamente.

Antes de referirme a los aspectos concretos, quiero resaltar, desde ahora, un principio al que he recurrido reiteradamente a lo largo de la Memoria: se trata de la protección del nacido por estas técnicas, y en

todo caso, que en la medida de lo posible, no se vea perjudicado por haber nacido como consecuencia de las mismas.

Con esta investigación, pretendo dar respuesta a una serie de interrogantes, entre los cuales me parece interesante enunciar algunos a continuación.

Durante años la doctrina ha luchado por la aproximación de la verdad biológica y la jurídica. Cabe, pues, preguntarse en qué medida se ha sustituido —mediante la LTRA— la biología por el consentimiento como criterio de determinación de la filiación. El problema se plantea ahora nuevamente, pero desde perspectivas y con valoraciones muy distintas.

El mayor número de cuestiones se suscita en relación con la determinación de la paternidad. Por ello, el capítulo I, dedicado a esta materia es el más extenso del libro. Respecto de la determinación de la paternidad, es cuestionable si el consentimiento prestado por el varón es elemento suficiente para atribuir la paternidad, sin intervención de ninguna autoridad. Cuando los gametos proceden del varón, pero no ha consentido la inseminación artificial en su mujer ¿Se le podrán exigir las obligaciones que derivan de la paternidad? ¿Y si su mujer se somete a estas técnicas sin su consentimiento? Ciertamente se plantean problemas de determinación de la paternidad. En primer lugar me refiero a los supuestos de procreación con semen del marido, sea con su consentimiento o sin él, y a continuación analizo las mismas posibilidades, pero para el caso de intervención de donante. Esta misma sistemática utilizo, básicamente, para estudiar la determinación de la paternidad si la pareja no está casada. Pero además existen casos en que la paternidad es difícilmente determinable. Así sucede en los supuestos en que una mujer sola se somete a técnicas de reproducción asistida con intervención de donante. Piénsese en la situación del nacido, que, en principio, no podrá conocer al progenitor ni a los familiares paternos.

Cuando se utiliza semen de donante, éste permanece en el anonimato y si llega a conocerse su identidad, en ningún caso implicará determinación legal de la filiación (artículo 8.3 LTRA). ¿Por qué el nacido por utilización de estas técnicas con intervención de donante difícilmente podrá conocer a su progenitor frente al nacido por procreación natural, que siempre tiene esa posibilidad? ¿Es coherente con el principio de igualdad proclamado por la Constitución? ¿Y con el principio del *favor filii*? ¿Se informará al nacido? ¿De qué y cuándo? ¿Se le ocultará que nació de este modo —ya que se busca el máximo parecido con el varón

que consiente para que el niño pueda ignorarlo—? Y si se utilizó el semen de donante para evitar que el nacido padeciese determinada enfermedad ¿Cómo se le explicará que no está afectado por la misma? De este modo entran en conflicto los intereses de padres, donantes y nacido, a los que se pretende dar una solución en el segundo capítulo.

En el caso de que se realice una fecundación *in vitro* tras la muerte del varón, no es seguro si el nacido será hijo matrimonial del difunto porque los gametos procedían del marido o si simplemente se producirán los efectos que se derivan de la filiación matrimonial —como por ejemplo el parentesco con los familiares del varón—, cuestión abordada, entre otras, en el capítulo III.

En el cuarto capítulo se aborda el estudio de la maternidad. Mediante estas técnicas es posible que una mujer aporte el óvulo, otra gaste, y una tercera consienta la realización de estas técnicas ¿A quién debe considerarse jurídicamente como madre? ¿A la que aporta las características biológicas? ¿O más bien a la que gesta? ¿O quizás a quien, no pudiendo gestar ni aportar óvulo, solicitó ayuda a otras mujeres, pero es a ella junto con su marido o compañero, a quienes se debe el nacimiento del nuevo ser? A pesar de que se sancione con nulidad el contrato de maternidad subrogada, los españoles solicitan y se someten a estas técnicas. Muestra de ello son los documentos, relativos a la maternidad subrogada, que se recogen en dicho capítulo.

Por último advierto que para acercarme al estudio jurídico de estas cuestiones, me ha resultado muy útil conocer previamente la realidad, mediante la consulta con médicos, biólogos y psicólogos que atienden a quienes se someten a técnicas de reproducción asistida, junto a la lectura de artículos y libros escritos por profesionales de estas disciplinas.

Determinación de la paternidad

En este capítulo, me refiero en primer lugar a algunas cuestiones previas que considero de interés (I) para analizar mejor la determinación de la paternidad de los nacidos tras la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en el supuesto de matrimonio (II) o pareja no casada (III), distinguiendo según aporte el material genético el varón, y a su vez según consienta o no dichas técnicas. Finalmente me refiero a los problemas, derivados de la ausencia de dicha determinación en el caso de mujer sola (IV).

I. CUESTIONES PREVIAS

1. EVOLUCIÓN DE LA FILIACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

1.1. Introducción

En una primera aproximación, la filiación se define como la relación jurídica que se da entre padres e hijos¹. Ahora bien se distinguen dos aspectos:

— La filiación como hecho natural se refiere a ser engendrado por un padre y nacer de una madre.

— La filiación como situación jurídica constatada legalmente es la posición que una persona ocupa dentro de la familia en su calidad de hijo (de la que se deriva un conjunto de derechos y obligaciones).

¹ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º (3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989), pág. 25, considera la relación jurídica de filiación como «la existente entre generantes y generados, padres e hijo, con el conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones, que los vincula en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla».

RIVERO HERNÁNDEZ distingue dos concepciones o sistemas de filiación según la valoración o relación entre el elemento biológico y el volitivo. Son:

— «Realista, presidido por el denominado “principio de veracidad”, que aún reconociendo que la filiación jurídica no es mera relación biológica, habilita mecanismos jurídicos que permitan llegar a ella, al menos en vía judicial, y facilita la investigación de la (verdadera) paternidad y/o maternidad, positiva y negativamente, con toda clase de pruebas.

— Formalista, concepción despreocupada de la realidad biológica, sobrevalora otros elementos y valores (la paz familiar, la seguridad jurídica), y establece unos esquemas formales de determinación de la filiación, dificultando luego la prueba de la verdadera relación biológica cuando hay serias dudas de que la jurídico-formal coincida con ella»².

RIVERO HERNÁNDEZ califica ambos sistemas como injustos y parciales por unilaterales. Consta que los ordenamientos jurídicos optan por soluciones eclécticas.

Antes de analizar la paternidad, parece oportuno referirse brevemente a tres etapas importantes en el Derecho de Filiación, desde la perspectiva de los principios inspiradores³.

1.2. Versión originaria del Código Civil español de 1889⁴

1.2.1. Principios

Se inspira en el principio de jerarquía de las filiaciones.

Adopta un sistema formalista, con prohibición de investigación de la paternidad.

² RIVERO HERNÁNDEZ, en el volumen colectivo *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN y CODERCH, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

³ Para una detallada bibliografía sobre los aspectos generales de la filiación, me remito a CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º. En concreto:

— La bibliografía anterior a 1957 debe consultarse en la 7.ª edición (Madrid, 1958), páginas 7-10.

— La posterior se recoge en la 10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995, distinguiendo: I. Bibliografía española anterior a la reforma de 1981, II. Bibliografía española sobre el proyecto y la Ley de 1981, III. Bibliografía extranjera.

⁴ La originaria regulación del Código Civil se basaba en la distinción entre filiación legítima e ilegítima, según que el hijo hubiera sido concebido dentro o fuera del matrimonio.

1.2.2. Estructura

Se regulaba en el Libro Primero (De las Personas), Título V, bajo el epígrafe *De la paternidad y filiación*, que constaba de cuatro capítulos, de los cuales los dos primeros se dedicaban a la filiación legítima, el tercero a la legitimada y el cuarto a la ilegítima⁵.

La filiación legítima atribuía al nacido la plenitud de derechos y su determinación se basaba en la presunción de paternidad del marido.

1.2.3. Clases. Concepto

A) Hijos legítimos

Según el artículo 108 *Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de celebración del matrimonio, antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.*

En el Derecho histórico español fue corriente clasificar la prole ilegítima en natural y no natural, subdividiéndose la última en las especies de hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Así la clasifica CASTÁN TOBEÑAS en *Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º, v. 2.º, 8.ª ed. (modificada y ampliada con la colaboración de CASTÁN VÁZQUEZ), Madrid, 1966, páginas 9-10.

1. Hijos naturales.

Conforme a Las Partidas, eran los hijos de barraganas. Pero la Ley 11 de Toro estableció que hijos naturales eran aquellos nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían haber contraído matrimonio

2. Hijos no naturales:

a) Hijos adulterinos

Eran los habidos entre personas de las que, una por lo menos, estuviera casada.

b) Hijos incestuosos

Los nacidos de parientes entre los que estuviera prohibido el matrimonio.

c) Hijos sacrílegos

Los procreados por persona o personas ligadas por voto solemne de castidad.

⁵ Los capítulos eran los siguientes:

Capítulo I: De los hijos legítimos (Artículos 108 a 114 del Código Civil).

Capítulo II: De las pruebas de filiación de los hijos legítimos (Artículos 115 a 118 del Código Civil).

Capítulo III: De los hijos legitimados (Artículos 119 a 128 del Código Civil).

Capítulo IV: De los hijos ilegítimos. Consta de dos Secciones:

Sección Primera: Del reconocimiento de los hijos naturales (Artículos 129 a 138 del Código Civil).

Sección Segunda: De los demás hijos ilegítimos (Artículos 139 a 141 del Código Civil).

B) Hijos ilegítimos

i) Los hijos ilegítimos naturales

Según el artículo 119, son hijos ilegítimos naturales *los nacidos de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella.*

ii) Hijos ilegítimos no naturales

En este grupos se incluyen las antiguas clasificaciones de adulterinos, sacrílegos, incestuosos, etc.

1.2.4. Efectos

En resumen, el Código Civil español distinguía entre filiación legítima e ilegítima, con los siguientes efectos:

1.º Los hijos legítimos gozaban de la plenitud de derechos⁶.

Los hijos legítimos gozaban de un *status familiae*, es decir de una determinada posición del hijo en la familia de los progenitores.

2.º Los hijos ilegítimos naturales tenían derecho a los apellidos del padre o madre que le reconozcan, a recibir alimentos y a heredar⁷.

Disfrutaban de un *status filii*, entendido como la situación del hijo respecto del progenitor cuya paternidad o maternidad ha quedado determinada.

3.º Los hijos ilegítimos no naturales únicamente tienen derecho a los auxilios necesarios para la subsistencia.

En definitiva, según RIVERO HERNÁNDEZ, la «verdadera subclasificación legal dentro de la ilegítima en el Código Civil, por su régimen jurí-

⁶ Según el artículo 114, *Los hijos legítimos tienen derecho:*

1.º *A llevar los apellidos del padre y de la madre.*

2.º *A recibir alimentos de los mismos, de sus ascendientes y, en su caso, de sus hermanos, conforme al artículo 143.3.*

3.º *A la legítima y demás derechos sucesorios que este Código les reconoce.*

⁷ El artículo 134 establecía: *El hijo natural reconocido tiene derecho:*

1.º *A llevar el apellido del que le reconoce.*

2.º *A recibir alimentos del mismo, conforme al artículo 143.*

3.º *A percibir en su caso la porción hereditaria que se determina en este Código.*

dico era la que distinguía entre filiación reconocida (y sólo se admitía el reconocimiento respecto de la natural) y la no reconocida, fuera ésta porque no cabía el reconocimiento o porque, aun siendo posible, no se había producido; con lo que el hijo reconocible (por natural) pero no reconocido, quedaba equiparado jurídicamente al ilegítimo *strictu sensu*»⁸.

Vigente la redacción originaria del Código Civil, se han de señalar dos acontecimientos:

1. Constitución de la II República de 1931

El artículo 43 imponía a los padres las mismas obligaciones para con los hijos nacidos fuera de matrimonio que para con los legítimos, y prohibía que se consignase la legitimidad o la ilegitimidad en las actas de nacimiento del Registro civil. Se discutió en la doctrina la repercusión de este artículo en el ordenamiento civil⁹. Se entendió que esa norma tenía un carácter meramente programático hasta su posterior desarrollo por legislación ordinaria (el único ejemplo es el Decreto de 3 de febrero de 1932, que permitió la constancia registral de reconocimientos de filiación otorgados por padres casados). Según RIVERO HERNÁNDEZ, dicho artículo 43 de la Constitución «no tuvo otra trascendencia práctica que una interpretación más liberal del régimen del reconocimiento aformal (antiguo artículo 135), que duró poco»¹⁰.

2. Ley de Registro Civil de 1957

El artículo 52 de la Ley de Registro Civil de 1957, según el cual «fuera de la familia no podrá hacerse distinción de españoles por la clase de filiación» permitió mejorar la situación de los hijos ilegítimos en la determinación de la filiación y en materia de apellidos. La Dirección

⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º (3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989), pág. 36.

⁹ BATLLE Y VÁZQUEZ, *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado*, Madrid, 1933, págs. 131 y ss. afirma: «nuestra Constitución, que modifica profundamente nuestra legislación civil tradicional [...] lo que no quiere el legislador es que los hijos, que ninguna culpa tienen de nacer de uniones ilícitas, sufran por esa causa menosprecio o que por ello se amengüen sus derechos [...] Hasta ahora ninguna legislación, salvo la soviética, ha llegado a equiparar los derechos de las diversas clases de hijos.»

Sobre este tema cfr. DE CASTRO Y BRAVO, «El Derecho civil y la Constitución», *RDP*, 1935, págs. 33 y ss. En concreto en la página 47 considera que «aun negando justificación a la doctrina de la repercusión inmediata, no puede desconocerse que la Constitución ejerce influencia sobre el Derecho privado, tanto de un modo indirecto como de un modo directo».

¹⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *op. cit.*, pág. 30.

General de Registros y del Notariado contribuyó a mejorar la situación de los hijos ilegítimos, mediante interpretaciones de la ley más allá del propio texto legal ¹¹.

Siguiendo a GARCÍA CANTERO, cabe hacer un apunte de Derecho Comparado ¹². Así, a partir de la II Guerra Mundial, se produce un cambio por las siguientes razones:

1.^a Se rechaza toda discriminación procedente de circunstancias ajenas al comportamiento de las personas. La distinción entre hijos legítimos e ilegítimos es criticada por la doctrina. Ya en 1925 se afirmaba que dicha calificación debería referirse a los padres. Por ello ya se comenzó a proponer un cambio en la terminología ¹³. Se pretende eliminar toda valoración negativa.

En Derecho Comparado no existe unanimidad ¹⁴. Se han propuesto las siguientes soluciones:

— Utilización de la palabra «hijo», seguida del correspondiente circunloquio.

— Introducción de los términos matrimonial y no matrimonial.

¹¹ Cfr. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S.A., 1995), pág. 66 afirma: «Es notorio que al amparo del nuevo espíritu, la jurisprudencia de la D.G.R.N. dio solución a no pocos problemas, a veces en contra de preceptos expresos del Código Civil todavía en vigor, llegando a afirmar en la Resolución de 26 de diciembre de 1968, en orden al establecimiento de la filiación natural paterna, que los principios fundamentales del Ordenamiento español no se encuentran ya en el Código Civil y que es otra la concepción jurídica imperante, más de acuerdo con el deber moral que a todo progenitor alcanza de dar nombre y amparo a sus hijos, y que, en consecuencia, sus preceptos han de ser interpretados según la nueva concepción jurídica y, por tanto, restrictivamente cuando la contraríen».

¹² GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, págs. 21 y ss.

¹³ VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, t. IV. Parte Especial. Derecho de familia, 2.ª ed., Valladolid, 1921, en págs. 400-401 afirma: «En los libros y en los códigos, se suelen denominar hijos ilegítimos o ilegales, los nacidos fuera de matrimonio [...]. Comoquiera que en la generación y nacimiento el hijo no interviene, y por lo mismo no es culpable [y no ha infringido la ley], podrá ser propia y adecuada la frase de padres ilegítimos, pero la expresión de filiación ilegítima [...] es impropia; acaso por eso un tratadista español sustituye, a mi entender con acierto, la denominación de hijos ilegítimos, por la de hijos extramatrimoniales». Propone esta sustitución F. Benlloch en el folleto *La familia natural y la familia civil*, citado por VALVERDE en pág. 400.

¹⁴ Debido a las dificultades para encontrar una terminología satisfactoria, en la doctrina inglesa se mantiene el calificativo «legítimo» e «ilegítimo», para referirse a los hijos.

El principio de no discriminación por razón de la filiación es reconocido en varias Declaraciones Internacionales de Derechos, aunque carece de la necesaria concreción, como afirma GARCÍA CANTERO¹⁵.

2.^a Se considera injusto que el hijo sufra una merma en sus derechos por la acción de sus padres.

3.^a Se observa en la sociedad una actitud favorable a la equiparación de la filiación biológica con la filiación jurídica.

En torno a los años setenta, se produce en numerosos países europeos una reforma del Derecho con los siguientes criterios:

a. Se pretende que la paternidad biológica coincida con la paternidad jurídica.

b. Quiebra el principio de la jerarquía de las filiaciones en favor del de igualdad.

1.3. Reforma de la filiación, de 1981, con referencia a la Constitución de 1978

1.3.1. Constitución Española de 1978

La Constitución Española de 1978 incluye el principio de igualdad de las filiaciones en el artículo 14: *Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento [...]*.

En el artículo 39 se establece:

1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

2. *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

¹⁵ GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, págs. 26-29.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

La doctrina ha interpretado de manera diversa el artículo 39.1:

a) Unos han considerado que esta protección se refiere a la familia matrimonial¹⁶.

b) Otros entienden que incluye familia matrimonial y no matrimonial¹⁷.

c) Hay quienes opinan que no existe un concepto constitucional de familia, sino que la ley se limita a regular los distintos aspectos del tema, partiendo de un preconcepto social ligado a la cultura existente¹⁸.

En una aproximación a los apartados 2.º a 4.º del artículo 39 de la Constitución, se ha de apuntar:

El artículo 39.2 se dirige a la protección de las madres solteras. Además propugna la investigación de la paternidad. Para ello se preci-

¹⁶ GARCÍA CANTERO, «Luces y sombras en la regulación constitucional de la familia», en *Cuestiones fundamentales sobre matrimonio y familia*, Pamplona, 1980, pág. 545; y en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 68, nota 1.

¹⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Régimen de la filiación y protección jurídica de la familia» en el volumen *Protección jurídica de la familia*, Madrid, 1982, págs. 133 y ss.; GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 473 y ss.; Díez PICAZO, *Familia y Derecho*, Madrid, 1984; LACRUZ BERDEJO en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, volumen 1.º, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 30.

¹⁸ ROCA TRÍAS, en *Derecho de Familia*, 2.ª ed., coordinada por MONTES PENADÉS y ROCA TRÍAS, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 23-24. Además considera que «la familia no es un grupo especial, ni goza de personalidad independiente de sus miembros (así por ejemplo, la S.T.C. 45/89 de 20 de febrero, F. J. 7). Por ello debe afirmarse que la familia no tiene autonomía frente a sus componentes; por esta razón se proclama la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges (artículo 32 C.E. y 66 C. c.); la no discriminación por razón de filiación (arts. 14 y 39.2 C.E. y 108 C. c.); el derecho a alimentos frente al progenitor, con independencia de la clase de filiación y de la situación de compañía con el hijo (art. 39.3 C.E. y 111.4 154, 143, 92 y 93 C.c.). Ello significa que en aquellos casos en que pueda producirse un conflicto entre el interés familiar y el de alguno de los componentes del grupo, prevalece éste último, siempre que no esté basado en el puro capricho del individuo reclamante». Añade que «la familia, por tanto, carece de autonomía frente al ejercicio de los derechos fundamentales por los miembros del grupo, de modo que si los intereses en juego no tienen categoría constitucional, deberá primar el interés de la familia. Ello porque en el sistema constitucional, la familia se estructura de forma instrumental, para facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales a todos y cada uno de los componentes». Cfr. más detalladamente «Familia, familias y derecho de la familia», *ADC*, 1990, págs. 1055 y ss.

En el mismo sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 129.

sa una mayor concreción a través del correspondiente desarrollo legislativo.

El párrafo 3.º se dirige a garantizar el principio de igualdad de filia-ciones en el ejercicio de la patria potestad.

El parágrafo 4.º insiste en que los niños deben gozar de los derechos garantizados por los tratados internacionales ¹⁹.

1.3.2. *Período transitorio*

En el período comprendido desde la entrada en vigor de la Constitu-ción hasta la reforma de 1981 no existía unanimidad en la jurisprudencia acerca de la aplicación inmediata de estos artículos de la Constitución:

— Por una parte, se consideraba que el Código Civil regía hasta que se aprobase la ley ordinaria que lo adaptase a la Constitución por razones de seguridad jurídica. Algunos pronunciamientos judiciales del Tri-bunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado adoptan este criterio ²⁰.

— Por otra parte, se entendió que con la publicación de la Constitu-ción quedaban derogadas inmediatamente todas las normas contrarias al principio de igualdad entre los hijos, ya que el artículo 14 de la Cons-titución era directamente aplicable sin ulterior desarrollo legislativo. En este sentido se pronuncian algunas sentencias del Tribunal Supremo y señaladamente del Tribunal Constitucional ²¹.

¹⁹ Cfr. Declaración de Derechos del Niño de 1959, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor en España desde el 5 de enero de 1991. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 70 se pregunta acerca de la finalidad de esta norma: «¿Es un compromiso en el futuro a ratificar todos los Tra-tados de esa clase? ¿Se refiere únicamente a los ya concertados y ratificados por España? ¿Poseen tales Tratados vigencia inmediata en nuestro país sin necesidad de adhesión expre-sa, bastando esa especie de remisión genérica?».

²⁰ Auto del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1979, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1981, 31 de octubre de 1981, 8 de abril de 1982 y las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 8 de mayo de 1980 y 22 de julio de 1980.

²¹ Las sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 y 1 de junio de 1981 y 20 de diciembre de 1982 y las del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1984, 10 de febrero de 1986 y 10 de junio de 1987 y 28 de julio de 1995. En esta última se afirma que «entre la entrada en vigor de la Constitución y la modificación del Código Civil, los hijos, todos, tienen las mismas acciones».

El Tribunal Supremo, se ha pronunciado siguiendo esta última tesis —hoy doctrina consolidada²²—, por ejemplo en la Sentencia de 28 de julio de 1995. Se afirma:

«Con la promulgación de la Constitución [...] quedaron iguales ante la ley los hijos matrimoniales, antes llamados legítimos, y los extramatrimoniales, que si eran ilegítimos no tenían otro derecho que el de alimentos, a tenor del artículo 139 y, por tanto este derecho se extinguía con la muerte del alimentante; y los entonces llamados naturales que sólo, en los supuestos del artículo 137, podían reclamar su filiación tras la muerte del padre. El régimen de la filiación en el Código Civil fue modificado por la Constitución. Para adaptar el Código a la Norma Suprema, se promulgó la Ley de 13 mayo de 1981 y su disposición transitoria séptima establece que las nuevas acciones de filiación que se otorgan a todos los hijos, sin excepción, se aplicarán a partir de la entrada en vigor de esta Ley. De su texto, surgió la duda sobre el régimen de filiación aplicable al período intermedio entre la vigencia de la Constitución y la Ley de 1981, duda que se dispó ya en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 diciembre 1982 (RTC 1982\80), que entendió que la disposición derogatoria tercera, dio fin al régimen desigual del Código Civil, de acuerdo con los artículos de la Constitución (artículos 39 y 14).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 febrero 1986 (RJ 1986\513), aplicó el mismo criterio y es pacífica en la actualidad la afirmación de que la referencia a la ley, hecha por la disposición transitoria, lo es al bloque de normas, incluida la Constitución. En consecuencia, entre la entrada en vigor de la Constitución y la modificación del Código Civil, los hijos, todos, tienen las mismas acciones para hacer constar su filiación, y durante toda su vida, como establecía el viejo artículo 118 y el actual 133»²³.

Pues bien, la Constitución de 1978, junto a la ratificación por España de diversos Tratados con repercusión sobre esta materia, condujo a la reforma de 13 de mayo de 1981.

²² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA en «La Constitución como norma jurídica», *ADC*, 1979, págs. 291 y ss.; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981; y GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 5.ª ed., Madrid, 1989; RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º (3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A, 1989), pág. 31; GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), *Derecho civil español, común y foral*, págs. 70 y ss.

²³ MARGINAL: RJ 1995\6633.

1.3.3. *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*²⁴

Esta reforma era necesaria para adecuar la regulación de la filiación a la Constitución. Así lo manifestó el Ministro de Justicia ante el pleno del Congreso y del Senado al iniciarse el debate en ambas Cámaras²⁵.

A) Principios

Responde a los siguientes principios:

a) Igualdad de filiaciones

Se reconoce expresamente en el artículo 108 del Código Civil:

Artículo 108: 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.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

La Exposición de Motivos del Proyecto presentado por el Gobierno, tras la justificación de la reforma, califica la igualdad como la clave de la reforma²⁶.

²⁴ B.O.E. n.º 119 de 19 de mayo de 1981.

²⁵ En el Discurso pronunciado por el Ministro de Justicia, señor FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, ante el Pleno del Congreso el día 16-12-1980, al iniciarse el debate del dictamen de la Comisión de Justicia del mismo sobre el Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, se afirma: «La reforma que hoy se discute es, sobre todo, el desarrollo de unos principios constitucionales. La Constitución ha ordenado esta reforma al consagrar los principios de igualdad ante la ley, la prohibición de discriminación por razón de nacimiento o de sexo, la garantía de la libertad de cada persona, el deber proclamado de prestar asistencia de todo orden a los hijos sin discriminación, y, finalmente, el mandato de hacer posible la investigación de la paternidad», *DJ*, enero-diciembre 1982, II, pág. 713. En el Discurso del Ministro de Justicia, señor Fernández Ordóñez, ante el Pleno celebrado por el Senado el día 31-3-1981, al iniciarse el debate del dictamen de la Comisión de Justicia e Interior en relación con el Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, pág. 718, se manifiesta: «Se trata ahora de dar perfiles positivos precisos a conquistas humanas que ya apremiaban como exigencias constitucionales».

²⁶ Proyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, B. O. C. G., I Legislatura, Congreso de los

El principio de igualdad se manifiesta en los efectos que derivan de la filiación. Sin embargo en la determinación se debe distinguir según exista o no matrimonio. A saber, si existe matrimonio la ley atribuye la paternidad al marido de la madre. Si la madre es soltera para determinar la paternidad es precisa la intervención del padre según exige el artículo 120: *La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:*

1.º *Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.*

2.º *Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.*

3.º *Por sentencia firme.[...]*

Sin embargo existe algún artículo que no responde a este principio:

— Es el supuesto del artículo 837 del Código civil. En concreto, respecto de la herencia del padre, los hijos matrimoniales reciben la herencia sujeta al usufructo de la viuda en un tercio. Sin embargo los hijos sólo del marido concebidos constante matrimonio ven gravada su cuota por el usufructo de la viuda sobre la mitad de la herencia. Ciertamente parece ser una sanción a la conducta del padre. Sin embargo los efectos recaen sobre los hijos. La doctrina discute su constitucionalidad. Así afirma DELGADO ECHEVERRÍA respecto de los artículos 837 y 840: «En la elaboración parlamentaria de la ley, estas últimas disposiciones fueron enmendadas por el Grupo Parlamentario Socialista, que pedía su supresión; enmienda que prosperó en el Senado, pero que rechazó definitivamente el Congreso. Argumentaban quienes abogaban por su supresión su sentido discriminatorio en razón de filiación, opuesto, por tanto, al principio constitucional de igualdad. Aun siendo cierto que la legítima de los hijos adulterinos queda algo comprimida por el usufructo del viudo, la razón en que se apoya la norma para este caso tan particular tampoco carece de peso»²⁷.

Diputados, Serie A, núm. 71-1, de 14 de septiembre de 1979, págs. 313-319. La Exposición de Motivos consta de los siguientes epígrafes:

Justificación.

La idea de igualdad, clave de la reforma.

El régimen económico del matrimonio.

La filiación; La patria potestad.

Otros preceptos que se modifican.

²⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, «La reforma, en el Derecho de Sucesiones» en *El nuevo régimen de la familia*, II. La filiación. La patria potestad. La economía del matrimonio. La reforma, en el Derecho de Sucesiones, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pág. 191.

— El artículo 125 exige para la determinación de la filiación respecto a los dos progenitores, cuando éstos sean hermanos o consanguíneos en línea recta, la previa autorización judicial.

Este artículo establece un límite al principio de igualdad, justificado por la defensa de los intereses del hijo.

En la doctrina, se manifiestan opiniones dispares sobre el conjunto de la reforma:

— Unos lo consideran negativamente. En este sentido DE LA CÁMARA ÁLVAREZ afirma «La gran cuestión que plantea la sustitución del principio de la jerarquía de las filiaciones por el principio de igualdad, es el grave daño que el nuevo principio puede causar a la familia entendiéndose por tal, claro es, la que se funda en el matrimonio»²⁸. Se analizó el conflicto entre los intereses del hijo, que en principio ha de ser protegido, y los de la familia, que puede resultar perjudicada. Parece que se da primacía a los intereses del hijo. Considera que el «principio de igualdad absoluta de las filiaciones desestabiliza el punto justo de equilibrio que al menos dentro del contexto de la realidad social española del tiempo en que vivimos —para valerme de la fórmula utilizada por el artículo 3.1 del Código Civil— hubiera sido deseable»²⁹.

— Otros lo consideran positivamente. Así, RIVERO HERNÁNDEZ se hace eco de la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, propuesta ya en la Exposición de Motivos del Proyecto. A continuación añade: «Equiparación ésa que se da también, con mayor motivo y mejor justificación, entre los hijos extramatrimoniales, desapareciendo ya a nivel jurídico la antigua diferencia entre los naturales y los ilegítimos no naturales, tan notable como injusta»³⁰.

Entiendo que tras reconocerse el principio de igualdad en la Constitución es de justicia que se manifieste en el resto de las normas. Considero que cada persona debe, en su caso ser sancionada por sus propios actos, no por los de sus padres.

²⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, t. III, v. 1.º, en los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por ALBALADEJO, artículos 108 a 141, Madrid, 1984, pág. 9 y en la segunda edición del año 2000, pág. 10.

²⁹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. et loc. ult. cit.* en la edición de 1984 y pág. 11 en la edición de 2000.

³⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 32.

b) Protección del hijo

Inicialmente inspira el Proyecto presentado por el Gobierno³¹.

Se manifiesta en los artículos 110 y 111 del Código Civil, que establecen:

Artículo 110: *El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.*

Artículo 111: *Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tutivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:*

1.º *Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.*

2.º *Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.*

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

Dejarán de producir sus efectos estas restricciones por determinación del representante legal, del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.

A juicio de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ se otorga «a los hijos no matrimoniales, además de un *status filii* igual al de los matrimoniales —lo que sí es conforme con la Constitución— un verdadero *status familiae*, que es más, en nuestro criterio, de lo que reclama el mandato constitucional»³².

El principio de igualdad de filiaciones y el de protección del hijo se aceptan sin restricciones y aparecen en el texto del Código Civil, según se ha señalado.

³¹ Vide Proyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, B. O. C. G., I Legislatura, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-1, de 14 de septiembre de 1979, pág. 317.

³² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 43 en la edición de 1984 y pág. 35 en la edición de 2000.

c) Veracidad biológica

Se incluía en la Exposición de Motivos del Proyecto que presentó el Gobierno a las Cortes, referente a la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Este proyecto, base de la Ley de 13 de mayo de 1981, no difiere sustancialmente del texto vigente³³. Por ello parece que, para una mejor interpretación de la actual regulación, se ha de atender a dicha Exposición de Motivos, en la que se afirma:

«Al regular la determinación del vínculo de filiación, la presente Ley refleja la afluencia de dos criterios encontrados. De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites ante los Tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco. En la redacción de las nuevas normas se ha procurado conjugar equilibradamente, según las circunstancias, estos criterios, declarando la admisibilidad de toda clase de pruebas en materia de filiación, y en particular las biológicas; confiriendo especial relevancia a la posesión de estado, tanto para facilitar las acciones coincidentes con ella como para dificultar o impedir las que la contradicen; y exigiendo, para que el Juez pueda dar curso a la demanda en virtud de la cual se reclama o impugna un estado de filiación, la existencia y presentación de un principio de prueba suficiente de los hechos en que se funde»³⁴.

Se facilita la determinación y constatación de la paternidad y maternidad, permitiéndose libremente su investigación judicial, sin ninguna clase de restricción por razón del estado civil de los progenitores al tiem-

³³ Puede consultarse en *DJ*, enero-diciembre 1982, II, págs. 531 y ss. En concreto el artículo 127 del Código Civil, se encuentra en la pág. 553. En el Proyecto del Gobierno la redacción de dicho artículo era: «En los pleitos sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. El Juez rechazará de plano la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba suficiente de los hechos en que se funde». El artículo 127 establecía: «En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde». Obsérvese que se ha suprimido el término «suficiente».

Actualmente se recoge esta materia en el artículo 767. 2.º y 1.º LEC.

³⁴ Vide Proyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, B. O. C. G., I Legislatura, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-1, de 14 de septiembre de 1979, pág. 317.

po de la concepción. Sin embargo no se puede afirmar que coincida totalmente el hecho natural de la filiación y el *status* jurídico por tres razones básicamente:

1.^a Mantenimiento de determinados supuestos en los que no es posible la constatación legal del verdadero estado de filiación (artículo 125 del Código Civil).

2.^a Admisión de la filiación adoptiva, creada por el ordenamiento jurídico (artículos 172 a 180 del Código Civil).

3.^a La caducidad de las acciones de filiación para garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad de la filiación³⁵.

En este sentido parece que el interés del hijo exige al menos en algunos casos, la preponderancia de la verdad sociológica sobre la verdad biológica. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ cuestiona si se ha obtenido este equilibrio³⁶.

El principio de veracidad «sólo se adopta con bastantes limitaciones y matizaciones»³⁷. No se incluye expresamente en el Capítulo I (artículos 108 a 111 del Código Civil), pero se contenía en la Exposición de Motivos del Proyecto que precedió a la Ley de 13 de mayo de 1981. Se critica que no se incluyese la correspondiente Exposición de Motivos. En todo caso se considera aplicable en cuanto que las diferencias entre el Proyecto y la Ley no son sustanciales.

Sin embargo otros autores consideran que este principio se contempla en el artículo 127 del Código Civil (hoy artículo 767.2.º y 1.º de la LEC). Afirma RIVERO HERNÁNDEZ: «Creo [...] que la expresión y el principio del artículo 127.1.º deben tener la más amplia interpretación posible en cuanto formulación legal de aquel principio de veracidad y de adecuación de la filiación jurídica a la realidad biológica [...]»³⁸.

³⁵ Vide artículos 129 a 130 del Código Civil (hoy art. 765 LEC, 1.º y 2.º, respectivamente) y artículos 131 a 141 del Código civil.

³⁶ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 115 en la edición de 1984 y pág. 100 en la edición de 2000, afirma: «Lo que acontece, a mi juicio, es que, por desgracia, no se ha conseguido ese equilibrio que se nos anuncia y en algunos casos no está nada claro hasta qué punto se acepta el principio de veracidad biológica, aunque no choque con la veracidad sociológica, y en ocasiones, se ha exagerado el valor de este segundo principio. De todos modos, la proclamación de los dos principios (el segundo vinculado estrechamente a la conveniencia de otorgar un mínimo de estabilidad a las relaciones de estado) puede servirnos de orientación para resolver muchos de los problemas concretos que plantea la exégesis de los nuevos artículos del Código».

³⁷ DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pág. 50 en la edición de 1984 y pág. 45 en la edición de 2000.

³⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 480.

B) Estructura

El Título V del Libro I mantiene la rúbrica «De la paternidad y filiación» y el número de artículos (108-141). En el resto, distribución interna y contenido, la reforma es profunda. Consta de tres capítulos, el primero de ellos se dedica a las clases y efectos de la filiación, el segundo a la determinación y prueba de la misma, y finalmente, el tercero recoge las acciones de filiación.

C) Clases

En primer lugar, he de señalar la clasificación legal. Así el artículo 108 distingue:

a) Filiación por naturaleza, que puede ser matrimonial o no matrimonial³⁹.

b) Filiación por adopción⁴⁰.

En la doctrina se proponen distinciones diversas. Así por ejemplo RIVERO HERNÁNDEZ diferencia la filiación por naturaleza de la filiación civil:

a) La primera deriva del hecho natural de la procreación.

b) La segunda alude a la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida y a la adopción⁴¹.

³⁹ Distinción criticada por Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. v. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. 1997, págs. 283 y ss., en estos términos: «Decir que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial, es un craso error, ya que si bien la filiación puede ser matrimonial por un cúmulo de razones, no puede serlo por naturaleza»; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 25.

⁴⁰ La redacción dada en 1981 al artículo 108 asimilaba los efectos de la adopción plena (frente a la adopción simple) a los de la filiación por naturaleza. La Ley 21/1987 de 11 de noviembre, que modifica determinados artículos del Código civil en materia de adopción, suprime la adopción simple, de la que dice el preámbulo que en la mayoría de las ocasiones se utilizaba para fines marginales no merecedores de protección especial. El artículo 3 de dicha ley establece: «En el texto del Código civil y demás disposiciones legales, la llamada "adopción plena" se entiende sustituida, en lo sucesivo, por la adopción que regula esta Ley». Sin embargo en el artículo 108 aparece la expresión adopción plena hasta la 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. Su Disposición Final 18.ª 2 establece: «Quedan modificados los siguientes artículos del Código civil: En los artículos 108, 823 y 980 quedan suprimidas, respectivamente, las palabras "plena" y "plenamente"».

⁴¹ RIVERO HERNÁNDEZ califica de filiaciones puramente civiles a la adopción y a la procreación asistida con donación de gametos en *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 428.

GARCÍA CANTERO, tras criticar la clasificación legal⁴², distingue además las siguientes clases de filiación:

- Filiación de hecho o filiación de derecho.
- Filiación determinada o no determinada (determinable o no determinable).
- Filiación matrimonial (*ab origine* o sobrevenida) o no matrimonial⁴³.

D) Efectos

El artículo 108 establece: *La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.*

Esta igualdad de efectos no es absoluta, sino limitada por el principio de protección del hijo. Así se observa en el artículo 125, según se indica *supra*. Este trato diverso se basa en una justificación objetiva y razonable, como reconoce el Tribunal Constitucional en las sentencias de 1-6-1983, 3-8-1983, a título ejemplificativo.

El inciso final «conforme a las disposiciones de este Código» permite la existencia de alguna diferencia de régimen, como por ejemplo la contemplada en el artículo 837 del Código Civil, relativa a la legítima del cónyuge viudo cuando concurre con hijos sólo de su consorte, a la que me he referido anteriormente

En concreto los efectos que derivan de la filiación son los siguientes:

- a) Atribución de la patria potestad, regulada en el artículo 154.
- b) Adquisición de la nacionalidad según los artículos 17 a 20 del Código Civil.
- c) Determinación de la vecindad civil conforme al artículo 14.2 del Código Civil.

⁴² GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 25 afirma: «cabe discutir si el acierto ha presidido la nueva denominación. Resulta que ahora se habla de *hijos por naturaleza*, por oposición a los *hijos por adopción*, para englobar a los que lo son por vínculos de sangre, comprendiendo así a los antiguos legítimos e ilegítimos en todas sus clasificaciones. Fácil resulta deducir que todos son *naturales*, lo que representa una forma de igualar por abajo, y ello sin olvidar que en el lenguaje corriente tardará en arraigar la nueva terminología».

⁴³ GARCÍA CANTERO, *op. cit.* págs. 79 y ss.

- d) Deber de cuidado y alimentos regulado en el artículo 110.
- e) Asignación de los apellidos según lo previsto en los artículos 109 y 111 del Código Civil y concordantes de la Ley del Registro Civil.
- f) Reconocimiento de plenos derechos sucesorios a todos los hijos, como consecuencia de la declaración general del artículo 108 del Código Civil⁴⁴.

1.4. Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988⁴⁵

La determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida es el objeto de estudio. Por ello, en este epígrafe, se apuntarán ideas que serán posteriormente desarrolladas.

Las obras generales españolas de Derecho Civil dedican un apartado de extensión diversa a esta materia, tras el estudio general de la filiación⁴⁶.

⁴⁴ Como consecuencia, se han modificado diversos artículos de Derecho de Sucesiones para suprimir las diferencias que antes se establecían para las distintas clases de hijos. *Vide* artículos 807, 930 y 931, a título ejemplificativo.

⁴⁵ A iniciativa de los Grupos Mixto y Partido Nacionalista Vasco (en adelante, PNV), la Mesa del Congreso de los Diputados, acordó el 2 de noviembre de 1984, la creación de la Comisión de Fertilización Extracorpórea, posteriormente denominada Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas (Transcripción mecanográfica de la Sesión de la Comisión de Fertilización Extracorpórea de 26 de junio de 1985, pág. 22. Esta Sesión no fue publicada debido a que el número de dactilógrafas era inferior al número de Comisiones que celebraron Sesión este día. Por ello fue grabada en cinta magnetofónica, si bien no recoge la totalidad de las comparecencias. Obtuve la correspondiente transcripción mecanográfica tras su solicitud al Congreso de los Diputados. La Comisión se denomina Comisión de Fertilización *in vitro*.).

Esta Comisión estaba compuesta por un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios, quienes designaron treinta y seis expertos (biólogos, ginecólogos, juristas, filósofos y moralistas) que comparecerían en la Comisión Especial. Así, D. Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, Presidente del Congreso de los Diputados, en la Sesión celebrada el 18 de diciembre de 1985, con los miembros de la Comisión especial y todos los expertos, afirmaba que se trata de la Comisión con mayor número de expertos convocados desde que se constituyó el Parlamento democrático español en 1977. (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1985, II Legislatura, N.º 385, Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, Presidente: Don Marcelo PALACIOS ALONSO, págs. 11669 y ss.).

Se presentaron varios Informes a la Comisión Especial, unos previa solicitud y otro sin ella, unos nacionales, otros extranjeros.

⁴⁶ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, págs. 147-171; GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t.V-2.º, 10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995, págs. 215-239; ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. IV, 6.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A.,

1.4.1. Principios

En este apartado indico en qué medida afecta la LTRA —calificada por GARCÍA CANTERO como la «segunda gran reforma de la filiación en España»⁴⁷— a los principios informadores de la reforma de 1981⁴⁸. Como se ha expuesto, la reforma de 1981 sustituye el principio de jerarquía por el de igualdad de filiaciones; pues bien, tal principio aparece limitado por el anonimato del donante, reconocido en el artículo 5 de la LTRA⁴⁹. En

1994, págs. 272-274; BLASCO GASCO, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTES y ROCA), 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 400-410; Díez PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, v. II, Madrid, Tecnos, 1995, págs. 580-585; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, v. II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1992, págs. 1213-1216 y *Compendio de Derecho civil*, t. IV, Madrid, EDESA, 1991, págs. 225-239.

⁴⁷ GARCÍA CANTERO, «Legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial, sin posesión de estado. (Crítica a una dirección jurisprudencial de la Sala 1.^a del T.S.)», *Revista Jurídica del Notariado*, 2000, pág. 314.

⁴⁸ GARCÍA CANTERO, «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de Familia. *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Doctor José Luis LACRUZ BERDEJO*, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1993, pág. 342, afirma: «Las características de la Revolución biológica que actualmente se desarrolla ante nuestros ojos son la rapidez y profundidad del cambio que está produciendo en el Derecho de familia. Han hecho falta casi dos siglos para que se modificara el derecho de filiación napoleónico, mientras que un decenio después del nacimiento del primer bebé-probeta algunos países no han vacilado en promulgar un "nuevo Derecho de filiación", contrariando ciertos principios trabajosamente conquistados, y apenas contrastados con la praxis.» En esta misma línea, VIDAL MARTÍNEZ, «Las nuevas formas de reproducción humana ante el derecho civil: introducción y panorama general», *Revista General del Derecho*, 1986, pág. 3731, y en *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español*, Universidad de Valencia, Editorial Civitas, S. A., Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pág. 21, afirma «el nuevo Derecho de filiación llega con el lastre de que sus bases biológicas se han subvertido en alguna medida».

En el mismo sentido, LLEDO YAGÜE, *Acciones de filiación*, Madrid, 1987, pág. 220; *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, 1988, pág. 121; «La ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida», *ADC*, t. XLI, Fasc. IV, octubre-diciembre 1988, pág. 1243; «Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: Francisco Lledó y Yagüe), marzo 1994. Afirma en su página 361: «Como se podrá observar se rompe con el principio de la verdad biológica o genética, que en la Reforma de la Filiación de 1981 constituyó un principio impulsor y decisivo en las relaciones de filiación».

⁴⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 202, afirma: «En la literatura jurídica de los últimos decenios se ha hecho especial hincapié en la exigencia —acorde con la conciencia social— de la averiguación y manifestación de la verdad biológica como criterio decisivo para la disciplina de la filiación. Tal criterio ha aparecido triunfante en la reforma

este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ considera en una primera aproximación, que la relación jurídica derivada de técnicas de reproducción asistida «no es la filiación que hasta ahora conocíamos ni la paternidad/maternidad predicables son las que el Derecho occidental de Roma hacia acá, y la cultura universal, habían elaborado»⁵⁰.

Estas técnicas matizan el principio de veracidad⁵¹.

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988 limita algunos derechos a los nacidos por estos medios. En concreto el que permite investigar la identidad del progenitor. Por ello afirma GARCÍA CANTERO que existen dos clases de hijos:

— Los hijos nacidos por medios naturales que pueden conocer a sus progenitores, según deriva de la regulación general del Derecho de Filiación, comprendida en los artículos 108 a 142 de nuestro Código Civil.

del Código Civil de 1981 [...] Contrasta con este principio de “verdad biológica” la toma de postura, en todas las leyes extranjeras y en todos los proyectos que se ocupan de la inseminación artificial con donante, a favor de la paternidad legal del marido de la madre inseminada con el consentimiento de aquél, unida a la negación de la posibilidad de reconocer o reclamar su paternidad al varón cuyo es el semen, a quien tampoco podría imponérsele vínculo legal de paternidad respecto de sus descendientes genéticos».

⁵⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, en «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 142; en «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*, n.º 1517, pág. 552; en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 148; en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, 4.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1997, página 520. Conviene advertir que el § 55 de 1989, redactado por RIVERO HERNÁNDEZ, es apostillado por el profesor LACRUZ, según indica el propio profesor RIVERO HERNÁNDEZ en la nota 19 en «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDO Y YAGÜE), marzo 1994, pág. 315. Las citas se referirán en adelante a la edición de 1989 de LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., ya que se incluyen citas bibliográficas y notas, suprimidas en la edición de 1997. Cfr. también «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida», *op. cit.*, pág. 282.

⁵¹ Así lo manifestaba ya DE LA OLIVA en la Sesión de la Comisión Especial de Estudio celebrada el 14 de noviembre de 1985. Cfr. Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1985, II Legislatura, N.º 367, Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas, Presidente: Don Marcelo PALACIOS ALONSO, págs. 11167.

— Los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida que no podrán conocer a sus progenitores salvo en casos estrictamente tasados, conforme a los artículos 5.5, 8.3, 19.2 y 20.2.B.j, fundamentalmente⁵².

En definitiva, frente al principio de veracidad, con la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988, prevalece el papel de la voluntad sobre la biología. Así se deduce de los efectos del consentimiento del marido o compañero de la usuaria para la determinación de la paternidad y consiguiente prohibición de impugnación cuando intervienen gametos de terceros. Sin embargo, adquiere relevancia también la procedencia biológica en algunos supuestos. Así sucede, por ejemplo en el supuesto de procreación homóloga sin consentimiento del marido, en el que probablemente se le imputará la paternidad. Como se verá *infra*, en este supuesto la falta de consentimiento no ha sido relevante, es decir no se ha tenido en cuenta la ausencia de consentimiento para impedir la determinación de la paternidad. Así pues, ambos criterios —consentimiento y biología— serán tenidos en cuenta como mecanismos de «imputación de la paternidad».

1.4.2. Estructura

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988 consta de veintitún artículos divididos en siete Capítulos. Contiene materia administrativa, penal y civil. En concreto se analizarán los aspectos relativos a la filiación (artículos 7 a 10, fundamentalmente, y algunos preceptos relacionados).

⁵² Considero oportuno señalar cómo las sucesivas reformas en el Derecho de Familia se han orientado hacia la constatación registral de la realidad biológica, si bien no se aprecia así en esta materia. Así lo expresaba GARCÍA CANTERO en «La reforma de la filiación», *RGLJ*, 1983-II, págs. 135 y ss. Cfr. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 233. Cfr. el interesante concepto de padre referencial en VILA-CORO BARRACHINA, «El padre referencial», *Actualidad Administrativa*, 1994-5, páginas 49 y ss. Lo define como «el padre —o madre— genético conocido que no está presente físicamente en la vida del hijo [...] desaparece físicamente de su existencia, pero no referencialmente: se conoce su identidad, su trayectoria vital, su personalidad...».

1.4.3. Clases

En principio, las clases de hijos serían las establecidas por el Código Civil (artículo 108).

Sin embargo, comienzan a utilizarse los siguientes términos:

- Filiación por naturaleza.
- Filiaciones civiles, que incluyen la filiación adoptiva y la derivada de técnicas de reproducción asistida con intervención de terceros⁵³.

Por otra parte, algunos autores hablan de dos categorías de hijos según puedan o no investigar la identidad del progenitor:

- Nacidos por medios naturales.
- Nacidos por técnicas de reproducción asistida⁵⁴.

⁵³ RIVERO HERNÁNDEZ en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 428.

TRABUCCHI, «Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista», *Rivista di Diritto Civile*, 1986-1, pág. 504, y en *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana. Atti del Convegno di Verona* (2-3-4 e 25 ottobre 1986), CEDAM, Padova 1987, pág. 15, afirma: «E importante —credo— questo parallelo con la forma tradizionalmente conosciuta, di filiazione civile, che è l'adozione; né ci fa ostacolo la nota diversità —diremo funzionale— di due istituti, l'adozione, chiesta per dare genitori ai figli abbandonati, e l'inseminazione artificiale, riconosciuta per dare figli alle coppie che li desiderano; se diversi sono i punti di partenza, c'è l'incontro nella meta che si raggiunge. Non solo: ma l'inseminazione artificiale può offrire punti di vantaggio, perchè non si riduce ai pochi casi che ormai si offrono come disponibili in seguito all'abbandono postnatale dei genitori; ma anche perchè nell'inseminazione artificiale c'è almeno un coefficiente che si rifà alla provenienza naturale. Pare comunque opportuna la proposta di collegare i due istituti allargando l'adozione anche all'epoca prenatale, sia come stimolo a proteggere la vita contro la tentazione di abortire, sia come alternativa al ricorso a un'inseminazione artificiale. [...] Il legislatore deve appunto sentire tutta la responsabilità di questa creazione al di fuori del rapporto naturale di base, e non può non tenere presente l'altra forma tradizionale di filiazione cosiddetta civile. In questa delineata analogia di presupposti, si toglie al genitore civile ogni scelta, per soggetti o categorie, nell'uno come nell'altro caso; il genitore riceverà al figlio che il giudice, direttamente o indirettamente, gli attribuirà scegliendo tra i minori abbandonati in un caso e tra i datori di seme in altro caso; cioè el consenso del genitore che acquista un figlio è solo sul "se", non potendo essere sottoposto a limiti o condizioni.» CORNU, *Droit Civil. La Famille*, 2 édition, Éditions Montchrestien, EJA, Paris, 1991, pág. 346, bajo el epígrafe «La filiation autrement» afirma: «Ce sont la filiation adoptive et la filiation issue de la procréation dite artificielle. Ensemble, elles s'opposent à la filiation par nature parce que l'enfant n'est pas l'œuvre de chair des parents; il n'est pas né de leurs rapports intimes». Sin embargo, otros autores reservan el término filiación civil para la adopción. Vide GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil español, común y foral*, t.V-2.º, 10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995, pág. 360 enuncia «filiación civil o adoptiva».

⁵⁴ GARCÍA CANTERO, *op. et loc. cit.*, pág. 233.

1.4.4. Efectos

La regla general es la aplicación de los artículos del Código Civil, vistos *supra*.

La diferencia más relevante entre los nacidos por fecundación natural y aquellos nacidos por técnicas de reproducción asistida, consiste en que los primeros pueden conocer al progenitor, frente a las limitaciones que encuentran los segundos.

2. BREVE APUNTE SOBRE LA RECIENTE EVOLUCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

Obsérvese que se trata más bien de investigar quién es el progenitor de una persona ⁵⁵.

2.1. Antes de 1978

2.1.1. Redacción originaria del Código Civil

La doctrina denominó «investigación de la paternidad» al reconocimiento forzoso o judicial en oposición al reconocimiento voluntario ⁵⁶.

Se distinguen las siguientes etapas:

1.^a En un primer momento se consideraba la paternidad como un «arcano impenetrable». Por ello carecía de sentido la investigación de la misma ⁵⁷.

⁵⁵ Se pretende conocer al progenitor (varón del que proceden los gametos) para atribuirle la función jurídico social de padre. Así, O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Investigación de la paternidad. Acciones de filiación. Acción de investigación de la paternidad. Prueba biológica*. Actualidad Editorial, Colección Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, 1993, pág. 37, afirma: «El concepto y la función de la acción de investigación de paternidad son los más claros, e incluso evidentes, de entre las acciones de filiación. El nombre de “acción de investigación” es menos claro y se utiliza por el peso de la tradición y del uso forense. El nombre técnico es el de acción de reclamación de la filiación extramatrimonial. Tiene por objeto determinar la relación de filiación entre padre o madre e hijo, fuera de matrimonio».

⁵⁶ VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, t. IV. Parte Especial. Derecho de familia, 2.^a ed., Valladolid, 1921, pág. 423. *Vide* la amplia bibliografía citada por GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.^a ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 11.

⁵⁷ En este sentido afirma DUVEYRIER en «Discurso sobre la paternidad y filiación», citado por VALVERDE, *op. cit.*, págs. 423-424: «Habiendo la naturaleza ocultado este hecho

2.^a Desde el Código de Napoleón se prohibió la investigación de la paternidad. Dicha prohibición se basaba en que:

- a) No puede determinarse el momento de la fecundación.
- b) No puede demostrarse directamente la relación paterno filial y sólo puede presumirse por indicios.
- c) Es más aconsejable para la moral pública⁵⁸.
- d) La prohibición de investigación de la paternidad es para unos, «una tutela de la estabilidad familiar y decoro de las familias»⁵⁹; para otros es un «principio de derecho común de los pueblos civilizados, fundado en el reposo de las familias, en la tutela de la reputación de los ciudadanos, contra imprudentes ataques»⁶⁰. En España siguen estos planteamientos GARCÍA GOYENA y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ⁶¹.

misterioso (refiriéndose a la paternidad) así a las percepciones más sutiles de los sentidos, como a las investigaciones profundas de la razón; y habiéndose además creado el matrimonio para dar a la sociedad no la prueba material, y que es imposible, sino en falta de ella, la presunción legal de la paternidad verdadera, es visto, que cuando el contrato conyugal no se ha verificado, no hay ni prueba material ni la presunción de la ley. La paternidad es entonces un arcano impenetrable, y sería ciertamente una aberración, un desacuerdo pretender que un hombre quede convencido a su pesar de un hecho cuya certeza no demuestran, ni las conclusiones de la naturaleza, ni las instituciones de la sociedad».

⁵⁸ Vide en VALVERDE, *op. cit.*, pág. 427: «También oponen los contrarios a la investigación la objeción, fácilmente refutable, de que es más conveniente para la moral pública prohibir, que no estimular y fomentar las relaciones ilícitas con el aliciente de que podrán ser base del reconocimiento forzoso de la prole y que el supremo interés de las familias exige que los particulares no sean víctimas de los ataques de la imprudencia, de los agravios, de la infamación y de las asechanzas de la codicia».

⁵⁹ Así opina PISANELLI, citado por VALVERDE, *op. cit.*, pág. 424.

⁶⁰ Así lo estima VIGLIANI, citado por VALVERDE, *op. cit.*, pág. 424.

⁶¹ Vide GARCÍA GOYENA, *De las Concordancias, motivos y comentarios de García Goyena al proyecto de 1851*, reedición, Zaragoza, 1974 y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 2.^a ed., T. 1.^o, Madrid, 1868. En la página 603 afirma: «Las cuestiones de filiación se repetirán hasta con escándalo como no se eviten declarando de una vez para siempre abolidas las investigaciones de paternidad». A continuación, cita a otros autores partidarios de la prohibición de la investigación de la paternidad. Afirma: «Algún autor moderno, KENIGSWARTER, que ha examinado esta materia, formula breves conclusiones de su opinión, por supuesto contraria á (*sic*) semejantes investigaciones: cree que no debe autorizarse al hijo para hacer esa información, mediante el principio de que no puede concederse derecho que no se prueba. El hijo, dice, que pretenda probar la paternidad, necesita probar dos extremos (*sic*), el comercio carnal entre la madre y el padre putativo, y el hecho de que el hijo es producto de aquella relación; la primera es fácil, la segunda casi siempre depende del testimonio de la madre misma: en lo que se funda que las leyes que la han permitido, han tenido que contentarse con el juramento de la madre, que es testigo en propia causa y parcial. Y si bajo el punto de vista positivo la investigación no debe ser admitida, tampoco en principios de equidad, pues aun siendo iguales los deberes no se ofende á la moral negando á los hijos un derecho que no pueden probar».

Esta materia adquirió mayor importancia desde que el Código de Napoleón prohibió la investigación de la paternidad.

3.^a A principios del siglo xx, ya se iniciaba una corriente favorable a la investigación de la paternidad, condenando a las legislaciones que mantenían dicha prohibición. Se afirmaba: «hoy la ciencia se inclina por el lado opuesto, y todos aquellos temores de turbar la paz de las familias y hasta el orden social, quedan contrarrestados con el interés de los hijos abandonados y desgraciados sin culpa suya, y por otras razones de mayor valía que las apuntadas por los defensores del código de Napoleón»⁶². En este sentido, CIMBALI afirma: «Donde una persona, cualquiera que sea, es causa moral de daño legalmente incontrovertible, allí surge la obligación imperiosa de repararlo en la medida proporcionada a la entidad y cualidad de éste. Es precisamente el criterio fundamental para poder resolver rectamente la cuestión y responder victoriosamente a todas las objeciones que suelen moverse contra la bien entendida investigación de la paternidad»⁶³.

Los argumentos son los siguientes:

a) Que se le conceda al hijo el derecho de exigir de sus padres el cumplimiento de obligaciones nacidas de la paternidad⁶⁴.

b) Que se conceda al hijo y a la madre, como perjudicados, la investigación de la paternidad como reparación de la falta cometida.

Los autores que siguen este planteamiento consideran que «la dificultad de justificar con prueba relativamente segura la relación de paternidad natural, no es ya una razón para excluir absolutamente la investigación; como la posibilidad del abuso no es causa suficiente para impedir el uso legítimo de un derecho»⁶⁵.

En definitiva, se admite la investigación de la paternidad por el supremo principio de que toda persona debe responder de los daños que ocasiona, y el que es causa de la causa es causa del mal causado.

⁶² VALVERDE, *op. cit.*, pág. 425.

⁶³ CIMBALI, citado por VALVERDE, pág. 425.

⁶⁴ VALVERDE, pág. 425 afirma: «Aunque los hijos son fruto de uniones reprobadas por la moral, es lo cierto que ellos son los que sufren las consecuencias de la reprobada conducta de los padres, y ya que llevan el estigma de la ilegitimidad, justo es que se les conceda el derecho de exigir a sus padres el cumplimiento de aquellas obligaciones nacidas de la paternidad».

⁶⁵ CIMBALI y VALVERDE, en VALVERDE, *op. cit.*, pág. 426.

VALVERDE propone:

a) La investigación de la paternidad como principio general.

b) Respeto a las siguientes presunciones:

b') Si existe matrimonio, el hijo nacido dentro de él, es hijo del marido, salvo prueba en contrario.

b'') Si no existe matrimonio, ninguno se reputará padre del nacido mientras no se pruebe.

c) La acreditación de la paternidad natural puede tener lugar mediante declaración del padre o por la evidencia de los hechos. Los medios de prueba deberían ser tasados por el legislador.

Sólo se permite la investigación de la paternidad en los casos determinados taxativamente por el Código en los artículos 135 y 136⁶⁶.

2.1.2. Artículo 43 de la Constitución Española de 1931

Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad.

VALVERDE se pregunta acerca del sentido de este artículo:

— O no aporta nada.

— O significa la admisión en las leyes de la investigación de la paternidad, modificando el criterio del Código Civil.

Afirma VALVERDE: «La ambigüedad del texto constitucional no autoriza para deducir en concreto su pensamiento, pero parece vislumbrarse que es partidario de la permisión de la investigación sin restricciones, y más si se tiene en cuenta el criterio extremista de nuestra ley constitucional»⁶⁷.

⁶⁶ Artículo 135: *El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes: 1.º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad. 2.º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. En los casos de violación, estupro o rapto, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole.*

Artículo 136: *La madre estará obligada a reconocer al hijo natural: 1.º Cuando el hijo se halle respecto de la madre en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior, 2.º Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.*

⁶⁷ VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, t.-Apéndice de la 3.ª edición, Valladolid, 1932, pág. 81 del Apéndice al t. 4.

GARCÍA CANTERO expresa de este modo la situación:

«El cambio de régimen político, operado el 14 de abril de 1931, supuso la implantación de principios, en el ámbito del Derecho de familia, distintos y aun opuestos a los que sirvieron de base al Código, de los cuales, unos se reflejaron en la legislación ordinaria y otros no. Así ocurrió con lo establecido en el artículo 43, que imponía a los padres para con sus hijos nacidos fuera de matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él, prohibiendo, además consignar indicación alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de la filiación, ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de nacimiento»⁶⁸.

Esta norma se calificó de programática mientras no fuese desarrollada legislativamente.

Para cumplir la previsión constitucional de igualdad de los hijos se publicó el decreto de 3 de febrero de 1932, que prohíbe la consignación de la legitimidad o ilegitimidad de los hijos en las inscripciones de nacimiento y permite la inscripción del reconocimiento de filiación otorgado por padres casados.

Tras la derogación de la Constitución de 1931, el Tribunal Supremo confirmó el carácter meramente programático del artículo 43. Como afirma GARCÍA CANTERO, el Tribunal Supremo negó validez a los referidos reconocimientos y prohibió «el uso de los apellidos de sus progenitores (cfr. sentencias de 4 de febrero de 1960 y 14 de noviembre de 1963); una sentencia posterior autoriza, sin embargo, a seguir usando tales apellidos aunque negando el *status* de hija natural a la reconocida al amparo de la legislación registral republicana (sentencia de 19 de enero de 1972). También quedó incumplida la promesa de regular la investigación de la paternidad que se contenía en el mismo artículo 43»⁶⁹.

2.1.3. *Artículo 52 de la Ley de Registro Civil de 1957*

Establece: *Fuera de la familia no podrá hacerse distinción de españoles por la clase de filiación*. Recuérdese en este sentido la afirmación de GARCÍA CANTERO señalada anteriormente respecto a la «concepción

⁶⁸ GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 65. *Vide* a este respecto la bibliografía citada en *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º, 7.ª ed., Madrid, 1958, págs. 7-10.

⁶⁹ GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, 1995, pág. 65.

jurídica imperante, más de acuerdo con el deber moral que a todo progenitor alcanza de dar nombre y amparo a sus hijos»⁷⁰.

2.2. Artículo 39.2 de la Constitución Española de 1978

La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

En la doctrina se ha discutido acerca del acierto de esta norma. GARCÍA CANTERO afirma respecto de dicho artículo 39.2 de la Constitución: «Norma que interesa directamente al régimen de la filiación y cuyo único defecto es no fijar un criterio claro, pues posibilitar es facilitar, pero no significa necesariamente hacerlo ilimitadamente. Su redacción claramente indica que precisa de una ley de desarrollo»⁷¹.

Parece que posibilitar supone un avance respecto al término regular, —contenido en el artículo 43 de la Constitución de 1931—, de modo que la investigación de la paternidad se podrá modalizar, pero no prohibir.

La doctrina propugnaba ya desde hacía tiempo la investigación de la paternidad, para de este modo proteger mejor a los hijos⁷². Se criticaba el hecho de que fuesen perjudicados los hijos por una conducta de los padres.

Actualmente carece de fundamento el argumento aludido *supra* de que es un «arcano impenetrable», ya que es posible demostrar la relación genética, de modo que se considera resuelto el problema de prueba.

⁷⁰ GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 66.

⁷¹ GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, pág. 69. En el mismo sentido, BLASCO GASCO, «La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, 1991, pág. 708 afirma: «la expresión “posibilitará” puede admitir determinadas restricciones de orden temporal (plazos) o subjetivo (legitimados), pero no habilita al legislador para impedir de manera absoluta la investigación y el conocimiento de la verdad biológica».

⁷² Cfr. LACRUZ BERDEJO, en el Prólogo a RIVERO HERNÁNDEZ, *La presunción de paternidad legítima*, Tecnos, Madrid, 1971. Tras la reforma, cfr. GARCÍA CANTERO, «La reforma de la filiación», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1983-II, págs. 135 y ss. y en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), págs. 23 y ss.; HERRERA CAMPOS, *La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1987; CASTRO GARCÍA, *La investigación de la paternidad*, Editorial COLEX, Madrid, 1992; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Investigación de la paternidad: acciones de filiación*, 1.ª ed., Actualidad Editorial, Madrid, 1994.

2.3. Artículo 127 del Código Civil (redacción dada en 1981)

El artículo 127 establecía: *En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas.*

El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.

Actualmente esta materia se regula en el artículo 767 de la LEC, según el cual: 1.º *El juez no admitirá demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.*

2.º *En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.*

Se admite, pues, con toda claridad, la investigación de paternidad. Fue objeto de un amplio estudio por la doctrina⁷³.

2.4. Artículo 5.5 de la LTRA de 22 de noviembre de 1988

La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.

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.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8.º, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

Esta materia es objeto de estudio en el capítulo dedicado al anonimato del donante, donde se hace referencia a los problemas de inconsti-

⁷³ Cfr. la bibliografía sobre el Proyecto y la Ley de 1981, recogida por GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, págs. 12-14.

tucionalidad que podrían plantearse. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 17 de junio de 1999, se pronuncia a favor de la constitucionalidad de esta regulación.

3. CONCEPTO DE PATERNIDAD

En este epígrafe se pretende analizar el concepto de paternidad y ver si éste ha sufrido algún cambio con la aprobación de la LTRA de 22 de noviembre de 1988.

3.1. Regulación del Código Civil

En la regulación general del Código civil, referida a la filiación por naturaleza —por el principio de veracidad biológica—, aquél que resulte ser el progenitor —biológico, como es sabido—, ejercerá la función jurídico social de padre (esto es, será titular de la patria potestad).

Así, se puede citar el artículo 156 del Código Civil: *La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores [...]*.

En el Código Civil se puede afirmar que progenitor (persona que aporta el gameto) y padre (quien ejerce la función jurídico social de padre) son figuras que tienden a identificarse⁷⁴.

Es ya conocido que este principio de veracidad biológica no es absoluto. Se admitían diversos supuestos en los que la realidad biológica y jurídica no eran coincidentes. Así, sin ánimo exhaustivo, se pueden señalar:

— La presunción de matrimonialidad del artículo 116 permite que aquellos hijos que no son biológicamente del marido aparezcan como tales si no se interpone la correspondiente acción⁷⁵.

⁷⁴ Vide artículos 111, 119, 122, 124, y 140 del Código Civil y 767.3.º, 768.1.º y 2.º LEC (antes artículo 128 del Código Civil). Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A, 1989, pág. 51 y GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 76.

⁷⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 204.

— El reconocimiento de complacencia supone la aceptación de la existencia de padre y progenitor como figuras diversas ⁷⁶.

— La adopción construye una paternidad sin relación biológica, basada, de una parte en el afecto y la voluntad de ser padre, y de otra, en el bien del hijo ⁷⁷.

3.2. La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988 y el concepto de paternidad

Se ha de cuestionar cuál es el papel del padre en las técnicas de reproducción asistida. Quizás en un primer acercamiento se ha de distinguir:

— Si el varón de la pareja aporta gametos, se identifican las figuras de padre y progenitor. Por remisión del artículo 7.1 de la LTRA, el régimen jurídico aplicable será el previsto con carácter general por el Código Civil ⁷⁸.

— Si el varón de la pareja no aporta gametos, se produce una disociación entre padre y progenitor, a quien la LTRA denomina «donante» ⁷⁹. Es ésta una de las especialidades que contempla el artículo 7.1, y que por tanto no se regirá por el Código Civil, sino por el artículo 8 de la LTRA.

— Si no concurre ningún varón, sino que solicita la utilización de las técnicas una mujer sola, existirá progenitor (que es el aportante de semen), pero no habrá, en principio varón que ejercite la función jurídico social de padre.

⁷⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, pág. 207.

⁷⁷ GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, pág. 404. Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989. *Vide* la amplia bibliografía citada por este autor en las páginas 363-364.

⁷⁸ Artículo 7.1: *La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regilará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.*

⁷⁹ Curiosamente, el término «progenitor» no se utiliza en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988. Esta Ley utiliza frecuentemente el término donante (23 veces). Respecto a la terminología, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *El Derecho Civil a finales del siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 123, ya aludía al «recurso constante (y me atrevería a decir que inevitable) a las categorías y terminología patrimoniales para identificar los problemas y apuntar las posibles soluciones».

Sin embargo, se utiliza en los artículos 2.a, 2.f y 5.2 de la Ley 42/1988 de Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, próxima en su elaboración a la citada LTRA, y emparentada temáticamente a ella.

3.3. Posiciones doctrinales

3.3.1. Autores que no aceptan de buen grado la distinción entre padre y progenitor

Una parte de la doctrina observa con cierta inquietud esta calificación. Así, antes de la reforma del Código Civil de 1981, por ejemplo, PIÑAR LÓPEZ consideraba que los «conceptos de padre e hijo descansan en el vínculo biológico, [...]. A veces, sin embargo, [...] razones de seguridad o de orden superior, que aconsejan respetar la situación de apariencia y atribuirle plenitud de eficacia»⁸⁰. Aporta como ejemplos la inseminación artificial con semen del marido, (en adelante, IAC)⁸¹ o con semen de donante (en adelante, IAD) conyugal en plazos previstos por el Código Civil si no se ejercitan las acciones de impugnación. Si se conoce al donante, éste no será calificado de padre, sino de mero reproductor. Entiende que el nacido, respecto del donante no es hijo, sino fruto biológico. Concluye afirmando que «sólo es padre el que da la vida según el orden natural. [...] Los frutos obtenidos por inseminación artificial han sido, ciertamente, alumbrados por una mujer, que es su madre, pero aunque suene a paradoja, son, paternalmente, hablando, hijos de nadie, como señaló TRABUCCHI, y ello aun cuando pueden tener tres padres: uno moral, el marido de la madre que dio su “consensus” para la inseminación “cum semine alieno”; otro biológico, el dador del elemento viril fertilizante, y otro, por último, instrumental, el médico que llevó a cabo la inseminación. A tales absurdos conduce actuar contra naturaleza»⁸².

Algunos autores en la doctrina italiana se han planteado si es suficiente la procedencia genética para atribuir la paternidad. Se podría afirmar, con VERCELLONE que cabrían dos respuestas:

— La respuesta simple sería afirmativa, pues sirve para fecundación natural y sólo se ha cambiado el instrumento. Así, se determinaría por la procedencia del semen.

— Una respuesta más profunda sería negativa porque la paternidad, en concepción tradicional, se fundaba en la responsabilidad derivada de la voluntad del acto necesario, no por la voluntad de fecundar⁸³.

⁸⁰ PIÑAR LÓPEZ, «Problemas morales y jurídicos de la inseminación artificial», *Estudios en honor del profesor Castán*, volumen V, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 566.

⁸¹ La denominación IAC también se utiliza para referirse a los supuestos en que el varón que consiente aporta los gametos masculinos.

⁸² PIÑAR LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 567.

⁸³ Vide VERCELLONE, en «La filiazione» en *Trattato di Diritto civile Vassalli*, UTET, Torino, 1987, pág. 316.

En cuanto a la fecundación artificial, entiende que para determinar la paternidad deben concurrir dos elementos: la derivación genética y la voluntariedad del destino del semen con la finalidad de fecundar una mujer determinada para el eventual, pero esperado y querido nacimiento del hijo común⁸⁴. Como consecuencia, si la mujer es fecundada con semen de tercero, el marido no es padre del nacido, aunque consienta⁸⁵.

TRABUCCHI exige verdad biológica y responsabilidad simultáneamente para atribuir la paternidad. En el supuesto de la IAD no concurren en la misma persona. Por ello le denomina como hijo de la madre o de la probeta⁸⁶.

Ambos autores consideran que padre será el progenitor que, además asume la responsabilidad. En ningún caso atribuyen la paternidad al marido que consintió la IAD de su mujer. En todo caso ha de coincidir pues la figura del padre y el progenitor en una misma persona para atribuir la cualidad de padre.

Se ha de advertir que únicamente se admitiría la procreación artificial homóloga con el consentimiento del varón.

3.3.2. *Autores que reconocen la distinción entre padre y progenitor*

Esta distinción es aceptada por la doctrina mayoritaria.

En este sentido, LACRUZ afirma «Es ya importante y significativo el sector de la doctrina que señala cómo las nuevas técnicas biológicas abocan a la separación entre los conceptos de “padre” y “progenitor”: aquél, conteniendo una carga de sentido sociocultural y jurídico de la que carece este otro término. La progenitura, la circunstancia de la procedencia genética —en su caso, biológica—, será para la Ley, en muchos supuestos, determinante de la paternidad, pero en unión de otras circunstancias: no por sí sola. La paternidad supone que a una persona se le imponen los deberes del padre, con el correlativo conjunto de posibilidades, poderes y funciones, y este fenómeno se determina por causas diversas,

⁸⁴ Vide VERCELLONE, *op. cit.*, pág. 317.

⁸⁵ Vide VERCELLONE, *op. cit.*, pág. 321, afirma: «Se la moglie è fecondata con seme non del marito, questi non è il padre del figlio».

⁸⁶ TRABUCCHI, «Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista», *Rivista di Diritto Civile*, 1986-1, en la pág. 500 afirma: «Pertanto el figlio nato per mezzo di una inseminazione alla quale non corrisponde un'azione specifica, e quindi responsabile, nei riguardi di una determinata donna, resta necessariamente figlio di nessuno (o, con un termine di cattivo gusto, figlio della provetta)».

entre las cuales entra siempre la responsabilidad por la cohabitación fecunda (no, como único elemento de imputación, la procedencia del gameto), al par que el matrimonio (presuntivamente) y la voluntad de devenir padre formalmente manifestada en la adopción y que constituye en ella el factor más relevante. El Código ha llegado en la adopción a una atribución de paternidad fundada en el afecto y la voluntad de ser padre (el bien del hijo, asimismo) y desprendida del dato biológico, voluntad que tampoco podrá dejar de ser tenida en cuenta en el momento de valorar ciertas situaciones de fecundación artificial e *in vitro*, y que posiblemente constituye el fundamento de la decisión de diversos Códigos extranjeros en orden a conceder e imponer la paternidad al marido que consintió la inseminación heteróloga de su esposa»⁸⁷.

⁸⁷ LACRUZ BERDEJO, «La Constitución y los hijos artificiales», *AC*, 1987, pág. 2037; RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 154, afirma: «Nuestra ley de 1988 emplea las mismas categorías y palabras de filiación, paternidad y maternidad que el Código para situaciones y relaciones claramente diferentes. Hay, con ello, según entiendo, no sólo un evidente deslizamiento hacia concepciones cada vez más sociales, espirituales y afectivas de esas categorías jurídicas —algo no nuevo, pues un desplazamiento importante del elemento biológico por componentes de aquel tipo existe ya en la reforma de 1981— sino que se dibuja en la nueva realidad y en la ley aludida un desdoblamiento de la clásica paternidad/maternidad en dos categorías diferentes, institucionalmente separadas (es decir, por hipótesis y desde el principio; no como en otros casos en que el Derecho permite la no coincidencia): la paternidad/ maternidad (sólo) jurídica y la relación biológica o de procreación; o sea la diferencia que hay entre padre/madre formal y progenitor».

En este mismo sentido, Díez PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, v. II (Madrid, Tecnos, 1995), pág. 557, afirman: «La filiación no es, pues, necesariamente una situación derivada de un hecho biológico. De algún modo puede decirse que una cosa es ser padre y otra cosa ser progenitor, palabra antes inhabitual, que comienza a ser utilizada cada vez más por la ley. Padre contiene una carga de sentido sociocultural y jurídico de la que carece el término progenitor. En realidad, los términos “paternidad”, “filiación”, “padre”, “hijo” expresan sobre todo categorías jurídicas estructuradas sobre roles culturales que encuentran una definición espontánea en nuestra sociedad. De esta manera la regla B es padre de A significa que B tiene que cumplir respecto de A el conjunto de deberes —con el correlativo conjunto de derechos— o, si se prefiere, el conjunto de funciones o el conjunto de papeles que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen con esa denominación».

Cfr. MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, págs. 200-201 y 217-218; GÓMEZ DE LA TORRE, «La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida», *AC*, 1993, pág. 293.

LLEDO YAGÜE, en *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, 1988, págs. 136-143, aun reconociendo la distinción, considera que se trata de paternidad desnaturalizada. Ofrece dos matizaciones: a) La filiación no es exclusivamente consecuencia de la sangre; b) De la investigación de la paternidad no se derivan obligaciones paternofiliales. Finalmente atribuye primacía a la paternidad jurídica.

REVERTE NAVARRO, tras reconocer la distinción en «Consideraciones desde el punto de vista del derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Universidad de Murcia, 1992, pág. 22, manifiesta: «Se van separando cada vez más el concepto de filiación jurídica y el de procreación o filiación biológica, constatándose lo que en la doctrina germana e italiana se llama filiación social frente a filiación por naturaleza».

Por su parte, MONTÉS PENADÉS califica de perturbadora la disociación en los conceptos de procreación, maternidad y paternidad en el Congreso de Cáceres de 1987⁸⁸. Posteriormente reconoce la distinción citando a DÍEZ PICAZO⁸⁹.

BLASCO GASCO afirma con claridad: «Los conceptos de padre (y madre) e hijo no son conceptos naturales sino culturales. El concepto natural es el de progenitor y el de procreado: el concepto jurídico cultural, en cambio, es el de padre y madre y el de hijo⁹⁰.

3.3.3. *¿Existe un concepto o varios de paternidad?*

En la doctrina ya se distinguía en la IAD entre padre ideal, moral o espiritual (era el marido de la madre que decidía que el niño naciese), instrumental (el médico) y biológico (el donante)⁹¹.

En el Informe elaborado por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas se distinguen las siguientes clases de paternidad, no incompatibles entre sí:

- Biológica, en la que el varón aporta el semen.
- Educacional, determinada por su intervención en la educación del hijo.
- De deseo, cuando el varón expresa su deseo de paternidad.
- De adopción, según deriva de las leyes.
- Legal o reconocida por las leyes y así constatada⁹².

⁸⁸ MONTÉS PENADÉS, «La genética actual y el Derecho de Familia», Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, abril 1988, pág. 26; «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 174.

⁸⁹ MONTÉS PENADÉS, «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», *AC*, diciembre 1994, pág. 968.

⁹⁰ BLASCO GASCO, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991), págs. 351-152.

⁹¹ STOYANOVITCH, en «La légitimité des enfants nés par suite de l'insémination artificielle, en France et aux États-Unis d'Amérique», *R.I.D.C.*, 1956, págs. 268-269; PIÑAR LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 567.

⁹² Informe de la Comisión Especial de Estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, págs. 38-41.

Finalmente, MORO ALMARAZ se pregunta si existe un solo concepto originario de filiación y paternidad y lo demás es construcción a semejanza o imitación; o si el concepto de paternidad es variable con el tiempo y los cambios sociales. Entiende que es variable, aunque mantiene mucho de su esencia en cualquier tiempo histórico. Recuerda la importancia del vínculo de sangre históricamente. Se decanta por un nuevo sentido de la paternidad⁹³. Así, afirma: «Nuestro Derecho ya ha asumido conscientemente que paternidad y maternidad son más que pura procreación, que pura genética.[...] La función social de la paternidad supera con mucho la dimensión física de la reproducción[...]. La IAD o la FIV presentan la ventaja y la complicación de relativizar el parentesco biológico en interés de la que se considera como verdadera paternidad: paternidad afectiva, educativa, adoptiva»⁹⁴.

Se ha de advertir que junto a las clases de paternidad, se reconoce la existencia de los llamados «hijos sin padre», es decir aquellos nacidos por IAD sin el consentimiento del varón de la pareja o en los casos de utilización de las técnicas de reproducción asistida por mujer sola⁹⁵.

3.4. Recapitulaciones

Se distingue:

- Progenitor es aquel que transmite los genes.
- Padre es quien ejerce la función jurídico social de padre, es decir el conjunto de derechos y deberes respecto del hijo.

Siguiendo la distinción inicial, se diferencian conforme a la regulación de la LTRA de 22 de noviembre de 1988:

⁹³ MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 208. En cuanto a cómo surge la paternidad, así como a la trascendencia de la misma, *vide* págs. 204 y ss.

⁹⁴ MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, págs. 215-216.

⁹⁵ *Vide* Informe de la Comisión Especial de Estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987 Recomendaciones 100 y 101; y artículo 7 de la Proposición de Ley 122/000062, de 29 de abril de 1987, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados (III Legislatura), n.º 74.1 de la Serie B (Proposiciones de Ley), correspondiente al 9 de mayo de 1987, presentada por el Grupo Socialista.

— Si el varón que consiente, (habitualmente, el marido o conviviente) aporta gametos, será progenitor y padre.

— Si dicho varón no aporta gametos, y consintió la IAD, será padre, aunque no progenitor.

— Si una mujer sola utiliza las técnicas de reproducción asistida, obviamente el donante será progenitor del nacido, quien en principio carecerá de la figura de padre, ya que como es sabido, el donante no será considerado padre jurídica ni socialmente.

4. ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES RELATIVAS A LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

Me parece oportuno, referirme en este apartado dedicado a las cuestiones previas a la determinación de la paternidad, a algunos aspectos que facilitarán la comprensión de los supuestos específicos que se analizan más adelante. En concreto planteo si el reconocimiento es una declaración de ciencia o de voluntad, y si se puede referir a un *nasciturus*, o incluso a un *concepturus*, ya que en estas técnicas se plantea más frecuentemente esta situación (como se verá en los supuestos que se describen en los siguientes epígrafes). Asimismo conviene distinguir el reconocimiento del expediente registral, en que no basta la declaración del reconocedor.

Es sabido que la filiación no matrimonial procede de padres no casados entre sí. Su determinación exige una intervención del varón, es decir no se realiza automáticamente.

Por remisión del artículo 7 de la LTRA, se aplicarán las normas del Código Civil. En este sentido el artículo 120 establece: *La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:*

1. *Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.*
2. *Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.*
3. *Por sentencia firme.*

Se indican a continuación, brevemente, algunos aspectos de interés, suscitados por el artículo 8.2 de la LTRA en relación con el artículo 120 del Código Civil, respecto de las técnicas en general:

1.º Con carácter general, respecto del reconocimiento, unos consideran que es una declaración de ciencia⁹⁶. En este sentido se afirma: «El reconocimiento es una declaración de ciencia (de algo que conoce) muy particular que hace el reconocedor: al declarar su paternidad/maternidad afirma implícitamente: de un lado, las relaciones sexuales habidas con otra persona (es lo único que le consta con certeza), y de otro, su creencia de que el hijo es suyo, que ha nacido de esas relaciones precisamente. De ambos elementos, es el primero, el dato objetivo de la cohabitación, el más relevante, mucho más que la creencia de la propia paternidad (en la maternidad no hay cuestión), la cual incluso en la filiación matrimonial (donde puede ser más verosímil y respaldada por un deber de fidelidad) resulta intrascendente a efectos jurídicos. [...] En tanto que en la declaración del reconocedor hay una manifestación de contenido (de ciencia) y una decisión o acto de voluntad, estructuralmente constituye un acto jurídico, con los requisitos correspondientes (adecuación de lo declarado a lo querido, ausencia de vicios del consentimiento), pero no es (hoy, al menos, en nuestro Código) un negocio jurídico»⁹⁷.

Otros entienden que se trata de una declaración de voluntad. Así PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS afirma: «el reconocimiento no es una *confesión*, sino una *admisión*. Cuando de la paternidad se trate, el *hecho personal* susceptible de confesión sería el haber tenido relaciones sexuales en tiempo oportuno para determinada concepción. Pero la realidad de la paternidad no es un *hecho personal* del confesante. El autor del reconocimiento sólo puede tener evidencia de la *posibilidad* de ser él el padre, pero no de la *realidad* de serlo. El *Derecho* no valora ni inquiriere las razo-

⁹⁶ Cfr., por todos, RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 109.

⁹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 461 y en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, págs. 107 y ss. En pág. 109 concluye: «el reconocimiento del artículo 120-1 y concordantes del Código Civil constituye estructuralmente un acto jurídico (semejante o próximo a negocio)».

En el mismo sentido, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, t. III, v. 1.º, de los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por ALBALADEJO, artículos 108 a 141, Madrid, 1984, pág. 369 y en la segunda edición del año 2000, págs. 351-352, afirma: «[...] es una declaración de ciencia, muy semejante a la confesión extrajudicial, aunque difiera de ella no sólo desde el punto de vista funcional (el reconocimiento no es sólo, como la confesión, un medio de prueba), sino también porque, dentro de las declaraciones de ciencia, aparece especialmente tipificada y goza de una reglamentación propia, sin que sea preciso subsumirlo dentro de la normativa general de la confesión, a la que sólo habría que acudir, en último término, para suplir las posibles carencias de la que rige específicamente el reconocimiento».

nes, más o menos probables, por las que se declara solemnemente padre, sino sólo la *voluntad de reconocer*, la *decisión* de admitir la propia paternidad [...].»⁹⁸.

En el supuesto de técnicas homólogas, el reconecedor sabe que aportó gameto masculino, es progenitor y asume la paternidad jurídica. Parece que se trata fundamentalmente de declaración de ciencia en cuanto conoce su paternidad biológica.

2.º El párrafo 2.º del artículo 120 se refiere al expediente registral del artículo 49 de la LRC, que se distingue del reconocimiento. En este sentido, RIVERO afirma: «No es una forma de reconocimiento, porque éste determina directamente la filiación, y el escrito indubitado o la posesión de estado de ese artículo son sólo meros requisitos para la determinación de la filiación en la resolución recaída en el expediente registral (que puede ser negativa, también, con esos elementos de juicio)»⁹⁹. Respecto de este expediente, el artículo 8.2 LTRA considera el consentimiento a las técnicas de reproducción asistida como escrito indubitado.

3.º El reconocimiento del *nasciturus* es admitido unánimemente por la doctrina¹⁰⁰.

No se admite el reconocimiento del *concepturus*, en cuanto imposibilidad lógica, según sentencia de comienzos de este siglo (Sentencia de 19 de diciembre de 1912). Sin embargo BERCOVITZ, en la Ponencia presentada al Congreso Mundial Vasco (en relación a las técnicas de reproducción asistida), lo sugiere¹⁰¹. De hecho, según la regulación de la LTRA

⁹⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, págs. 427-428. Acerca de si el reconocimiento se considera un acto o un negocio jurídico, cfr. la exposición elaborada por GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), págs. 166 y ss.

⁹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentario del Código Civil*, pág. 466; y en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, cit. *supra*, pág. 105. Vide el completo tratamiento realizado por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, v. I, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 890 y ss.

¹⁰⁰ Vide GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, págs. 179-180 y RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, cit. *supra*, págs. 113-114.

¹⁰¹ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «La filiación inducida y las clasificaciones legales», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, en pág. 129 afirma: «[...] el reconocimiento del *concepturus* parece contrario a la lógica. Sin embargo, ello no tiene que ser necesariamente así. En primer lugar, no es tan contrario a la lógica cuando la inseminación-tenga lugar dentro de una pareja estable. En segundo lugar, al margen de la consideración

se admite la fecundación *post mortem* ¹⁰². El supuesto legal contemplado en el artículo 9 LTRA en sus párrafos 2.º y 3.º, se refiere al reconocimiento de un *concepturus* ¹⁰³.

5. NOCIONES RELATIVAS A LA DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD

5.1. Introducción

Se ha afirmado que «la determinación de la filiación de los nacidos por la utilización de las técnicas de reproducción asistida es posiblemente la cuestión más importante planteada desde el punto de vista jurídico civil por la ley» ¹⁰⁴.

Para determinar la paternidad de los nacidos por técnicas de reproducción asistida, se aplica el artículo 7 de la LTRA, que establece: *La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo*.

En este sentido, ALBALADEJO, yendo un poco más lejos, afirma que «salvo que aparezca otra cosa, se presume que los hijos han sido habidos por fecundación natural, y valen las reglas de la filiación que establece el Código, reglas, éstas que habrá que aplicar asimismo a cualquier tipo de filiación que quepa no ajustado a los requisitos de la Ley de 22 de noviembre de 1988, y a la propia filiación que ésta regula, salvo las especialidades que ella misma establece» ¹⁰⁵.

anterior, por la propia naturaleza de las cosas ese reconocimiento previo no es ilógico cuanto los sujetos afectados piensan someterse a la aplicación de técnicas de fecundación asistida. Una vez más, las características propias de este tipo de fecundación y el hecho de que el expediente médico recoja una prueba directa de la generación me inclina a opinar que ese reconocimiento del *concepturus* debe valer como tal en estos casos, permitiendo la inscripción de la filiación no matrimonial correspondiente en el momento del nacimiento».

¹⁰² Me remito al capítulo dedicado a su estudio, donde me refiero a este aspecto.

¹⁰³ Artículo 9 LTRA: 2. [...] *el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial*.

3. *El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad*.

¹⁰⁴ REVERTE NAVARRO, «Consideraciones desde el punto de vista del derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Universidad de Murcia, 1992, pág. 25.

¹⁰⁵ ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. IV, 6.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S. A., 1994, pág. 273.

Por tanto se han de aplicar las reglas establecidas por el Código Civil, que se describen brevemente. En este sentido, el artículo 108 establece: *La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*. Ahora bien la equiparación se refiere al contenido y efectos de la relación paternofilial fundamentalmente (derechos y deberes de padres respecto a los hijos y viceversa). En cambio, los regímenes de determinación son diferentes. De hecho, la presunción *iuris tantum* de paternidad del marido, que facilita el establecimiento de la filiación matrimonial, no se da en la filiación no matrimonial. Por ello, el Código Civil, en principio, proporciona más medios para determinar la filiación no matrimonial que para la matrimonial.

A continuación se describen brevemente los siguientes aspectos generales de la determinación: concepto, clases, título y prueba.

5.2. Concepto

La reforma de 1981 introdujo en el Capítulo II el concepto de determinación de la filiación. ¿Qué es la determinación?

En este planteamiento inicial seguiré a SANCHO REBULLIDA, quien define la determinación como una «afirmación jurídica de una realidad biológica presunta y la calificación de la misma»¹⁰⁶. La calificación se refiere al carácter matrimonial o no.

5.3. Clases

Siguiendo a SANCHO REBULLIDA¹⁰⁷, la determinación de la filiación puede ser:

¹⁰⁶ SANCHO REBULLIDA en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1982, pág. 606. En la edición de 1989 redacta esta materia RIVERO HERNÁNDEZ. Así, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 40, la define como «la constatación jurídica del hecho biológico de la procreación: el establecimiento formal de la relación (biológica) de filiación». Advierte que «no es, sin embargo demasiado claro su tratamiento (creo que es el más desafortunado de los dedicados a la materia) y en algunos preceptos parece confundirse esa “determinación” con las ideas de título y prueba, que manejan a veces confusamente los artículos 112 y ss. del Código Civil».

¹⁰⁷ Cfr. SANCHO REBULLIDA, *op. ult. cit.*, págs. 606-607.

1. Legal: es la formulada por la ley a partir de un supuesto de hecho que se considera evidente. Así, por la inscripción de la maternidad en el Registro Civil, unida a la presunción de paternidad del marido, se determina la filiación respecto del marido.

2. Judicial o administrativa: es la que se establece en resolución firme y vinculante. Se distinguen tres tipos:

a) En sentencia ejecutoria recaída en un proceso civil como consecuencia del ejercicio de una acción de filiación.

b) En sentencia ejecutoria dictada como resultado de los hechos probados en un proceso penal.

c) En resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la regulación del Registro Civil.

3. Negocial: Es la que resulta de una declaración de voluntad emitida a tal efecto. Así, por ejemplo, el reconocimiento de la filiación no matrimonial.

La determinación de la filiación tiene efectos retroactivos (artículo 112 del Código Civil) porque es la afirmación jurídica de un hecho preexistente.

5.4. Título

SANCHO REBULLIDA considera que por su carácter de estado civil, la filiación aparece dotada de un título, es decir de una prueba preconstituida fácilmente demostrable y difícilmente falseable que acredita la filiación judicialmente y también frente a terceros, sobre todo frente a la Administración, como en los demás supuestos de estado civil; ese título es la inscripción en el Registro Civil, según el artículo 113.1.¹⁰⁸

RIVERO HERNÁNDEZ, siguiendo a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, CÁMARA, DÍEZ PICAZO y GULLÓN, distingue entre:

— Título de atribución, entendido como el hecho o acto que, según el ordenamiento, constituye una cierta relación de estado civil: en este caso, lo sería el hecho de la generación.

¹⁰⁸ SANCHO REBULLIDA, *op. ult. cit.*, págs. 607-608.

— Título de legitimación, el que proclama a una persona, a todos los efectos legales y frente a todos, como titular de un estado civil y le habilita para el ejercicio de los derechos derivados ¹⁰⁹.

Respecto a cuáles sean los títulos de legitimación recuerda que antes de la reforma de 1981, «el título de legitimación por excelencia era la inscripción en el Registro Civil y sus certificaciones; y era título subsidiario “la posesión constante del estado de hijo legítimo”, pero sólo para la filiación matrimonial, que no para la extramatrimonial. En la actual redacción del Código Civil los títulos de legitimación son los del art. 113-1: *la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado*». En este sentido, RIVERO considera que como títulos de legitimación, no hay otros que los que indica el 113, pero finalmente entiende que hay cierta subsidiariedad de todos los títulos respecto a la inscripción en el Registro Civil ¹¹⁰.

Por ello puede afirmarse que el título por excelencia para probar la filiación en el tráfico es la inscripción en el Registro Civil y los demás medios se dirigen a crear o modificar dicha inscripción.

5.5. Prueba

El artículo 113 del Código Civil contempla medios de prueba de manera poco clara. Mezcla dos tipos de prueba:

- En el tráfico, por inscripción en el Registro Civil, y su certificación.
- En el proceso, se admiten más pruebas (artículo 127 del Código Civil, hoy artículo 767 LEC).

SANCHO REBULLIDA afirma que «la prueba de la filiación es el medio propuesto y practicado en el proceso para acreditarla y producir su determinación judicial y la creación o —rectificación— de su título de

¹⁰⁹ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 43, excluye la presunción de paternidad como título de legitimación, ya que la considera únicamente una presunción legal. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, por el contrario lo acepta, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 877 y ss.

¹¹⁰ Vide en este sentido RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, págs. 43 y ss.

estado»¹¹¹. A esto se refiere el artículo 127 del Código Civil (hoy, artículo 767 LEC). En el ámbito del proceso no existen restricciones en cuanto al número y modalidad de las pruebas. Se incluyen las pruebas biológicas expresamente porque anteriormente se excluían¹¹².

En definitiva, la elección de las reglas para determinar la filiación responde a una opción de política legislativa, es decir es el legislador quien decide qué criterio utilizará para atribuir la filiación.

II. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN CASO DE MATRIMONIO

1. PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL MARIDO

1.1. Planteamiento

En este apartado se analiza el supuesto en que el marido aporta el gameto masculino y su consentimiento a las técnicas¹¹³.

¹¹¹ SANCHO REBULLIDA *op. ult. cit.*, pág. 608.

¹¹² Respecto de las pruebas dirigidas a la investigación de paternidad, así como las probabilidades que ofrecen, cfr. el interesante estudio de CASTELLANO ARROYO, «Pruebas genéticas de investigación de la paternidad», *Genética humana. Fundamentos para el estudio de los efectos sociales derivados de los avances en genética humana*, 1995, págs. 269 y ss. En concreto en la página 90, describe el procedimiento para la valoración médico-legal de los resultados en los siguientes términos: «Tras el estudio de todos los marcadores de que dispone un laboratorio, sobre las muestras de sangre de las tres personas implicadas [presunto padre, madre e hijo] en la investigación el perito debe proceder:

1.º A comparar los resultados obtenidos en la sangre de la madre y del hijo. De aquí deducirá cuáles son los caracteres que están presentes en el niño y que son iguales a los de su madre, éstos serán los recibidos de ella. La otra mitad de los caracteres serán los que proceden de su padre biológico.

2.º En esta segunda etapa se comparan los caracteres, no maternos, presentes en el niño con los del presunto padre u hombre implicado en la investigación. De esta comparación puede resultar:

— *Exclusión de la paternidad.* Esto sucede cuando alguno o algunos de estos caracteres no son coincidentes en el niño y en el padre presunto. Puesto que tampoco estaban presentes en la madre, está claro que tienen que proceder del padre biológico, si el hombre estudiado como padre presunto no los posee, la conclusión es la certeza de la exclusión de éste como padre de ese niño. Esta exclusión se realiza con una certeza cercana al 100% [...].

— *Probabilidad de paternidad.* Cuando todos los caracteres presentes en el niño lo están, también, en su madre o en el padre presunto, está claro que éste no puede ser excluido como padre, ya que pudo ser él el que transmitiera esos marcadores o caracteres, puesto que es portador de los mismos. En este caso se procede a calcular la probabilidad de que ese hombre, con sus caracteres concretos, sea el padre de ese niño, cuyos caracteres conocemos, así como los de su madre».

¹¹³ La utilización del término fecundación «homóloga» o «heteróloga» es discutida. En puridad, homóloga se refiere a la misma especie, y heteróloga a la mezcla entre especies. Sin

En primer lugar me referiré brevemente a los casos que se incluyen desde un punto de vista médico, jurídico y práctico. A continuación estudiaré según se produzcan durante o después del matrimonio.

A) Desde un punto de vista médico el recurso a las técnicas de reproducción asistida es aconsejado en los supuestos de hipofertilidad, esterilidad secundaria después de tratamiento esterilizante, endometriosis, etc.¹¹⁴.

B) Desde una perspectiva jurídica, ¿qué supuestos se incluyen? En este apartado se estudia la determinación de la paternidad cuando el marido consiente la utilización de las técnicas de reproducción asistida por su mujer, y además aporta el gameto masculino¹¹⁵. Así pues, y por lo que a la paternidad afecta, coincide el elemento genético y volitivo¹¹⁶.

embargo, la doctrina utiliza mayoritariamente «fecundación homóloga» cuando los gametos proceden de la pareja y «fecundación heteróloga» si interviene donante. En este último sentido se utilizarán los calificativos homóloga o heteróloga en adelante.

¹¹⁴ Vide Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, (presidida por PALACIOS), Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, págs. 105 y ss.; VEGA GUTIÉRREZ, M. L., VEGA GUTIÉRREZ, J., MARTÍNEZ BAZA, *Reproducción Asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos bioéticos*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Universidad, Serie: Medicina, n.º 26, 1993, págs. 43 y ss.; MANDELBAUM y PLACHOT, *Generación Probeta*, Urano, Barcelona, 1993, págs. 170 y ss.

Además se incluyen los supuestos en que no existían espermatozoides (antes, necesitaban gameto de donante), pero sí espermátidas (células precursoras de los espermatozoides), pues ya se ha realizado fecundación *in vitro* con dichas células, y ha nacido un niño, según informa el Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI).

Incluso se informa de la posibilidad técnica próxima de un hijo procedente de dos hombres mediante la siguiente técnica: Se sustituye el núcleo de un ovocito (femenino) por el de un espermatozoide, de modo que la carga genética corresponde al varón. Posteriormente es fecundado *in vitro* por un espermatozoide. De este modo nacería una persona con la carga genética de dos varones, pero gestado por una mujer. Sería precisa, pues la denominada maternidad de alquiler prohibida por nuestro ordenamiento, además de suscitar múltiples problemas jurídicos que no son el objeto de estudio.

¹¹⁵ Algunos autores no consideran relevante la distinción según la utilización de las técnicas de reproducción asistida se efectúe con o sin el consentimiento del marido. En este sentido, vide QUESADA GONZÁLEZ, *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, Madrid, Tecnos, 1993, pág. 187. Incluso llega a afirmar que «si el esposo no retira su material genético del centro donde está depositado, puede interpretarse esa pasividad como un consentimiento tácito para que algún día se practique con él una fecundación asistida, pues, de no quererla en ningún caso, debe reclamar su devolución». Parece que se puede atribuir la paternidad al marido de la madre por el interés del hijo, pero quizás resulta excesivo el argumento transcrito anteriormente. Probablemente, un medio para evitar estos problemas sería exigir que el consentimiento conste en escritura pública, o que en cada intento de fecundación artificial se exija el consentimiento del marido. A ello me referiré en el apartado dedicado a procreación artificial sin consentimiento del varón.

¹¹⁶ Vide BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, «La filiación inducida y las clasificaciones legales», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a

Bajo este epígrafe se analizan los siguientes supuestos:

— Inseminación artificial con gameto del marido ¹¹⁷.

— Fecundación *in vitro* con gameto del marido y transferencia del embrión o de los embriones, con gameto femenino propio de la esposa o ajeno (o donado) ¹¹⁸.

Conviene recordar que el sistema de determinación de la paternidad en la regulación del Código Civil —introducida por la reforma 11/1981,

2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 119-120. Adviértase para en adelante que esta publicación es anterior a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988. Cfr también RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, págs. 155 y ss.; REVERTE NAVARRO, «Consideraciones desde el punto de vista del derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Universidad de Murcia, 1992, pág. 26.

¹¹⁷ Vide FERNÁNDEZ GARCÍA *et al.* «Factor masculino, genética y ICSI», *ASEBIR (Asociación para el Estudio de la Biología de la Reproducción)*, diciembre 1997, págs. 5 y ss. Este número está dedicado a la ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides, dirigida a introducir el espermatozoide en el ovocito), que ha de añadirse a la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro* clásica. Con esta nueva técnica se da solución real a casos de fallo de fertilización de factor masculino severo, que no podían ser tratados con fecundación *in vitro* clásica. Es posible utilizar espermatozoides tanto de eyaculado como de epidídimo (órgano situado sobre cada uno de los testículos y constituido por la reunión de los vasos seminíferos) o de tejido testicular. Las indicaciones principales para ICSI son: «bajo número de espermatozoides móviles con apariencia normal, problemas en la unión y penetración del espermatozoide en el ovocito, anticuerpos antisperma que impiden la fertilización, fallo total o parcial de fertilización con las técnicas de FIV clásicas, espermatozoides congelados antes de realizar un tratamiento de quimioterapia» (pág. 9). No puede olvidarse que «estos pacientes tienen un riesgo incrementado de alteraciones genéticas, que pueden transmitir a su descendencia, pudiendo provocar como mínimo el nacimiento de varones que en un futuro necesitarán de esta técnica para tener descendencia» (pág. 10). Asimismo, los profesionales que intervienen en estas técnicas reclaman un marco legal que limite el uso de esta técnica. Advierten de los riesgos: «Frente al beneficio claro e irrefutable que supone la ICSI, hay que considerar sus posibles consecuencias a largo plazo: ¿estamos condenando la humanidad a la esterilidad? Utilizando espermatozoides procedentes de sémenes patológicos para la fecundación y obteniendo embriones viables podemos conseguir que nazcan bebés, pero ¿heredarán ellos la infertilidad de sus progenitores? Probablemente sí. Esto debería considerarse una razón de peso para restringir de alguna forma el uso de la ICSI, pues no creemos que sea la solución definitiva» (pág. 23). «La ICSI es una vía potencial de transmisión de defectos genéticos a la descendencia» (pág. 24). Se añade que «el suave incremento de alteraciones tanto *de novo* como heredadas, están directamente relacionadas con las características de los varones infértiles tratados y no se deben a la técnica de ICSI *per se*» (página 9).

¹¹⁸ En los formularios en que se presta el consentimiento se potencia la donación de óvulos, de manera específica —es decir de mujeres que únicamente realizan este contrato con el Centro—, pero también se pretende que aquellas que se someten a fecundación *in vitro*, y obtienen un número elevado de óvulos, donen para otras mujeres. Del mismo modo se expresa respecto de los embriones.

de 13 de mayo—, en principio, y aunque sea indirectamente, se funda en la verdad genética (es decir, la aportación del gameto), a diferencia de la maternidad, que se basa en la verdad biológica (o sea, la gestación, y no la aportación del gameto). En este sentido, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, afirmaba en 1987, es decir después de la reforma del Código Civil y antes de la LTRA de 22 de noviembre de 1988: «Lo esencial para nuestro Código Civil en la paternidad natural radica en determinar el hombre de quien procede el semen causante de esa fecundación.[...] En cambio, lo esencial para nuestro Código Civil en la maternidad natural radica en el parto. Es evidente que los redactores de la Ley 11/1981 no repararon en que las referidas técnicas de fecundación asistida permitían una disociación entre la madre gestante o biológica y la madre genética (aquella de quien proceda el óvulo fecundado). De ahí que cuando esa disociación se produzca ello carezca totalmente de relieve en nuestro actual sistema de filiación. Es madre la que da a luz y no la que aporta el óvulo. Ciertamente que ello se debe probablemente —repito— a que se partía de la base de que una y otra no podían ser sino la misma persona. Pero el hecho es que semejante presupuesto determinó que nuestro legislador definiera la maternidad natural únicamente en base al parto (y, consecuentemente, a la previa gestación del feto)»¹¹⁹.

Se ha afirmado que «la procedencia de los gametos femeninos no incide sobre la filiación natural en nuestro Código Civil»¹²⁰. Quizás se da por supuesto, como se ha indicado, que siempre es así porque en filiación natural no puede ser de otra manera (la mujer que aporta el gameto gesta, y su maternidad se determina por el parto exclusivamente). Ahora bien, teniendo en cuenta que el Código Civil se reformó en 1981, y que en aquel momento ya se habían producido nacimientos mediante técnicas de reproducción asistida en nuestro país, ciertamente se podría haber tenido en cuenta. Sin embargo, o no se pensó en técnicas de reproducción asistida o, se pensó, pero se decidió no regularlo¹²¹.

¹¹⁹ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «La filiación inducida y las clasificaciones legales», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 120-121.

¹²⁰ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, pág. 124. Ciertamente, el parto es el elemento relevante para determinar la maternidad en la regulación del Código Civil (artículos 117, 135 —hoy artículo 767.3.º— y 139) y en la LTRA (artículo 10.2).

¹²¹ La mayor parte de la doctrina afirma que en la reforma del Código Civil de 1981 no se pensó en técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Vocal de la Comisión General de Codificación apunta que no se quiso entrar en ello, en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 488.

Se ha de insistir que, en este supuesto, lo más relevante es la aportación del gameto masculino por el marido. Curiosamente, el Grupo de Trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el supuesto de generación dentro del matrimonio con ovocito ajeno, consideraba que la filiación sería matrimonial, no susceptible de impugnación por el marido, la mujer ni el donante, pero sí por el hijo ¹²².

C) Desde un punto de vista práctico ¿Cuál es el problema?

Dada la utilización de estas técnicas, la realidad resultante es el nacimiento de un niño en el seno de un matrimonio. Por ello, se ha de determinar su filiación, es decir quién deberá asumir la función jurídico social y las responsabilidades de padre, teniendo siempre presente el interés del niño.

Se ha de recordar el artículo 7. 1 de la LTRA, según el cual *La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo*. Por ello se sigue el esquema de la procreación natural, y obviamente, se matizan las especialidades aportadas por las técnicas de reproducción asistida.

1.2. Durante el matrimonio o nacimiento constante matrimonio

En una primera aproximación podría afirmarse que estamos ante una filiación matrimonial ¹²³. Pues bien, esta manifestación ha sido discutida doctrinalmente ¹²⁴.

¹²² Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, «Problemas civiles que plantea la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro*», (Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado), Suplemento n.º 3/1986 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1986, pág. 26.

¹²³ Así RIVERO HERNÁNDEZ, en *La presunción de paternidad legítima*, Tecnos, Madrid, 1971:

— Afirma en pág. 387 que «el hijo concebido en matrimonio en virtud de fecundación artificial homóloga es considerado unánimemente como legítimo, por virtud de la fuerza de la regla *pater is est*, que no discrimina según casos —para algunos—, o sencillamente porque el marido es progenitor de ese hijo, tanto fisiológicamente (pues ha proporcionado él mismo el germen vital origen de esta vida), como volitivamente, por haber dado su consentimiento para que el hijo nazca y para el procedimiento seguido»;

— A continuación apunta que ante la impugnación de la paternidad por el marido por imposibilidad física de acceso (recuérdese que se sitúa en el derecho anterior a la reforma del Código Civil operada por Ley de 13 de mayo de 1981), la acción no tendrá éxito mediante la oposición de la inseminación artificial, a juicio de RIVERO HERNÁNDEZ.

¹²⁴ Negaba el derecho a oponer la inseminación artificial practicada, frente a la impugnación de la paternidad del marido que consintió por imposibilidad física de acceso BATLLE, «La eutelegenesia y el Derecho», *RGLJ*, 1949, págs. 657 y ss.

En los supuestos de inseminación artificial y de fecundación *in vitro*, caben dos posibilidades:

— No aplicación de presunciones porque las fechas de concepción se conocen con exactitud.

— Asimilación a procreación natural porque el Derecho no conoce la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Únicamente le consta el nacimiento de un niño.

Parece que es más adecuada la segunda posibilidad, teniendo en cuenta el artículo 7.2 de la LTRA, según el cual *En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación*. Considero que la exactitud de las fechas será relevante para la prueba si se plantea conflicto ¹²⁵.

1.2.1. Matrimonialidad en sentido estricto

En este supuesto se incluía presuntamente, al concebido y nacido constante matrimonio, es decir durante el matrimonio. Los artículos 116 y 117 del Código Civil, (siguiendo los plazos hipocráticos) presumen que los nacidos después de los 180 días siguientes al de celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o separación han sido concebidos en el matrimonio por obra del marido. Como es sabido, se aplican los plazos convencionales de gestación más favorables para la matrimonialidad del hijo. Estos plazos presuponen que a la concepción sigue el embarazo, que finaliza con el parto, todo ello sin solución de continuidad ¹²⁶.

En la aplicación de estas técnicas se interrumpe la secuencia natural en que se basan los plazos hipocráticos. Por ello se ha discutido cuál sea el momento importante cuando se utilizan las técnicas de reproducción asistida: la concepción ¹²⁷, la transferencia, el parto. Es decir ¿qué mo-

¹²⁵ Ciertamente esto se podría matizar. El Registro Civil puede conocer datos que no consten posteriormente en la inscripción. Lo que prohíbe el artículo 7.2 de la LTRA es precisamente, que se reflejen dichos datos en la inscripción.

¹²⁶ Si el nacido no queda incluido en los plazos previstos por la presunción, cabrá acción de reclamación para las situaciones problemáticas.

¹²⁷ El significado de concepción es discutido. A título ejemplificativo cabe citar:

— PALACIOS, en *Reproducción asistida: Discurso y recurso*, pág. 299, califica la concepción como «sinónimo de gestación o embarazo» y afirma que concebir es coincidente en su comienzo con la aceptación del preembrión por la mucosa uterina (implantación). En la página 98 recoge interesante bibliografía sobre aportaciones terminológicas de este concepto.

mento ha de tenerse en cuenta para calificar el supuesto de «matrimonialidad en sentido estricto»? Así, se pueden producir intervalos entre los distintos momentos:

a) Si se utiliza inseminación artificial, no existen intervalos, pues la única diferencia respecto a la procreación natural es el propio procedimiento artificial.

b) Sin embargo, si la mujer se somete a fecundación *in vitro*, es posible que se produzca la fecundación y en los días siguientes se realice la transferencia de todos los embriones resultantes, o bien sólo de algunos. Los embriones congelados sobrantes, en su caso, podrán ser transferidos pasado un periodo de tiempo más o menos largo, e incluso es posible que se desconozca si serán transferidos o no.

En principio no habría duda para calificar el supuesto de matrimonialidad en sentido estricto si tanto la concepción como la transferencia y el parto se producen durante el matrimonio.

Ahora bien ¿cuál es el momento relevante en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida para determinar la filiación? En nuestro Derecho, con toda claridad, el parto porque los plazos se cuentan en relación con el mismo (y la concepción es relevante en cuanto de ella depende en todo caso, en procreación natural, el momento del parto). Así, en técnicas de reproducción asistida, el momento del parto dependerá del de la concepción si la mujer se ha sometido a inseminación artificial, o de aquel en que se realice la transferencia del embrión al útero materno si se ha utilizado fecundación *in vitro*, por la propia naturaleza de las técnicas¹²⁸.

Así, mediante la utilización de estas técnicas puede suceder, por ejemplo, que la concepción se produzca constante matrimonio; pero la

— GAFO, en *Nuevas técnicas de reproducción humana*, pág. 187, considera que concepción es sinónimo de fecundación (concebir se relaciona con embarazo, el cual comienza en el momento de la fecundación y termina con la expulsión del feto en el parto). No obstante en la pág. 194 afirma «Para algunos autores, el embarazo empieza al producirse la anidación.»

¹²⁸ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, pág. 125 entiende que para los casos de FIVTE «el momento equivalente al de la inseminación no es el de la fecundación y obtención del embrión, sino el de la transferencia del mismo al útero de la mujer»; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en *Comentarios al Código Civil* II, v. 1.º, Libro Primero (Títulos I a IV), coordinados por RAMS ALBESA, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pág. 293. Obsérvese que esta distinción es relevante a efectos del artículo 29 del Código Civil, no tanto para la determinación de la filiación.

transferencia del embrión al útero materno tenga lugar después. Del mismo modo ha de tenerse en cuenta que según las reglas generales el concebido antes del matrimonio, congelado a continuación, y transferido después de la celebración del matrimonio, será hijo matrimonial en sentido estricto porque nacerá pasados ciento ochenta días después del matrimonio, y quedará incluido en la presunción del artículo 116 del Código Civil. Incluso bastaría que naciese pasados 180 días después del de celebración del matrimonio. Incluso es posible que «hermanos» concebidos a la vez nazcan con meses e incluso años de diferencia si se implantan en momentos distintos, y en consecuencia nacerán con esa diferencia temporal.

En definitiva, el Derecho conoce el momento del matrimonio y el del parto, (que depende en inseminación artificial del momento de la concepción, y en fecundación *in vitro* del de la transferencia) y teniendo en cuenta estos dos momentos se incluirá en el supuesto de matrimonialidad en sentido estricto. En conclusión se incluirán en este supuesto los nacidos 180 días después del de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o separación legal o de hecho, independientemente del momento de su concepción. Así pues, el momento relevante para la determinación de la filiación es el nacimiento porque es el decisivo para que actúe o no la presunción de paternidad, como se analiza a continuación.

A) Vigente la presunción de paternidad

a) Supuestos

Siguiendo a BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, se incluirían los siguientes:

— Aquellos en los que inseminación y parto se producen constante matrimonio con situación de normalidad en ambos momentos: no hay separación legal ni de hecho (matrimonio → inseminación artificial → parto sin separación legal ni de hecho).

— Casos en que habiéndose producido la inseminación constante matrimonio, en circunstancias normales del mismo, el parto o nacimiento tiene lugar dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, o a la separación legal o de hecho de los cónyuges (matrimonio → inseminación artificial → disolución o separación → parto en los trescientos días siguientes).

— Supuestos en que la inseminación se realiza antes de la celebración del matrimonio y el parto se produce después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración de aquél (inseminación artificial → matrimonio → nacimiento después de ciento ochenta días desde celebración del matrimonio)¹²⁹.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO advierte que si se realiza fecundación *in vitro*, «el momento equivalente al de la inseminación no es el de la fecundación y obtención del embrión, sino el de la transferencia del mismo al útero de la mujer»¹³⁰.

A continuación se explica la situación que se observa en el caso de inseminación artificial conyugal consentida por el marido en este supuesto de matrimonialidad estricta. Pues bien, tras solicitar los formularios de consentimiento a determinados centros, a título ejemplificativo, algunos Centros no presentan formulario propio para la utilización de técnicas de reproducción asistida con semen del marido¹³¹. De ello parece deducirse que existirá el expediente médico correspondiente, como en cualquier consulta a un centro médico, pero no un consentimiento expreso y específico del marido, como se exigirá para la utilización heteróloga de estas técnicas.

He encontrado algún formulario para inseminación artificial conyugal, incluido en el libro «Combatir la infertilidad. Los caminos alternativos de la fecundación»¹³². Está recomendado por el Servicio de Medicina de la Reproducción del Instituto Dexeus de Barcelona¹³³. Se ha de

¹²⁹ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «La filiación inducida y las clasificaciones legales», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 125, (la estructura o sistemática es mía).

¹³⁰ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *op. et loc. ult. cit.*

¹³¹ Son algunos de los Centros que han facilitado datos al Registro de Reproducción Asistida de la Sociedad Española de Fertilidad (SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD), publicados en el Boletín de la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, v. 5, N.º 1-96, pág. 6. En concreto son los siguientes Centros: Instituto DEXEUS (Barcelona), Clínica Quirón Donostia (Donostia), Instituto de Infertilidad (Valencia). A estos centros se añade la Clínica Quirón de Zaragoza.

¹³² ÁLVAREZ, MAYDA, *Combatir la infertilidad. Los caminos alternativos de la fecundación*, Aguilar, Madrid, 1996.

¹³³ Curiosamente no se incluye este formulario en la información recibida del Centro DEXEUS. Parece que la recomendación se refiere al contenido del libro, pero no supone la aceptación de los formularios propuestos por la autora. De hecho los formularios que me han sido remitidos por el Centro DEXEUS no se adaptan a dicho libro, sino al Documento consensuado por la «Comissió Assessora sobre tècniques de reproducció humana assistida a Catalunya», creada por orden de 25 de mayo de 1992, DOGC núm. 1608, de 17 de junio de 1992.

advertir que se trata más bien de un impreso de consentimiento informado, es decir no se hace referencia a aspectos civiles, a diferencia del propuesto para IAD (en cuyo inciso final se establece que los firmantes se obligan «a criar, educar y registrar legalmente al hijo»). Por ello del consentimiento para IAC podría derivar que el marido no puede ir contra sus propios actos, ya que supondría abuso de derecho e ir contra la buena fe. Sin embargo no se incluyen aspectos de filiación en dicho documento ¹³⁴.

El inciso final «se comprometen a criar, educar y registrar legalmente al hijo», presente en el formulario relativo a IAD, y referido directa-

¹³⁴ ÁLVAREZ, MAYDA, *Combatir la infertilidad. Los caminos alternativos de la fecundación*, Aguilar, Madrid, 1996, pág. 167, recoge el siguiente texto del formulario para inseminación artificial conyugal: «Los abajo firmantes Doña con DNI y

Don con DNI dan su autorización para realizar una o varias inseminaciones artificiales con semen del marido, a fin de conseguir un embarazo por este procedimiento.

En el mismo acto afirman que la inseminación artificial homóloga ha sido el procedimiento libremente elegido por ellos entre varios de los métodos ofrecidos.

De igual modo, los solicitantes afirman haber sido informados sobre las probabilidades de embarazo que existen en su caso, de los posibles riesgos de embarazo múltiple en caso de inducir la ovulación, del peligro de hiperestimulación ovárica así como de los porcentajes de abortos, malformaciones y subnormalidades.

Por otra parte, declaran conocer los posibles efectos secundarios producidos tras tratamientos que la mujer pueda precisar, así como los efectos yatrogénicos que la propia técnica de inseminación comporta.

Madrid, a de de

Varón Mujer»

En la página 166, se incluye el formulario para la inseminación artificial con donante, en el que según se indica en el texto hay un párrafo en el que los firmantes se obligan respecto del hijo a criarlo, educarlo y registrarlo como hijo. Su contenido es el siguiente:

«Los abajo firmantes Doña con DNI y

Don con DNI

dan su autorización para realizar una o varias inseminaciones artificiales con semen de donante anónimo, a fin de conseguir un embarazo por este procedimiento.

En el mismo acto afirman que la inseminación artificial heteróloga ha sido el procedimiento libremente elegido por ellos entre varios de los métodos ofrecidos y, a la vez, renuncian a la posterior identificación del donante.

De igual modo, los solicitantes están informados de la tasa de embarazos, abortos, malformaciones congénitas, efectos secundarios producidos tras los tratamientos que la mujer pudiera precisar, así como los efectos yatrogénicos que la propia técnica de la inseminación comporta.

Por último, descargan al equipo médico y técnico de toda responsabilidad civil y penal, si hubiera lugar, y se comprometen a criar, educar y registrar legalmente al hijo.

Madrid, a de de

Varón Mujer»

Vide otro formulario en MARTÍNEZ CALCERRADA, *La nueva inseminación artificial* (Estudio de la Ley de 22 de noviembre de 1988), Central de Artes Gráficas, S.A., Torrejón de Ardoz (Madrid), 1989.

mente a aspectos relativos a la filiación no se incluye en el formulario relativo a la inseminación artificial homóloga. Posiblemente esta diferencia se deba a que el varón en IAD podría impugnar la paternidad con éxito si no la consintió. Sin embargo, en el caso del marido que aporta sus gametos no es previsible una impugnación de paternidad y por ello no se prevé expresamente el compromiso de criar y registrar legalmente al nacido como hijo. Además, porque si se realizan las pruebas biológicas de paternidad, el marido resultará ser padre.

La afirmación expresa «se comprometen a criar, educar y registrar legalmente al hijo» quizás sería conveniente incluirla en todo consentimiento, y que este se realizase en escritura pública.

¿Cuáles son las razones de esta afirmación?

La razón de fondo es la mejor protección del hijo.

No ignoro que en un primer momento crea cierto rechazo en la pareja que solicita la inseminación artificial el hecho de tener que acudir al Notario para la realización de este trámite. Se podría facilitar acudiendo al Notario al centro médico y manteniendo el debido secreto.

Si al momento del nacimiento el padre acepta la determinación de la filiación no tiene prácticamente efectos el consentimiento prestado en escritura pública para la realización de las técnicas de reproducción asistida.

Sin embargo, si el padre pretende —por diversos motivos— impugnar la filiación matrimonial del nacido aun conociendo que su acción no prosperará, la presentación de la escritura pública, junto con el expediente médico, de ser suyo el semen, facilitarán la prueba de la efectiva paternidad del demandante. Piénsese que el tiempo transcurrido, desde la interposición de la demanda hasta la obtención de una resolución en que se reconozca la paternidad, puede ciertamente derivar en un perjuicio para el nacido. De esta manera, se determinaría, con mayor rapidez, la filiación en contra de la voluntad del padre. Considero que esa prontitud sería un beneficio para el hijo. En este caso se aplicaría el artículo 111, que establece *Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias el progenitor:*

[...]

2.º *Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.*

[...] *el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.*

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.

De este modo, se excluye la patria potestad, pero se mantiene la obligación de alimentos. Así se evita que una sanción (exclusión de la patria potestad) pudiera convertirse en un beneficio para el padre (supresión de la obligación de mantenimiento). En definitiva en este caso el padre no ejercerá derechos, pero tendrá obligación de velar y alimentar al hijo¹³⁵.

b) Inscripción en el Registro Civil

Se aplican las reglas generales del Código Civil por remisión del artículo 7.1 de la LTRA. A ello se añade de forma expresa la dicción del artículo 7.2 de la LTRA: *En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación*. De este precepto se deduce que ha de crearse una apariencia de procreación natural. En definitiva, no se da publicidad a esta forma de generación¹³⁶.

Además, en la práctica, la mayoría de las parejas que solicitan estas técnicas ocultan en su círculo de relaciones la utilización de las mismas, y de hecho buscan el mayor secreto posible, es decir la apariencia de una procreación natural¹³⁷.

¹³⁵ Será así salvo que el representante legal o el hijo, en su caso y en su momento, ejerciten las facultades reconocidas por el propio artículo 111. Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, t. III, v. 1.º, en los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por ALBALADEJO, artículos 108 a 141, Madrid, 1984, págs. 84 y ss. en la edición de 1984 y págs. 71 y ss. en la edición de 2000; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «A propósito de una interpretación jurisprudencial del artículo 111 del Código Civil. Comentario a la sentencia de 3 de julio de 1987», *ADC*, 1988, págs. 589 y ss; MUÑOZ ESPADA, «La sanción del artículo 111, número 2, del Código Civil: la filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor. Su crítica», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1994, págs. 119 y ss.

¹³⁶ En algunos casos es inevitable que se infiera el carácter de la generación. Piénsese en el supuesto de fecundación *post mortem* —que se analizará en el apartado correspondiente—, en el que el hijo puede nacer, según la regulación de la LTRA hasta dieciséis meses, aproximadamente después de la disolución del matrimonio por fallecimiento del marido.

¹³⁷ Este mismo afán de secreto se muestra en otros países. Así, por ejemplo, en Francia, RUBELLIN DEVICHI cita un supuesto ciertamente distinto, la IAD, en la que es preciso que el consentimiento se preste ante un Juez o un Notario. Pues bien, RUBELLIN DEVICHI, apunta, en *Droit de Famille*, obra colectiva redactada bajo su dirección, Ed. Dalloz, París, 1996, pág. 407, que se realiza ante un Notario que no es aquel al que suele acudir la pareja.

La filiación se determina por la inscripción de nacimiento junto a la del matrimonio de los padres. Así se deduce de la interpretación conjunta de los artículos 115.1.º del Código Civil, 48 de la Ley de Registro Civil, 181 y 183 del Reglamento del Registro Civil ¹³⁸.

A juicio de DÍEZ DEL CORRAL «La inscripción de la filiación matrimonial paterna y materna será, pues, aquí una consecuencia lógica y obligada, porque el acuerdo entre los cónyuges sobre la inseminación artificial presupone una convivencia normal entre ambos y la consecuente entrada en juego de la presunción de paternidad del marido del artículo 116 del Código Civil» ¹³⁹. Ciertamente así debiera ser probablemente en el campo del deber ser, pero no necesariamente lo será en todo caso. Es posible el consentimiento de dos cónyuges separados para la realización de una inseminación artificial conyugal, aunque ciertamente sea un supuesto poco frecuente.

En este sentido afirmaba BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO en 1987 que «Se trata de una filiación que, en principio, resulta incluso más firme que la filiación matrimonial normal, puesto que la presunción de paternidad puede respaldarse en cualquier momento (si ello es necesario) con el historial clínico o expediente de la inseminación artificial llevada a cabo, es decir, con una prueba directa de la generación, de la autoría y momento de la misma. Junto con el expediente médico, lo normal es que conste el consentimiento de los cónyuges y concretamente del marido. No obstante si dicho consentimiento faltase, conviene precisar que ello es irrelevante para cuestionar el carácter matrimonial de la filiación en cuestión» ¹⁴⁰.

En conclusión puede afirmarse con RODRÍGUEZ CASTRO, que el hijo nacido por la utilización de la técnica IAC, después de los ciento ochenta días siguientes al de celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, será matrimonial, y como tal accederá al Registro Civil, por aplicación del artículo 7.1 de la LTRA, 108 y 116 del Código Civil ¹⁴¹.

¹³⁸ Vide HERRERA CAMPOS, *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1991, pág. 161.

¹³⁹ DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, «La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana», *RDP*, junio 1988, págs. 541-542.

¹⁴⁰ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, pág. 125. Recuérdese que estas afirmaciones se realizaban antes de la publicación de la LTRA.

¹⁴¹ Vide RODRÍGUEZ CASTRO, «La Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil», *AC*, N.º 47, 17-23 diciembre 1990, pág. 744.

B) No vigente la presunción de paternidad

En este apartado en primer lugar se planteará el supuesto general (para toda filiación) y concreto (para técnicas de reproducción asistida) objeto de análisis; posteriormente se hará una breve crítica al artículo 118 del Código Civil; seguidamente se planteará si el consentimiento para la inseminación artificial es suficiente para que conste registralmente como hijo matrimonial según el artículo 118 —con algunas respuestas doctrinales y opinión personal—, y se finalizará con algunas conclusiones, referidas unas al régimen legal vigente, y otras como propuestas *de lege ferenda*.

a) Supuesto

El supuesto que se contempla es la determinación de la paternidad de un niño concebido y nacido constante matrimonio (de ahí el carácter de matrimonialidad en sentido estricto), pero en el que no rige la presunción de paternidad porque ha nacido después de los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges. Como es sabido la presunción de paternidad del marido se fundamenta en la convivencia y, en consecuencia, deja de aplicarse cuando no se produce ésta. Asimismo ha de tenerse en cuenta que «la presunción, en rigor, no se refiere a la legitimidad —o la matrimonialidad— del hijo, sino a la concepción *a marito*, aunque la naturaleza de la filiación (legítima o matrimonial) descansa, entre otros, en ese requisito»¹⁴². Ha de advertirse que no será un supuesto frecuente.

El Código Civil prevé este supuesto en el artículo 118, que establece: *Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos*¹⁴³.

En concreto en la utilización de técnicas de reproducción asistida, podría afirmarse con BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO que en este artícu-

¹⁴² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, t. III, v. 1.º, en los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por ALBALADEJO, artículos 108 a 141, Madrid, 1984, pág. 224 en la edición de 1984 y pág. 211 en la edición de 2000.

¹⁴³ RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 79 opina que «es el esquema de la presunción de paternidad marital funcionando en una situación marginal de un matrimonio que todavía subsiste pero tenía suspendida (judicial o voluntariamente) la cohabitación. No parece, pues, descabellado pensar —en otros sistemas jurídicos se ve con más claridad— que si el hijo ha nacido de unas relaciones sexuales de los cónyuges, asumidas libremente por ambos, ellas han desencadenado de nuevo la presunción de paternidad decaída (en la que fallaba el elemento cohabitación, por estar ésta en suspenso).»

lo 118 se incluyen los supuestos en que se realiza la inseminación artificial estando los cónyuges separados legalmente o de hecho y el parto se produce una vez transcurridos trescientos días siguientes a la separación ¹⁴⁴.

b) Crítica al artículo 118 del Código Civil

Se constatan dos puntos de vista fundamentalmente:

— Unos consideran que es criticable porque el estado civil del hijo queda a voluntad de los padres según decidan o no, inscribirlo como matrimonial. Así, GARCÍA CANTERO, afirma: «Personalmente considero que el legislador ha pasado a segundo plano el *bonum filii*, así como el principio de veracidad de la filiación, dejando al libre arbitrio de los cónyuges separados el estado civil del hijo; puede ocurrir así que un hijo verdaderamente matrimonial no ostente esta cualidad por la oposición injustificada o arbitraria de uno cualquiera de sus padres, y, en el extremo opuesto, que se atribuya aquélla a quien palmariamente no puede tenerla» ¹⁴⁵. No obstante, apunta que queda abierta a ambos progenitores la acción de impugnación o reclamación que les pueda corresponder de acuerdo con las reglas generales «tanto si el otro cónyuge se niega a consentir en la inscripción como matrimonial como si accedió a ello por error» ¹⁴⁶ (en el primer supuesto se ejercitará acción de reclamación y en el segundo procederá una acción de impugnación).

— Otros entienden que la expresión de voluntad de los cónyuges es signo —que se juzga suficiente— de la verdad biológica ¹⁴⁷. Todavía existe mayor seguridad en los supuestos de utilización de las técnicas en que el varón manifestó su consentimiento para la utilización de sus gametos, en el expediente médico correspondiente.

c) En torno a la inscripción en el Registro Civil

Se plantea si el consentimiento para la inseminación artificial es suficiente para que el nacido acceda al Registro Civil como hijo matrimonial por aplicación del artículo 118. Se distinguen dos posturas doctrinales:

¹⁴⁴ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, pág. 126. Recuérdese que en FIVTE el momento equivalente a la inseminación artificial es el de transferencia al útero.

¹⁴⁵ GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 133.

¹⁴⁶ GARCÍA CANTERO, *op. et loc. ult. cit.*

¹⁴⁷ PEÑA en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, v. I, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 878.

1.^a DÍEZ DEL CORRAL y BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO entienden que el consentimiento para inseminación artificial basta para dicha aplicación.

En este sentido, DÍEZ DEL CORRAL afirma: «No es fácilmente concebible, en efecto que, existiendo tal acuerdo sobre la inseminación, el niño nazca pasados los trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges. Ahora bien, aunque llegara a probarse que no entra en juego aquella presunción (lo que siempre será difícil en la práctica respecto de la separación de hecho ante la presunción de convivencia de los cónyuges del artículo 69 del Código) parece que el nacido deberá también inscribirse con la filiación matrimonial paterna o materna correspondientes. Esto es así porque el acuerdo previo entre los consortes acerca de la inseminación artificial implica obviamente, a mi juicio, el consentimiento de ambos a considerar al hijo que nazca como matrimonial. De aquí que entre en juego el artículo 118 del Código Civil [...].

»Trasladando a un plano práctico estas ideas, resultará que, si dentro del plazo para inscribir el nacimiento, uno de los progenitores se opone a la inscripción de la filiación matrimonial y alega y prueba la existencia de una separación legal o de hecho entre los cónyuges, el otro podrá probar el previo acuerdo entre ambos sobre la inseminación y el éxito de este procedimiento por medio de los certificados médicos oportunos, de modo que, si justifica estas circunstancias, procederá la inscripción de la filiación matrimonial. Esta especie de procedimiento contencioso habrá de ventilarse en las diligencias comprobatorias de la calificación del Encargado y en el plazo de diez días, conforme al apartado 28 de la Ley del Registro Civil»¹⁴⁸.

En la misma línea, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO considera que el hijo será matrimonial porque tanto la inseminación artificial como el nacimiento se producen constante matrimonio y «puede inscribirse como tal con el consentimiento de ambos cónyuges (art. 118 del CC)»¹⁴⁹.

En opinión de BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «dadas las características de este tipo de generación, el tiempo apto para ese consentimiento eficaz se puede adelantar para ella hasta un momento anterior a la misma»¹⁵⁰. Añade que «admitida la eficacia de ese consentimiento

¹⁴⁸ DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, «La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana», *RDP*, junio 1988, pág. 542.

¹⁴⁹ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, pág. 126.

¹⁵⁰ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *op. et loc. ult. cit.*, manifiesta: «En los casos de fecundación natural, cabría cuestionar la eficacia del consentimiento del artículo 118 del

anterior incluso a la inseminación, en relación con el artículo 118 del Código Civil, esa eficacia se mantendría lógicamente incluso si el marido fallece antes del parto (con mayor razón si antes del parto se produce el divorcio o la declaración de nulidad), siempre que no hayan transcurrido trescientos días desde esa disolución y el parto»¹⁵¹. Esta eficacia no es relevante si los cónyuges siguen dispuestos a prestarlo después del nacimiento (artículo 118 del Código Civil).

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO recuerda que la forma del consentimiento no es esencial (puede ser incluso tácita), pero es preferible escritura pública, ya que permite acudir directamente a la inscripción en el momento del nacimiento, sin expediente gubernativo.

2.^a Por el contrario, DELGADO ECHEVERRÍA y RIVERO HERNÁNDEZ consideran que el consentimiento para inseminación artificial no es suficiente para aplicar dicho artículo 118. Así, DELGADO ECHEVERRÍA afirma: «Para cuando falte la presunción de paternidad del marido por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges, la posibilidad de inscribir al hijo como matrimonial por consentimiento de ambos cónyuges dará cauce a los casos de inseminación artificial conyugal, pero siempre que exista consentimiento para la inscripción. No es suficiente el (anterior) consentimiento para la inseminación»¹⁵².

En el mismo sentido, se manifiesta RIVERO HERNÁNDEZ. Afirma: «En el caso de que el nacimiento se produzca después de los trescientos días siguientes a la separación efectiva de los cónyuges y no sea aplicable el artículo 116, sólo cabrá la inscripción al amparo del artículo 118 del Código Civil, respecto del que es dudoso que el consentimiento del marido para la IAC (que en el marco de la LTRA no se presta en documento público; otra cosa es en de la ley catalana) sea suficiente para la inscripción en el Registro: yo me temo que no, dados los términos del artículo 118, si bien será dato muy importante para el

Código Civil anterior al coito causante del embarazo y del parto, ya que dicho consentimiento resulta contradictorio con la existencia de una separación (legal o de hecho). Pero es evidente que la cuestión varía esencialmente en el caso de la inseminación artificial, precisamente por la certeza que puede alcanzarse sobre la generación (autoría y momento —artículo 135 del Código Civil—).

¹⁵¹ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *op. et loc. cit.*

¹⁵² DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 217.

éxito de la acción de reclamación de filiación, que pienso que habrá que ejercitar»¹⁵³.

Se han transcrito dos puntos de vista opuestos, muestra de dos planteamientos diversos. Como se observa, RIVERO HERNÁNDEZ y DELGADO ECHEVERRÍA consideran que el consentimiento prestado para la utilización de las técnicas de reproducción asistida no basta para que conste registralmente la paternidad con fundamento en el artículo 118. Sin embargo, DíEZ DEL CORRAL y BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO entienden que el acuerdo previo a la inseminación artificial es suficiente para la inscripción del nacido.

En este supuesto, no es aplicable el artículo 116 del Código Civil porque no existe presunción de paternidad por la falta de convivencia. Esta presunción, basada en la convivencia de los cónyuges, se dirige a presumir la concepción por el marido. En los casos en que no existe convivencia porque hay separación de hecho o legal, decae la presunción, y el Derecho permite que el nacido conste registralmente como hijo matrimonial, si consienten ambos cónyuges según el artículo 118 del Código Civil. Es una especie de reconocimiento por parte del marido de su

¹⁵³ RIVERO HERNÁNDEZ, «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ Y YAGÜE), marzo 1994, pág. 288.

Esta afirmación, ¿Sugiere acaso que el consentimiento exigido por el artículo 118 debe prestarse en documento público?

Parece que no, ya que RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 79. afirma que «No alude al artículo 118 a forma y plazo de dicho consentimiento. La forma será libre, pública o privada, aunque lo normal es que se haga por comparecencia ante el Registro. Al no haber plazo legal, será posible hacer esa inscripción mientras la filiación no haya quedado determinada de otra forma».

¿A qué se refiere pues la afirmación relativa al documento público?

En el análisis del artículo 118 afirma: «En cuanto al “consentimiento de ambos”, son en realidad dos diferentes: el del marido tiene todos los visos de un reconocimiento, y se le aplicarán por analogía algunas normas de éste (así PEÑA). El de la mujer es una especie de conformidad o aprobación atípica, ya que nacido el hijo en aquellas circunstancias, de relaciones sexuales voluntarias (aunque legalmente inexigibles), no opera ya de igual forma la atribución de paternidad, y la mujer es la que más sabe de otras posibles y de esa problemática paternidad».

En este sentido, GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 134, afirma que «Quizá no debió emplear la ley el término consentimiento, sino el de reconocimiento».

De ello probablemente podría deducirse que RIVERO HERNÁNDEZ se refiere al documento público en cuanto que éste es un título de determinación de la filiación (aunque ciertamente de la filiación no matrimonial).

intervención en la concepción ¹⁵⁴, idea presente también en el consentimiento que el marido presta a la IAC.

Sin embargo, considero que el consentimiento prestado para la IAC no será suficiente para que la filiación acceda al Registro Civil, sino que debe prestarse consentimiento para que conste registralmente la paternidad, consentimiento que de acuerdo con la buena fe, deberían prestar (tras haber consentido los dos la IAC) ambos cónyuges. La negativa del marido a consentir la inscripción, en perjuicio del hijo podría considerarse abusiva, ya que habiendo aportado el elemento biológico y volitivo, el marido puede evitar la atribución de paternidad de manera directa y debería interponerse la correspondiente acción de reclamación de paternidad.

d) Conclusiones provisionales

Con el régimen legal vigente, se puede afirmar que:

1. El consentimiento dado para la utilización de las técnicas de reproducción asistida tiene los efectos de ser un consentimiento informado para someterse a las mismas (consentimiento, que en principio, no tendrá acceso al Registro Civil). El artículo 118 permite la inscripción de la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos cónyuges, y este consentimiento es distinto del que se presta para la realización de las técnicas.

2. Desde un punto de vista estricto, ciertamente en el régimen del Código Civil no se reconoce el consentimiento para las técnicas de reproducción asistida como título de determinación de la paternidad. La solución contraria supondría la creación de un título nuevo, no reconocido legalmente.

¹⁵⁴ En este sentido GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º, (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S.A., 1995), pág. 159, afirma que «la ley deja abierta la puerta para que los cónyuges inscriban al hijo como matrimonial de común acuerdo, dando por supuesto que haya sido procreado por ambos subsistiendo el vínculo conyugal pese a la separación legal o de hecho». Cfr. también RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 79.

Respecto del consentimiento prestado por el marido, cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 878; RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 457, afirma que «tiene los visos de un reconocimiento».

Por ello considero que:

a) Se aplicará el artículo 118 si se presta el consentimiento para inscribir la filiación. Ciertamente la doctrina admite que se preste antes del nacimiento del hijo, pero parece que debe exigirse que se preste tras la fecundación en caso de inseminación artificial, o la transferencia en el supuesto de fecundación *in vitro*.

b) Si no se presta dicho consentimiento en los términos señalados, para la determinación de la paternidad, y ante la negativa del presunto padre, únicamente cabe interponer la acción de reclamación. Verdaderamente, el consentimiento dado ante el médico, así como los certificados médicos correspondientes, serán un medio de prueba eficaz para que prospere la acción, e incluso para persuadir y obtener, de este modo el consentimiento requerido según el artículo 118. De este modo se obligará a recorrer un camino muy largo para llegar al mismo resultado.

De lege ferenda, haría dos propuestas (inspiradas en el *favor filii* y en la agilidad):

— La primera de ellas, de «fácil aplicación», a corto plazo. Consistiría en la exigencia de escritura pública para la prestación del consentimiento para las técnicas de reproducción asistida para la inscripción de la filiación, que, en su caso, evitaría la interposición de una acción. Este consentimiento produciría dos efectos básicamente:

— Consentimiento informado para solicitar y autorizar la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

— Título apto — unido al expediente médico— para la inscripción de la paternidad, a modo de reconocimiento, ya admitido por el Código Civil, respecto de la filiación no matrimonial (artículo 120-1.º del Código Civil).

Considero que todo ello revertiría en beneficio del hijo. Esta intervención notarial estaría amparada por el secreto profesional, y debería realizarse con la debida reserva. Ahora bien, no ha de olvidarse que ello no resolvería todos los problemas, ya que será posible que se realicen las técnicas sin la prestación del consentimiento debido.

— La segunda propuesta podría calificarse como más ambiciosa, o a medio plazo. Consistiría en la creación de un órgano administrativo, dependiente del Registro Civil, (o quizás de la Consejería de Asuntos

Sociales, incorporando un Asistente Social), formado por un juez, médico distinto del que realiza las técnicas de reproducción asistida, psicólogo y notario. A él se encomendaría el estudio de quienes solicitan la utilización de estas técnicas y ante él se prestarían los consentimientos requeridos. De este modo, cada profesional valoraría lo que conoce (es decir los conocimientos relativos a su especialidad). Parece que debería ser de este modo debido a la necesidad de conocimientos interdisciplinarios para una adecuada utilización de las técnicas.

Considero que debería ser un organismo cuyo fin último fuese la protección del menor, y bajo ese principio inspirador debería escuchar, estudiar y autorizar una u otra solución a quien o quienes lo solicitasen ¹⁵⁵.

1.2.2. Régimen de matrimonialidad debilitada

A) Con carácter general

El supuesto es de matrimonialidad debilitada cuando el hijo nace dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio. Su regulación deriva del artículo 116 y 117 del Código Civil ¹⁵⁶.

En este caso la matrimonialidad del hijo no es automática, sino que precisa del reconocimiento expreso, tácito o presunto del marido. En

¹⁵⁵ Es interesante la visión amplia de los remedios ante la esterilidad. En concreto, un organismo pluridisciplinar que sirviese a su vez para informar de la adopción y de las técnicas de reproducción asistida, podría encauzar cada caso hacia la vía correspondiente. De este modo la información ofrecida sería, posiblemente, más completa. Así mejorarían las condiciones en que la pareja, en su caso, decidiría.

En este sentido se creó, con sede en Bruselas, el «Centre des Nouvelles Parentalités», centro pluridisciplinar preocupado por dar respuesta humana a la infertilidad con los recursos a la procreación médicamente asistida, la adopción..., en sus aspectos éticos, psicológicos, jurídicos y sociales. De hecho, ofrece acogida, información, orientación, entrevistas psicológicas y sociales, información jurídica, grupos de ayuda mutua a quienes desean un niño. Estas consultas se atienden individualmente, en pareja o en grupo. Este Centro está subvencionado por la Dirección de Asuntos Sociales de la Comunidad Francesa de Bélgica para su funcionamiento y por la Región de Bruselas-Capital para su personal.

¹⁵⁶ Artículo 116: *Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.*

Artículo 117: *Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.*

este caso, SANCHO REBULLIDA afirma que «El principio de normalidad que fundamenta la presunción o juicio de probabilidad se manifiesta del siguiente modo: si el marido reconoce expresa o tácitamente el hijo alumbrado después del matrimonio por su mujer; o si conocía de antes su embarazo; o si, aun fuera de estas circunstancias complementarias, no lo desconoce formalmente en un plazo inmediato, es —sin duda— por cuanto tiene la convicción de ser obra suya, siquiera anterior a la celebración del matrimonio»¹⁵⁷.

Por otra parte, GARCÍA CANTERO señala los siguientes presupuestos de aplicación del artículo 117 del Código Civil:

«A) Que haya mediado la celebración del matrimonio entre los padres.[...] El matrimonio debe subsistir al tiempo del nacimiento del hijo.[...]

B) Que el hijo haya nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes [...] al de la celebración del matrimonio [...] de modo que el primer día de los ciento ochenta empieza a las cero horas del día siguiente al de la celebración de la boda.[...]

C) Que el padre no hubiera reconocido la paternidad, expresa o tácitamente, en cualquier momento, lo mismo antes que después de la boda; o que con anterioridad a la celebración del matrimonio hubiese conocido el embarazo de la mujer.[...]

D) Que medie declaración de voluntad en contra de la matrimonialidad del hijo, sea unilateral por parte del marido, sea bilateral por parte de ambos cónyuges»¹⁵⁸.

¹⁵⁷ SANCHO REBULLIDA, en IACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-3.º, ed. experimental, Barcelona, Librería Bosch Editor, S.A., 1982, pág. 625.

¹⁵⁸ Vide GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º, (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), págs. 121 y ss.

Respecto del requisito señalado con la letra B), GARCÍA CANTERO, siguiendo la interpretación correctora propuesta por ALBALADEJO, (en *Curso de Derecho civil*, IV, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1982, pág. 222), pág. 122, afirma: «La dicción legal se corrige por ALBALADEJO, pues a tenor del artículo 5.1 del Código Civil los días se deben contar por períodos enteros de veinticuatro horas, de modo que el primer día de los ciento ochenta empieza a las cero horas del día siguiente al de la boda; en consecuencia propone la siguiente lectura del comienzo del artículo 117: “Dentro de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.” No es preciso que el nacimiento esté inscrito en el Registro Civil, aunque normalmente lo estará, si bien no es infrecuente que en los casos conflictivos se trate de ocultar el nacimiento».

B) En caso de utilización de técnicas de reproducción asistida

En este supuesto, el requisito señalado en el párrafo C) difícilmente se cumplirá, ya que el padre debe consentir la utilización de las técnicas de reproducción asistida. En este sentido opinan los siguientes autores:

— RIVERO HERNÁNDEZ considera que «el consentimiento del marido para la IAC pudiera interpretarse como una especie de reconocimiento tácito y el casi seguro conocimiento del embarazo impedirán la destrucción de la presunción de paternidad matrimonial»¹⁵⁹.

— BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, entiende que «el consentimiento para que se proceda a la inseminación artificial de su (futura) mujer, cualquiera que sea la forma en que haya sido prestado supone un reconocimiento expreso o tácito de su paternidad. Luego en estos casos, acreditado dicho consentimiento, el marido no podrá destruir posteriormente la presunción de paternidad mediante una declaración auténtica en contrario»¹⁶⁰.

— QUESADA GONZÁLEZ entiende que «si la consintió [...] hay una especie de reconocimiento del hijo que impide que pueda desconocer su paternidad con una simple declaración, teniendo entonces que demostrar no ser el padre para dejar de figurar legalmente como tal mediante el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad marital, no siendo suficiente la alegación de la *exceptio plurium concubentium* para que prospere»¹⁶¹.

DELGADO ECHEVERRÍA difiere (o matiza) en el sentido de que el marido puede declarar en contra de su paternidad: «La acción de desconocimiento por parte del marido (o declaración que enerva la presunción) queda excluida si “hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente”. Ahora bien, ¿El consentimiento para la inseminación a la mujer con la que luego contrajo matrimonio equivale, o supone, reconocimiento de la paternidad? Sin perjuicio de que en la práctica, las más de las veces concurra este reconocimiento, ambas cosas son distintas. El reconocimiento no parece posible sino a partir de la concepción, por lo

¹⁵⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDO Y YAGÜE), marzo 1994, pág. 289.

¹⁶⁰ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, pág. 126.

¹⁶¹ QUESADA GONZÁLEZ, *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, Madrid, Tecnos, 1993, pág. 188.

que el anterior consentimiento para la inseminación no lo implica. Naturalmente, si el marido declara en contra de su paternidad, quedan las acciones de reclamación, muy facilitadas por la prueba de la inseminación: pero ya se ve que el consentimiento para la inseminación, en cuanto tal, ninguna trascendencia ha tenido respecto a la determinación de la filiación matrimonial»¹⁶².

Ciertamente, entiendo con DELGADO ECHEVERRÍA que el marido puede desconocer al nacido —ya que el consentimiento para la inseminación es distinto del reconocimiento de paternidad—, aun cuando será difícil la prueba de que no conocía el embarazo de la mujer. Quizás en algún supuesto particularmente extraño podría alegar el marido que conocía y consintió la inseminación artificial conyugal, pero ignoraba el éxito de la misma (porque el embarazo se debiese a la referida inseminación). Aun cuando fuese admitida esta alegación, se enervaría por ir contra los propios actos y contra la buena fe, y porque el expediente médico podrá servir de medio de prueba de su paternidad biológica, y en consecuencia, en principio jurídica. Por otra parte, conociendo que es el progenitor del nacido, es poco probable que el marido utilice la posibilidad de destruir la presunción de paternidad, ya que de antemano (desde un punto de vista sustantivo) sabe que no prosperará.

Como es sabido, el Código Civil no exige forma alguna para ese consentimiento a las técnicas de reproducción asistida. Considero que sería deseable que se prestase en escritura pública el consentimiento para someterse a las técnicas de reproducción asistida y para que el nacido conste registralmente como legalmente suyo, para facilitar la prueba, según lo expuesto *supra* (en el apartado dedicado a la matrimonialidad en sentido estricto).

En conclusión, cuando se utilicen técnicas de reproducción asistida, y el hijo nazca en los ciento ochenta días desde el de celebración del matrimonio, la paternidad corresponderá, en principio al marido, según los artículos 108 y 116 del Código Civil (por remisión del artículo 7.1 de la LTRA). Por tanto será filiación matrimonial. Se determinará por la inscripción de nacimiento junto con la inscripción del matrimonio de los padres (artículo 115-1.º del Código Civil). El marido podrá, teóricamen-

¹⁶² DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 217.

te, en su caso, destruir la presunción de paternidad mediante declaración. Ahora bien, es poco probable que lo haga, por las razones expuestas (ir contra los propios actos, buena fe), y aun cuando hiciese tal declaración, es muy difícil que ésta sea eficaz, debido a la más que probable no concurrencia de los requisitos de aplicación del artículo 117 —por ejemplo, la ignorancia del embarazo—, y además las pruebas biológicas de paternidad, en su caso, mostrarían que es el padre del nacido, ya que aportó el gameto masculino.

1.2.3. Supuesto de matrimonialidad sobrevenida

Como es sabido, existe filiación matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. Esta matrimonialidad puede ser:

— Originaria, si los padres estaban casados en el momento del nacimiento (supuestos vistos *supra*).

— Sobrevenida, si los padres no estaban casados en el momento del nacimiento, pero se casan más tarde. Se parte de filiación no matrimonial debidamente determinada, es decir, el Derecho tiene atribuida la paternidad y la maternidad a dos personas. Cuando estas dos personas contraen matrimonio, se produce la matrimonialización de esa filiación, desde ese momento ¹⁶³.

Parece que no existirán especialidades relevantes si se produce el nacimiento mediante técnicas de reproducción asistida, respecto al régimen general de la filiación, que se supone determinada previamente, como no matrimonial, respecto de ambos cónyuges.

1.3. Después del matrimonio

1.3.1. Vigente la presunción de paternidad

En este supuesto se incluyen los nacidos antes de los trescientos días siguientes a contar desde la disolución del matrimonio como conse-

¹⁶³ Adviértase que la determinación de la filiación, en principio, tiene efectos retroactivos, ya que consiste en la afirmación de que A es hijo de B, y lo es desde que nació, aunque jurídicamente se haya determinado tardíamente. Sin embargo, el carácter matrimonial de una filiación no tiene efectos retroactivos, ya que esa filiación es matrimonial desde la celebración del matrimonio, y no antes.

cuencia de inseminación artificial realizada con posterioridad a la disolución ¹⁶⁴. Ha de tenerse en cuenta que el hijo podía haber sido concebido antes de la disolución, y sin embargo, en estos casos consta que lo ha sido después.

Una primera solución podría ser entender que es un supuesto de IAC entre dos personas no casadas. En consecuencia sería una filiación no matrimonial. Siguiendo esta argumentación se aplicaría por analogía el artículo 8.2 de la LTRA, es decir el consentimiento a la fecundación se consideraría escrito indubitado. Así se inscribiría la filiación no matrimonial, según lo dispuesto por este artículo.

Una segunda solución, según el Código Civil, consistiría en distinguir:

— Si la mujer no contrajo posterior matrimonio, por la presunción de paternidad del artículo 116, el hijo es matrimonial del que fue su marido ¹⁶⁵.

— Si la mujer contrae nuevo matrimonio y el hijo nace después de la celebración del segundo matrimonio, existe un conflicto de presunciones del artículo 116 del Código Civil, a resolver en vía judicial conforme con la verdad biológica ¹⁶⁶. Por la presunción de paternidad respecto del que

¹⁶⁴ Se plantea si a los supuestos de inseminación artificial se deben aplicar los sistemas de presunciones, ideados cuando no existía la seguridad jurídica relativa al momento y sujeto aportante del gameto fecundante. Cfr. BLASCO GASCO, «La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, 1991, pág. 706. Adviértase que en la práctica difícilmente se dará este supuesto, pero sería posible. Así, por ejemplo, piénsese en el supuesto en que el marido consiente inseminación artificial y se realiza con éxito el 3 de enero. El marido embarcó previamente, y se produjo un siniestro el 2 de enero, del que se tuvo conocimiento posteriormente, y desaparece en tal siniestro. Pasados tres meses (2 de abril), se declara que falleció el 2 de enero. El hijo concebido el 3 de enero, nacerá, previsiblemente el 3 de octubre, vigente la presunción de paternidad (cuyo plazo terminaría el 2 de noviembre —ya que la sentencia de declaración de fallecimiento establecería como fecha del fallecimiento seguramente el 2 de enero—). En este caso, es posible el conflicto de presunciones entre el marido fallecido y el nuevo marido de la mujer que se sometió a estas técnicas.

¹⁶⁵ Así, HERRERA CAMPOS, *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1991, pág. 163, entiende: «Si el matrimonio se ha disuelto y el niño nace antes de los trescientos días a contar desde la disolución del matrimonio, entrarán en juego las presunciones de paternidad y, por consiguiente, la filiación habrá de ser inscrita como matrimonial; se trata de una filiación biológica y, por lo tanto, no puede ser impugnada».

¹⁶⁶ Díez DEL CORRAL RIVAS, «La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana», *RDP*, junio 1988, pág. 544. En contra MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en *Comentarios al Código Civil II*, Vol. 1.º, Libro Primero (Títulos I a IV), coordinados por RAMS ALBESA, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pág. 293, entiende que el embrión está amparado por la protección del artículo 29 del Código Civil, una vez que ha sido implantado.

es marido en el momento del parto, es posible que el nacido acceda al Registro Civil como hijo del segundo marido. En este supuesto cabrá acción de impugnación y reclamación de la paternidad respecto del primer marido, con fundamento en la prueba biológica de paternidad, y amparado por la presunción de paternidad que también concurre a su favor ¹⁶⁷.

Reconozco que, en principio, lo más coherente sería entender que si no existe matrimonio, en el momento de la concepción, que consta médicamente, la filiación debería ser no matrimonial. Sin embargo, el artículo 7.1 de la LTRA remite a las normas vigentes, a salvo de las especialidades. No se regula este supuesto en la LTRA. En consecuencia considero que se debe acudir al Código Civil. Por aplicación de la presunción del artículo 116, se considerará al nacido como hijo matrimonial. Este precepto es una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario (es decir, mediante el expediente médico de la inseminación artificial se podría demostrar que la inseminación artificial se realizó tras la disolución).

Ahora bien, he de matizar que, salvo en el caso de conflicto de presunciones de paternidad, el nacido en todo caso sería hijo del mismo varón. Lo que se discute es si su filiación será matrimonial o no matrimonial teóricamente.

Según se ha señalado la «esencia de la vieja legitimidad o de la actual matrimonialidad de la filiación reside, cada día más en la concepción *a marito*, no en otros datos o en el momento de la concepción o del nacimiento» ¹⁶⁸. Por ello no procedería la prueba en contrario, o si procediese, no prosperaría. En definitiva sería una filiación matrimonial determinada por presunciones, y corroborada por la realidad biológica.

¹⁶⁷ Cfr. con carácter general GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, pág. 160. Pone de manifiesto la ausencia de «un consolidado criterio jurisprudencial», y expone opiniones doctrinales que proponen diferentes soluciones. Finalmente afirma: «De alguna manera cabe pensar que la solución judicial del conflicto de presunciones de filiación matrimonial, si llega a plantearse adecuadamente, puede resolverse a través de las pruebas biológicas en cuya práctica colaboren los presuntos padres. No cabe excluir, sin embargo, que en la práctica predomine no pocas veces una posesión de estado no fundamentada en la verdad biológica».

En este sentido, HERRERA CAMPOS, *op. et loc. ult. cit.*, afirma: «Si la mujer contrae nuevo matrimonio y el hijo nace después de celebrarse éste, se da un conflicto de presunciones del artículo 116 del Código Civil y la paternidad se habrá de atribuir al titular del semen, que es el padre biológico».

¹⁶⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pág. 893.

1.3.2. No vigente la presunción de paternidad

Se trata de determinar la filiación del nacido pasados trescientos días después de la disolución del matrimonio, a consecuencia de inseminación artificial o transferencia de embriones realizada después de dicha disolución.

DÍEZ DEL CORRAL señala la diferencia existente entre inseminación artificial y FIV después de matrimonio, ya que el embrión no es *concepturus*, sino *nasciturus*, por lo que se aplicaría el artículo 29 del Código Civil. En consecuencia, la filiación del nacido por fecundación *in vitro* podría acceder al Registro Civil por:

— Artículo 120-1.º: reconocimiento del marido en documento público.

— Artículo 120-2.º: expediente registral mediando reconocimiento del marido en documento no público. Se atribuye valor indubitado al escrito ante el Hospital.

— Acción de reclamación.

En inseminación artificial con semen del marido después del matrimonio, se admite la acción de reclamación como única vía para inscribir la filiación, a juicio de DÍEZ DEL CORRAL¹⁶⁹.

Se recuerda:

1.º No rige la presunción del artículo 116 del Código Civil, según el cual *Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución [...]*.

2.º La disolución del matrimonio se regula en el artículo 85 del Código Civil, según el cual *El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio*. Se analizan a continuación cada uno de los supuestos:

a) Hijo nacido después de pasar trescientos días del fallecimiento del marido, habiéndose realizado la técnica en vida del marido. Desde un punto de vista biológico, la paternidad del marido sólo es posible siendo gestación extraordinariamente larga. Se excluye el supuesto de

¹⁶⁹ Cfr. DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, *op. et loc. cit.*

fecundación *post mortem* (admitida por nuestro Derecho, cumpliendo los requisitos legales) que se estudia en el apartado correspondiente ¹⁷⁰.

El legislador no permite que conste extrajudicialmente la paternidad del marido, sino que considera al hijo como no matrimonial de la madre. En todo caso, cabe acción de reclamación de la filiación matrimonial con respecto al marido fallecido (no basta la posesión de estado, es decir que los familiares del fallecido lo consideren como hijo matrimonial).

b) Hijo nacido después de transcurrir los trescientos días desde que la sentencia adquirió firmeza ¹⁷¹.

La mayor parte de causas de divorcio tiene como causa previa la separación efectiva de los cónyuges y el *dies a quo* de presunción de paternidad no será el de la sentencia de divorcio, sino el de la separación de hecho de los cónyuges ¹⁷². Por ello es difícil que se dé este supuesto.

Si se prueba que en días anteriores a la sentencia de divorcio ha mediado convivencia (no necesariamente reconciliatoria) de los cónyuges, el planteamiento del problema y su solución es similar al caso anterior. El nacido, será, en principio, un hijo no matrimonial que podrá ejercitar acción de reclamación de la paternidad frente al que fue marido —ya que posteriormente se disolvió el matrimonio por divorcio—.

c) En caso de declaración de fallecimiento, no tiene sentido la presunción de paternidad, ya que el artículo 193 del Código Civil requiere

¹⁷⁰ No incluyo el supuesto de transferencia de embriones congelados ni la inseminación artificial realizada tras el fallecimiento del marido porque ambas son objeto de estudio en el capítulo dedicado a la fecundación *post mortem*.

¹⁷¹ Como indica DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pág. 235 en la edición de 1984 y pág. 223 en la edición de 2000, **no se incluye en este supuesto el nacido antes de la sentencia (calificado como hijo de un «predivorciado») ni el nacido dentro del plazo de trescientos días desde que se dicta la sentencia. En ambos supuestos, se trata de hijos nacidos de padres separados, y como tales se incluyen en la dicción del artículo 118. Podría citarse como argumento complementario la eficacia de la reconciliación cuando se ha interpuesto demanda, a diferencia de cuando ya existe sentencia de divorcio. En el primer caso no existe disolución y en el segundo, sí. En este sentido, el artículo 88 del Código Civil establece: *La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio.***

Vide también TENA PIAZUELO, *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000.

¹⁷² En teoría, no se requiere el previo cese de la convivencia conyugal si el divorcio se solicita por la quinta causa, es decir, «la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes» (artículo 86-5.º del Código Civil). Aun así, probablemente, exista un prolongado cese de la convivencia (causado por la prisión provisional) desde que sucedieron los hechos hasta que se obtuvo la sentencia firme de condena.

un plazo mínimo de un año sin haberse tenido noticias del marido. Como es sabido, por la presunción sólo se califican como matrimoniales los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución. Por ello el nacido no es hijo matrimonial del marido, ya que nacerá, al menos pasados trescientos sesenta y cinco días contados desde las últimas noticias —que pudiera ser que tras dar su consentimiento, no se tengan más noticias sobre él—¹⁷³. Los nacidos de la mujer pasado al menos un año desde que no se tienen noticias no se analizan en este supuesto, porque o no proceden del marido o sería un supuesto de inseminación artificial conyugal (o, en su caso, fecundación *in vitro*) no consentida por el marido (ya que se produce la inseminación artificial en el intervalo entre la desaparición y la declaración de fallecimiento), que se reconduce, con carácter general a ese supuesto.

3.º Se plantea la posible aplicación del artículo 118 a este supuesto. En concreto solamente para caso de divorcio, ya que carece de sentido la aplicación del artículo 118 a los otros supuestos, según el régimen del Código Civil, y dejando a salvo la denominada fecundación *post mortem*, regulada en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988, y que se analizará en otro apartado.

El artículo 118 establece: *Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.*

A la pregunta de si es aplicable el artículo 118 al divorcio, se pueden dar básicamente dos respuestas:

1) En la doctrina, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO considera aplicable el artículo 118 por analogía. Afirma: «Como se ha señalado en la doctrina, la distinción de nuestro Código entre filiación matrimonial y filiación no matrimonial responde más a un tema de prueba (mayor facilidad en la primera que en la segunda gracias al valor de la presunción de paternidad) que a la existencia de un trato diferente (que sería contrario a los artículos 14 y 39 de la Constitución Española). De ahí la conclusión de que el artículo 118 del Código Civil se aplique también al caso que

¹⁷³ Únicamente en el caso de siniestro podrá plantearse el conflicto, pues el plazo mínimo es de tres meses. Sería posible, pues que una persona que ha consentido la realización de estas técnicas, posteriormente estaba presente cuando sucedió un siniestro y no se tienen noticias suyas posteriormente, por lo que se le declara fallecido. Este supuesto quedaría incluido en el apartado referido al supuesto en que esté vigente la presunción de paternidad.

nos ocupa ahora. Si lo principal es la presunción de paternidad y no la presunción de paternidad matrimonial (ser hijo de determinadas personas y no si esas personas han estado casadas en determinado momento), hay que tener en cuenta que cuando se trata de un supuesto de inseminación artificial, la presunción que deriva del artículo 118 del Código Civil va (al menos, puede ir) respaldada con la prueba directa sobre la generación constituida por el expediente médico. Si el consentimiento del artículo 118 del Código Civil se valora como prueba de la verdad biológica (presunción), yo me inclinaría a aplicar por analogía ese artículo 118 del Código Civil a los hijos nacidos de inseminación artificial después de los trescientos días siguientes a la disolución por causa de divorcio y de nulidad»¹⁷⁴.

Añade: «Cabe plantear la duda de si valdría incluso cuando se hubiese prestado después de disuelto el matrimonio —cuando ello ocurra por divorcio o nulidad—. Por razones análogas a las esgrimidas al admitir el consentimiento prestado antes de la inseminación en situación de separación matrimonial —la prueba que deriva del expediente médico en relación con la certeza de la inseminación—, me inclino aquí también a admitir la validez y eficacia de semejante consentimiento»¹⁷⁵.

2) Consideran que el artículo 118 no debe aplicarse al supuesto del nacido pasados trescientos desde la disolución del matrimonio los siguientes autores:

— PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS entiende que «A primera vista parecería que cabría siempre —aun faltando la presunción— inscribir como matrimonial una filiación si concurre el consentimiento de ambos cónyuges. No parece, sin embargo, que el Código haya querido conceder a los cónyuges al poder inscribir como matrimoniales (con todos los efectos de esta calificación, por ejemplo, en relación con las acciones de impugnación) cualesquiera hijos que tengan entre sí mucho después de que su matrimonio haya sido declarado nulo o haya sido disuelto; no es esa la finalidad de la norma, y no cabe llegar a ese resultado ni aun con la restricción de que el consentimiento deba haber sido formulado cuando todavía son cónyuges». En nota al pie matiza: «Dando así, por ejemplo,

¹⁷⁴ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, pág. 127.

¹⁷⁵ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, págs. 127-128. En cuanto a la procreación natural apunta en la pág. 128: «En cambio, creo que debería negarse —como en aquel caso— cuando la generación se produzca naturalmente a través del coito. En tal caso el consentimiento, posterior a la disolución, resulta contradictorio con la situación derivada de aquélla.»

carácter matrimonial al hijo que años después tenga la viuda con semen del marido (inseminación artificial). El hijo, es claro, no sería entonces matrimonial porque es concebido y nacido fuera del matrimonio»¹⁷⁶.

Afirma de manera expresa: «El precepto debe ser referido —como expresaba el Proyecto del Gobierno— a “cuando falte la presunción de paternidad del marido por causa de la separación efectiva de los cónyuges”, es decir, “por causa de la separación legal o de hecho”. La posible concepción se ha producido sin el amparo, entonces, de la presunción de paternidad del marido, y cuando los progenitores todavía eran cónyuges entre sí.

»Quedan excluidos del precepto, pues, también los supuestos singulares de concepción dentro todavía del matrimonio, pero en que el nacimiento tiene lugar más allá de los trescientos días siguientes a la disolución (divorcio, muerte), o a la declaración de nulidad. No basta, entonces, el solo consentimiento de los cónyuges para la inscripción de la filiación como matrimonial (con el régimen que esta calificación comporta), pues en materia de estado civil —que no es disponible— la voluntad no puede tener significados que no estén expresamente previstos.[...] El ordenamiento valora la voluntad de los progenitores a efectos de la determinación legal de la filiación, no porque sea materia sujeta a la autonomía de la voluntad (lo que no es cierto por el carácter indisponible de todo estado civil), sino porque tal expresión de voluntad es signo que se juzga suficiente de la verdad biológica»¹⁷⁷.

De este modo, el problema no es si el hijo es de quien fue marido, sino, aún reconociendo que es de él, ha sido concebido o ha nacido den-

¹⁷⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, v. I, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 877 y ss. Recuérdese que el artículo 118 fue introducido por la Ley de 13 de mayo de 1981. Este autor (Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación), en *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, págs. 488-489, afirma que «Al elaborarse la Ley 13 mayo 1981, que reformó tan profundamente el régimen de la filiación, conscientemente no se quiso abordar en ella directamente las graves y difíciles cuestiones que planteaban las nuevas técnicas entonces ya conocidas».

¹⁷⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, v. I, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 877-878. Cfr. también O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Actualidad, S. A., Madrid, 1996, pág. 167; RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 457; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, t. III, v. 1.ª, de los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por ALBALADEJO, artículos 108 a 141, Madrid, 1984, págs. 229 y ss. en la edición de 1984 y págs. 216 y ss. en la edición de 2000 y Díez DEL CORRAL RIVAS, «La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana», *RDP*, junio 1988, pág. 544.

tro del matrimonio, si merece el calificativo de hijo matrimonial o no (ya que el hijo sigue siendo del mismo varón). Las presunciones son para facilitar la prueba; el consentimiento no hace que el hijo sea matrimonial, pero sí que se le considere hijo del ex-marido, por la vía del reconocimiento. Es un problema de prueba (juego o no de la presunción), que el consentimiento hace innecesario (siempre que valga como reconocimiento).

En resumen, a la pregunta de si es aplicable el artículo 118 al supuesto analizado caben dos respuestas:

1.^a Sí, por analogía, porque existe una laguna cuando el 118 regula el supuesto de nacido después de los trescientos días siguientes a la separación y, sin embargo no dispone nada para caso de divorcio. Esta afirmación se vería reforzada por los siguientes argumentos:

— El interés del hijo, principio inspirador de la reforma. En este sentido, la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial afecta a las acciones de impugnación, y sería más beneficioso para el hijo la calificación de hijo matrimonial realizada por sus padres.

— Son hijos «subsiguientes» al matrimonio ¹⁷⁸. Ahora bien, también son subsiguientes a la disolución del matrimonio.

— El artículo 119 permite la matrimonialización de hijos que no fueron matrimoniales, luego también podría calificarse de matrimoniales hijos que no nacieron constante matrimonio. Este argumento es discutible ya que el artículo 119 califica los hijos como matrimoniales desde que existe el matrimonio. Sin embargo, si se aplica el 118 se consideraría como matrimonial al nacido de personas no casadas entre sí.

2.^a No, porque el artículo 118 no se refiere al supuesto de divorcio, sino al de separación. En principio es la más coherente, ya que si no existe matrimonio, no podrá haber hijos matrimoniales. El artículo 118 solamente contempla el supuesto de nacimiento después de los trescientos días siguientes a la separación, porque sigue habiendo matrimonio, por lo que sólo debe aplicarse a este supuesto. Si se hubiese querido incluir el supuesto de divorcio se habría especificado.

¹⁷⁸ Ahora bien, obsérvese que en el supuesto de concepción por vía natural, el nacido sería hijo no matrimonial de quienes fueron cónyuges, y la filiación se determinaría según las reglas establecidas por el artículo 120 del Código Civil, ya que son hijos nacidos después de la disolución del matrimonio. Sin embargo, ha de advertirse en este caso que no se discute de quien es el hijo, sino si éste es considerado matrimonial o no matrimonial.

El artículo 118 posibilita que el nacido conste registralmente como hijo matrimonial en el supuesto de que se produzca el nacimiento no vigente la presunción de paternidad, pero constante matrimonio, y por tanto se trata del nacimiento de un hijo de dos cónyuges. Existía matrimonio en el momento de la concepción y subsiste al tiempo del nacimiento. Están separados, pero siguen siendo cónyuges ¹⁷⁹.

La distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial, que se manifiesta, básicamente, en las acciones de impugnación es poco relevante, ya que la prueba de la paternidad queda facilitada por el expediente médico en el que se consiente la realización de las técnicas con semen del marido. De este modo, el interés del hijo queda protegido.

En conclusión, reconociendo la firmeza de la argumentación expuesta por BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO para optar por la aplicación de la analogía (entendiendo que el 118 parte de que la afirmación de los cónyuges se considera argumento suficiente de veracidad, lo cual está plenamente justificado en la inseminación artificial homóloga), me parece más adecuada con el régimen legal vigente la postura contraria. Entiendo que el 118 limita su aplicación a los supuestos de existencia de matrimonio, de acuerdo con los argumentos expuestos *supra*. La filiación se inscribirá, en consecuencia como no matrimonial, según el artículo 120 del Código Civil. El consentimiento del varón, sin embargo, equivaldría a un reconocimiento.

Ciertamente, *de lege ferenda*, propongo la prestación del consentimiento en escritura pública para así facilitar la inscripción de la filiación por el artículo 120, referido a la filiación no matrimonial. Serviría, como se ha adelantado para dar mayor seguridad jurídica al estado civil de filiación.

¹⁷⁹ No rige la presunción de paternidad porque ésta se basa en la convivencia de los cónyuges. La presunción decae porque la separación impide la convivencia. Ciertamente si se trata de separación de hecho deberá tenerse en cuenta que el artículo 69 presume la convivencia de los cónyuges. De ello se deriva la necesidad de probar la separación de hecho para aplicar el 118. Ahora bien si los cónyuges pretenden que el nacido acceda al Registro Civil como hijo matrimonial, será más sencillo dejar actuar la presunción de convivencia de los cónyuges del artículo 69, junto con la presunción de paternidad del artículo 116 para que, de esta manera, se inscriba al hijo como matrimonial. *Vide*, en este sentido, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, t. III, v. 1.º, de los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por ALBALADEJO, artículos 108 a 141, Madrid, 1984, pág. 228 en la edición de 1984 y pág. 215 en la edición de 2000.

1.4. Propuestas

Por razones de seguridad jurídica, sería deseable que el consentimiento para someterse a estas técnicas constase en documento público, y se le diese valor de reconocimiento, de tal modo que fuese título para la inscripción de la paternidad.

1.5. Recapitulaciones

No hay regulación expresa en la LTRA, por lo que se somete a las reglas contenidas en el Código Civil.

El consentimiento para someterse a las técnicas es distinto del consentimiento para que conste registralmente la paternidad. Por ello el primero no será suficiente para que el nacido conste registralmente como hijo matrimonial si no rige la presunción de paternidad.

El artículo 118 no es aplicable a los supuestos de nacimiento después de trescientos días siguientes a la disolución, ya que no existe matrimonio y dicho precepto está pensado para cónyuges. Será aplicable el artículo 120 del Código Civil. Por ello, la filiación del nacido accederá al Registro Civil mediante reconocimiento, expediente gubernativo o sentencia, tras la correspondiente acción de reclamación.

2. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL SUPUESTO DE PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL MARIDO¹⁸⁰

2.1. Planteamiento

Se incluyen en este apartado los supuestos en que el marido solamente aporta el elemento genético (es decir, no añade el volitivo para la IA realizada). Se pueden citar los siguientes ejemplos:

¹⁸⁰ Si se realiza sin el consentimiento de la mujer, se comete el delito previsto por el Código Penal, en su artículo 162. Cfr. BENÍTEZ ORTUZAR, «Delitos relativos a la reproducción asistida» en VIDAL MARTÍNEZ (coordinador), BENÍTEZ ORTUZAR y VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998, págs. 153 y ss.; DE LA CUESTA AGUADO, *La reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos penales. (Análisis del tipo objetivo del artículo 162 del Código Penal)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- El marido no consintió en ningún momento y la mujer se autoinsemina.
- El marido consintió, pero posteriormente revocó su consentimiento.
- El marido dio consentimiento para prueba médica y se realizó IAC.

2.2. Durante el matrimonio

2.2.1. Regulación

En principio, la LTRA no regula de manera expresa este supuesto. En consecuencia, y por remisión del artículo 7.1 de la LTRA, se regirá por el Código Civil. Por tanto, se aplicará la presunción de paternidad prevista en su artículo 116. A ello se añade la infracción del artículo 6.3 de la LTRA, que establece : «*Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido [...]*».

Se advierte que la regulación del Código Civil dada por la reforma de 13 de mayo de 1981 se inspira en el principio de veracidad biológica, o acercamiento entre la realidad biológica y la jurídica. El consentimiento no es criterio para determinar la filiación. En consecuencia, su ausencia no servirá para excluir la paternidad del marido. No ha de olvidarse que en todo caso se ha de atender al principio del *favor filii*. Parece que no sería conforme con este principio que una actuación «desleal» de la madre o del médico tuviese como consecuencia que el nacido careciese de padre legal.

Sin embargo, se observa que la falta de consentimiento puede tener otras consecuencias: solicitud de la separación o divorcio por violación de deberes conyugales, efectos penales, indemnización por daños materiales o morales contra la propia mujer y el médico por ser nacimiento no deseado por el marido¹⁸¹, etc.

¹⁸¹ En este sentido, PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, diciembre de 1988, pág. 23, considera que procederá esta acción si la mujer, sin consentimiento del marido, en connivencia con el médico, provocó su inseminación artificial. Sin embargo, no procederá si el marido cambió de opinión entre fecundación y transferencia. *Vide op. et loc. cit.*

2.2.2. La doctrina

A) Atribución de la paternidad

a) Relevancia del consentimiento

PEÑA entiende que debe exigirse «cierta imputabilidad», pero la Ley no precisa cuál ha de ser la imputabilidad necesaria. Parece que no basta la creación del riesgo (extracción voluntaria del semen), ya que en los casos de donación de gametos no se atribuye la paternidad. Tampoco basta la utilización de sus gametos si falta en absoluto su voluntad (robo o hurto del semen)¹⁸². Propone el criterio de la «imputabilidad suficiente» para resolver los problemas de paternidad. Atribuye la paternidad al marido «si la concepción se produce porque —sin contar con el varón— la mujer lleva las posibilidades de un acto sexual conjunto hasta sus últimas consecuencias mediante las técnicas de reproducción asistida»¹⁸³.

— DELGADO ECHEVERRÍA afirma que «el consentimiento del marido para la inseminación artificial conyugal es irrelevante a efectos de la determinación de la filiación matrimonial en circunstancias ordinarias»¹⁸⁴.

— BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO afirma en el análisis de la IAC con consentimiento: «Si dicho consentimiento faltase, conviene precisar que ello es irrelevante para cuestionar el carácter matrimonial de la filiación en cuestión. [...] Ciertamente que si no cuenta con el consentimiento de algún sujeto, ello puede repercutir a veces en la necesidad de conseguir la determinación legal de la filiación mediante sentencia en vez de por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres (artículos 115-2.º, 131, 132 del CC y 184 del RRC)»¹⁸⁵.

Me parece que la paternidad se regula por las reglas generales, es decir por la procedencia de los gametos. En consecuencia, el nacido será hijo del marido. Ahora bien, entiendo que el varón podrá reclamar

¹⁸² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 494, admite que en estos casos el varón pueda, siempre, si quiere, reclamar después la paternidad legal.

¹⁸³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. ult. cit.*, págs. 494-495.

¹⁸⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 216.

¹⁸⁵ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, pág. 125.

indemnización a su mujer, además de ser causa de separación por violación de los deberes conyugales, según se ha expresado anteriormente.

b) Carácter de la filiación

La doctrina reconoce el carácter matrimonial, aun cuando advierte posibles problemas¹⁸⁶. En este sentido, SERRANO ALONSO afirma: «Si se ha utilizado semen del marido estimo que la filiación es en principio matrimonial, si bien el marido tendrá acción para impugnar tal filiación; por aplicación, en contrario, del artículo 8.1 de la Ley»¹⁸⁷. De igual modo PANTALEÓN considera claramente que «el hijo nacerá matrimonial»¹⁸⁸. En esta misma línea, RIVERO HERNÁNDEZ le atribuye el carácter de matrimonial, «no sólo porque genéticamente es del marido, sino por ser el del hijo el interés preponderante, que puede ser atendido sin detrimento grave de otros intereses y principios. Mas hay que convenir que este supuesto es más problemático, y la solución que apunto, discutible»¹⁸⁹.

Afirma que «en la hipótesis de inseminación de la esposa con semen del marido pero sin el conocimiento ni el consentimiento de éste, [...] parece difícil negar el carácter de matrimonial al hijo —cuyo nacimiento no difiere mucho del supuesto en que la esposa tiene relación sexual con su marido asegurándole haber tomado precauciones y haber usado un medio anticonceptivo siendo otra la realidad—»¹⁹⁰.

Ciertamente la importancia atribuida a la voluntad en la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida pierde su eficacia en favor

¹⁸⁶ Cfr. PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, diciembre de 1988, pág. 23; SERRANO ALONSO, «Aspectos de fecundación artificial», AC, 1989, pág. 394 y en «Aspectos jurídicos de la fecundación artificial», *Homenaje al profesor Roca Juan*, Murcia, Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1989, pág. 837 [ambas publicaciones poseen el mismo contenido]; RIVERO HERNÁNDEZ, «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ Y YAGÜE), marzo 1994, pág. 289.

¹⁸⁷ SERRANO ALONSO, *ibidem*.

¹⁸⁸ PANTALEÓN, *op. et loc. ult. cit.*

¹⁸⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 289. En el mismo sentido, vide RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, págs. 155-156. Afirma acerca de este supuesto, en pág. 156 «Poco verosímil, pero no imposible: piénsese en la mujer que solicita y obtiene de un centro autorizado la inseminación artificial con semen de su marido donado a otros efectos, con la complicidad (poco probable, ciertamente) de un facultativo; o si se autoinsemina la esposa, cosa nada difícil técnicamente (pues algún caso se ha dado ya en EE.UU.)».

¹⁹⁰ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 156.

de otros principios (por ejemplo *favor filii*). Si se opta por la relevancia de la voluntad, no podría atribuirse la paternidad a quien no prestó su consentimiento. Si se da preeminencia al *favor filii*, y teniendo en cuenta que aportó el elemento genético, sería descabido que se atribuyese la paternidad al marido ¹⁹¹. Además rige la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil.

En definitiva entiendo que el nacido será considerado como hijo matrimonial del marido por las siguientes razones:

1.^a Rige la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil, en cuanto que el nacimiento se produce en el plazo previsto por el mismo.

2.^a El principio del *favor filii* aludido aconseja que el nacido tenga padre, y procediendo genéticamente del varón difícilmente puede atribuirse otra paternidad (a salvo de los reconocimientos de complacencia).

B) Posibilidad de impugnación del marido

La doctrina se cuestiona: ¿puede impugnar el marido una paternidad que no consintió? La doctrina no es unánime:

¹⁹¹ En principio se entiende que la determinación de la paternidad es un bien para el hijo. No obstante, en determinadas circunstancias, puede ser discutible. *Vide* Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22-4-1997, Colex-Data, B. D. Jurisprudencia Tribunal de Estrasburgo, Ref. 97TE19. El supuesto es el siguiente: «Los recurrentes [...] sostienen que la falta de reconocimiento jurídico de la relación que une a X y Z comporta la violación del artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (respeto a la vida familiar)[...] En este caso, el Tribunal constata que X es un transexual que ha sufrido una intervención quirúrgica de conversión sexual. Vive con Y desde 1979, asumiendo a los ojos de todos el papel de "partenaire" masculino. La pareja ha solicitado, y obtenido, un tratamiento de inseminación artificial (IAD) antes de permitir a Y concebir a un hijo. X ha sostenido a Y durante este período y se comporta a todos los efectos como "el padre" de Z desde el nacimiento de ésta». En cuanto al bien del hijo se indica: «El Tribunal destaca que es interés de la sociedad en su conjunto preservar la coherencia de un conjunto de reglas de derecho de familia que sitúan en primer plano el bien del hijo. A este respecto, el Tribunal destaca que, si bien no ha sido sugerido que el reconocimiento del derecho pretendido por los recurrentes fuera contrario al interés de Z o de los hijos concebidos por inseminación artificial en general, no es evidente tampoco que ello fuera necesariamente favorable para tales hijos». Cfr. *Revue Trimestrielle de Droit Familial*, 5 de noviembre de 1997, págs. 171 y ss. En concreto en página 183 se recoge la falta de unanimidad en la toma de la decisión por catorce votos frente a seis, respecto a la violación del artículo 8 en el caso planteado, en los siguientes términos:

«La cour,

1. Dit, à l'unanimité, que l'article 8 de la Convention est applicable en l'espèce;
2. Dit, par quatorze voix contre six, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8».

Algún autor considera que el marido puede impugnar la paternidad por aplicación del artículo 8.1 *a contrario*, ya que dicho precepto impide la impugnación de la paternidad al marido que consintió la fecundación de su mujer con material genético de donante. Por ello, si falta dicho consentimiento, podrá impugnar la paternidad ¹⁹².

Mayoritariamente la doctrina considera irrelevante la falta de consentimiento, asimilándolo a lo que sucede en procreación natural cuando falta la voluntad de procrear ¹⁹³. De este modo, el marido será el padre legal del nacido.

A mi juicio, no será aplicable el artículo 8.1 a este supuesto por las siguientes razones:

1.^a El artículo 7.1 de la LTRA remite a las normas vigentes, a salvo de las especialidades.

2.^a No existe en la LTRA regulación expresa.

3.^a El artículo 8.1 LTRA regula el supuesto en que el marido consiente la intervención con semen de donante, presupuesto que no se da en el caso analizado. Parece que su finalidad es que no pueda prosperar una acción de impugnación de paternidad interpuesta por un varón que se somete a la prueba biológica de paternidad, conociendo su resultado negativo. Ello iría en contra de sus propios actos.

4.^a En el supuesto de procreación homóloga no es preciso introducir esta especialidad, ya que en caso de someterse a prueba biológica de paternidad, su resultado sería positivo.

¹⁹² SERRANO ALONSO, *op. et loc. cit.* El artículo 8.1 de la LTRA establece: *Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación*; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.^o, 10.^a ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995, pág. 227 afirma «constituye una ficción o presunción *iuris et de iure* impuesta por la ley». La filiación derivada de IAD se rige por el consentimiento y, no podrá ser impugnada. Si se permitiese, se demostraría que el padre legal no es el padre biológico. Sin embargo en el supuesto de IAC parece que no tiene relevancia la impugnación de la paternidad en cuanto que demostraría que el impugnante es el padre.

¹⁹³ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.^o 3.^a ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 156; SIMO SEVILLA, «La Medicina moderna de la procreación en el Derecho de Familia y en el Derecho sucesorio», Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995, pág. 81.

5.^a Se aplicarán las normas generales del Código Civil. En todo caso, el marido será el padre del nacido. Aun en el supuesto de que el marido impugnase su paternidad, según dichas normas de nuestro Código, no prosperaría, ya que el expediente médico, o en su caso la correspondiente prueba de paternidad demostraría que es el progenitor.

Por su parte, el marido no podrá, impugnar la paternidad con fundamento en su falta de consentimiento¹⁹⁴ por las siguientes razones:

- 1.^a No existe posibilidad de atribución a otro varón¹⁹⁵.
 - 2.^a No beneficiaría al nacido ser considerado hijo de varón desconocido, cuando, además, no es desconocido¹⁹⁶.
 - 3.^a Genéticamente es del marido¹⁹⁷.
 - 4.^a Por ser el del hijo el interés preponderante y poder ser atendido sin detrimento de otros¹⁹⁸.
- 5.^a El marido es el verdadero padre legal que ha de satisfacer los correspondientes deberes.

En definitiva, este supuesto queda sujeto al régimen general del Código Civil, de tal modo que no se prohíbe la impugnación. Sin embargo difícilmente se producirá la impugnación, y aun en el supuesto de que se produzca, no prosperará.

¹⁹⁴ PANTALEÓN, «Procreación artificial y responsabilidad civil», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 280-282. También en «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, diciembre de 1988, pág. 23, afirma que «el marido no podrá impugnar con éxito su paternidad, aunque la utilización del semen se haya llevado a cabo sin su consentimiento».

En este mismo sentido se orienta el Informe de Italia y el de Alemania, presentados al Congreso del Notariado Latino. Cfr. Informe Italiano, pág. 285; Informe de Alemania, pág. 167, presentados al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

¹⁹⁵ MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, págs. 237 y ss.

¹⁹⁶ MORO ALMARAZ, *op. et loc. cit.*

¹⁹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 156. Considero que en el formulario puede no constar el consentimiento del varón, pero sin embargo, el expediente médico reforzará y facilitará la prueba de que el marido es el progenitor del nacido, y, en consecuencia, la paternidad biológica.

¹⁹⁸ RIVERO HERNÁNDEZ *op. et loc. ult. cit.*

Sin embargo, el marido podrá exigir responsabilidad civil por los daños y perjuicios patrimoniales y morales que le reporte el nacimiento de un hijo no deseado, frente a su mujer y al médico¹⁹⁹. Además puede entrañar violación del deber de respeto mutuo²⁰⁰.

2.3. Después del matrimonio

Según la LTRA, no es preciso el consentimiento del ex-marido (varón de quien procede el semen), y la filiación será extramatrimonial de la madre y, en su caso, del ex-marido, si hay reconocimiento, o así se declara como consecuencia de una acción de filiación²⁰¹.

Sin embargo, si nace vigente la presunción de paternidad, se puedan aplicar las afirmaciones relativas a la procreación asistida homóloga con consentimiento o sin él, ya que el problema no es tanto si existe o no matrimonio, cuanto si hay o no presunción de paternidad.

2.4. Propuesta

La propuesta se dirige fundamentalmente a ofrecer algunas vías para evitar que se utilicen estas técnicas en mujer casada sin el consentimiento del marido, ya que en principio se le atribuirá la paternidad legal.

Ciertamente la filiación por técnicas de reproducción asistida atribuye gran importancia a la voluntad. En este caso parece desatenderse. Una vía para compatibilizar la importancia de la voluntad y el bien del

¹⁹⁹ PANTALEÓN, «Procreación artificial y responsabilidad civil», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 280-282; RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 152; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 227 afirma: «Cuando se practica una I.A. homóloga, la ley no determina las consecuencias jurídicas, debiendo entenderse que, por aplicación del régimen general, el hijo será matrimonial pudiéndose utilizar, caso de impugnación, toda clase de pruebas».

²⁰⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 216; RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 152.

²⁰¹ Por ello se incluiría en los supuestos de utilización de las técnicas por mujer sola.

hijo, *de lege ferenda*, sería la prestación de consentimiento a las técnicas en documento público. A dicho ordenamiento se le atribuirán los efectos de consentimiento informado para someterse a tales técnicas y de título de determinación de la paternidad inscribible en el Registro Civil. Este consentimiento surtiría efecto desde su prestación hasta su revocación, que deberá realizarse también en documento público ante el Centro en que se prestó, con lo que produciría efectos inmediatamente. Así se permitiría la inscripción de la paternidad y se proporcionaría mayor seguridad jurídica en una materia tan importante como es el estado civil del hijo. Considero que deben tomarse medidas preventivas para evitar los conflictos sobre filiación, inspiradas en el principio de beneficio del hijo, y de su protección.

Sería útil entender que el consentimiento a las técnicas de reproducción asistida lleva implícito el consentimiento para asumir la paternidad y para que el nacido acceda al Registro Civil como hijo matrimonial.

Ahora bien, la escritura pública no resuelve todos los problemas, ya que es posible la realización de estas técnicas sin la prestación del consentimiento debido. Así, es posible que habiéndose revocado formalmente el consentimiento, se realice la técnica, en cuyo caso la filiación quedará determinada conforme a las reglas generales.

2.5. Recapitulaciones

Considero, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, que el marido será calificado como padre del nacido por las siguientes razones:

1.^a Es un supuesto no previsto por la LTRA. Por ello, y según el artículo 7 LTRA debe aplicarse el Código Civil, inspirado en el principio de veracidad biológica. Es decir, el marido aportante del gameto será padre del nacido. Además el expediente médico mostrará que el marido es el progenitor de la pareja.

2.^a Carece de relevancia la impugnación de la paternidad, ya que la prueba biológica determinará que el marido es el progenitor del nacido²⁰².

²⁰² Es diferente el supuesto de imposibilidad de procreación natural, diagnosticada médicamente (aunque el grado de certeza para que cause la imposibilidad de fecundación natural no es total), y posteriormente se produce embarazo, causado por inseminación artificial no consentida. En este supuesto se podrá reclamar al Centro o a la mujer, pero entiendo que no afecta a la paternidad.

3.^a Parece que no es aplicable el artículo 8.1 *a contrario*, ya que regula otro supuesto distinto: la IAD, y en este caso establece la prohibición de impugnación si se consintió. En definitiva, se determina la filiación por el consentimiento en IAD de manera expresa, separándose de la regulación del Código Civil.

4.^a Es hijo genéticamente del marido y se debe proteger por el *favor filii* el interés preponderante del primero.

Puede interponerse demanda de separación, de divorcio por violación de deberes conyugales, exigirse responsabilidad civil por daños materiales o morales, etc.

3. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL SUPUESTO DE PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL MARIDO

En este apartado se analiza el supuesto de un matrimonio en el que el gameto no lo aporta el marido, sino un donante. Aunque la admisibilidad de estas técnicas plantea problemas éticos, lo cierto es que se realizan en la práctica, la ley las permite y existen niños nacidos como consecuencia de la aplicación de las mismas. De ahí la necesidad de ofrecer una respuesta jurídica.

Se advierte que no se analizan los problemas comunes con las técnicas de reproducción asistida homólogas. Únicamente se estudiarán los problemas específicos que plantea la intervención de donante²⁰³.

3.1. Aspectos médicos

Desde una perspectiva médica, se ha de afirmar que el recurso a un donante se utiliza cuando no existe un tratamiento médico y/o quirúrgico, que solucione el problema de esterilidad del marido o cuando éste ha fracasado²⁰⁴. Debe advertirse que no se analiza un método terapéutico,

²⁰³ Se utilizará en adelante la expresión IAD, para referirse tanto a inseminación artificial como a fecundación *in vitro*, con carácter general. Sin embargo, cuando se pretende atender a sus diferencias se manifiesta expresamente.

²⁰⁴ VANRELL DÍAZ, «Reproducción humana asistida: aspectos médicos y jurídicos», en *Bioética y Justicia* (Actas del Seminario conjunto sobre Bioética y Justicia, celebrado en Madrid del 6 al 8 de octubre de 1999), Ministerio de Sanidad y Consumo, y Consejo del

es decir no se corrige la causa de la esterilidad, no «cura», sino que simplemente se sustituye el gameto del marido por el de un donante. En consecuencia, una vez utilizada la intervención de un donante, si el matrimonio desea otro hijo, deberá recurrir nuevamente a las técnicas de reproducción asistida con semen de donante (salvo que existan embriones congelados, o pueda utilizarse gameto del marido por los constantes avances médicos).

Se describen a continuación las indicaciones de estas técnicas, las reacciones de la pareja, los problemas que pueden plantear, la eventual intervención del psicólogo y la aceptación de las técnicas por la población.

1.º Las indicaciones de la procreación heteróloga son, básicamente, las siguientes²⁰⁵:

1.º1. Existencia de esterilidad masculina

a. Las verdaderas esterilidades²⁰⁶.

Es la azoospermia o ausencia completa de espermatozoides²⁰⁷. Sin embargo pueden existir azoospermias curables²⁰⁸.

Poder Judicial, Madrid, 2000, Estudios de Derecho Judicial, n.º 29, pág. 388, afirma que; «La IAD está en franca regresión en todo el mundo debido a que se pueden efectuar fecundaciones *in vitro* en sémenes con un número mínimo de espermatozoides y de calidad muy deficiente».

²⁰⁵ Vide Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana, (presidida por PALACIOS), Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, págs. 106 y ss.; VEGA GUTIÉRREZ, M. L., VEGA GUTIÉRREZ, J., MARTÍNEZ BAZA, *Reproducción Asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos bioéticos*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Universidad, Serie: Medicina, n.º 26, 1993, págs. 43 y ss.; MANDELBAUM y PLACHOT, *Generación Probeta*, Urano, Barcelona, 1993, págs. 39 y ss. (téngase en cuenta que la ley francesa es posterior, se publicó en 1994); GAFO *et al.*, *Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, pág. 16; TESTART, *La procreación artificial*, Debate-Dominós, Madrid, 1994, pág. 53; ÁLVAREZ, M., *Combatir la infertilidad. Los caminos alternativos de la fecundación*, Aguilar, Madrid, 1996, pág. 60.

²⁰⁶ Siguiendo a ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 24, «Se ha de recordar que según la Organización Mundial de la Salud, organismo que cuenta con estudios y estadísticas fiables desde 1950 (a pesar del silencio que suele rodear al tema), la infertilidad es aquella situación en la que tras un año de relaciones sexuales continuadas y sin ningún tipo de método anticonceptivo, no se produce el embarazo deseado. Este periodo de tiempo se amplía a dos años según el criterio de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia.

En términos médicos aceptados, la infertilidad supone una disminución o ausencia de fertilidad con carácter reversible, mientras que la esterilidad es una situación irreversible.

Sin embargo, gracias a las técnicas de reproducción asistida, la frontera entre ambas situaciones tiende a desplazarse. [...] La nueva terminología médica prefiere llamar estéril a la mujer que es incapaz de concebir, e infértil a la que tiene problemas para ello, aborta repetidamente o no llega a celebrar el nacimiento de un bebé vivo».

b. La hipofertilidad

Supone la existencia de espermatozoides en cantidad inferior a la normal para que se produzca una fecundación, pero existe esa posibilidad de un embarazo natural, aunque sea mínima²⁰⁹. Por ello, cuando para el marido no es relevante la aportación genética se acude a estas técnicas²¹⁰.

1.º2. Riesgo de transmisión de enfermedad genética.

Representan en torno a un 2% de las peticiones de IAD²¹¹.

Se ha de advertir que existen enfermedades de carácter recesivo o dominante. Una enfermedad de carácter recesivo se manifiesta si se

²⁰⁷ La azoospermia puede ser secretora, si la alteración afecta a la producción de espermatozoides, o excretora, si existe obstrucción de las vías de paso de los espermatozoides del testículo hacia el exterior. En Francia, un 53% de las IAD responden a azoospermia definitiva. *Vide* MANDELBAUM y PLACHOT, *Generación Probeta*, Urano, Barcelona, 1993, págs. 38-39.

Ha de advertirse que se ha realizado fecundación *in vitro* con espermátidas, que son las células precursoras de los espermatozoides. De este modo, algunos supuestos que anteriormente se dirigían a IAD, actualmente se resuelven en fecundación *in vitro* con espermátidas del varón, que en este caso es el marido.

²⁰⁸ Siguiendo a MANDELBAUM y PLACHOT, *op. et loc. ult. cit.*, la azoospermia es curable:

a) Cuando proviene de la ausencia de secreción de hormonas hipofisarias que estimulan la espermatogénesis; en este caso se restablece mediante inyecciones de hormonas.

b) Si proviene de la exposición a un tóxico, o del hecho de haber ingerido una sustancia que no ha destruido las células germinales de la espermatogénesis, aunque sí ha perturbado todo el proceso.

c) Si la causa radica en una obstrucción de la cola del epidídimo; en este caso se puede restablecer su continuidad uniendo la cabeza del epidídimo, más arriba del obstáculo con el conducto deferente, dejando así aislada la zona enferma.

d) Si proviene de un trastorno de la eyaculación, realizada hacia la vejiga y no hacia el exterior (eyaculación retrógrada); se pueden recoger los espermatozoides para después, utilizarlos mediante técnicas de reproducción asistida.

²⁰⁹ En Francia, el 45% de las peticiones de IAD se deben a esta causa. *Vide* MANDELBAUM y PLACHOT, *op. cit.*, pág. 39.

²¹⁰ Ciertamente, se ha de advertir que en los casos de hipofertilidad, el matrimonio tiene dos posibilidades:

a) Recurrir a IAD, procedimiento relativamente sencillo y económico.

b) Intentar la llamada microinyección de un espermatozoide en el oocito. Consiste en la obtención de semen, extracción de ovocitos y fecundación *in vitro* por medio de dicha inyección intracitoplasmática. La fecundación *in vitro*, como es sabido, ofrece mayores complicaciones físicas (derivadas de sobreestimulación de ovarios, anestesia, posibles infecciones, gestaciones múltiples que provocan riesgo obstétrico, pediátrico y psicológico) y psíquicas (stress, ansiedad, etc.). En este supuesto, el nacido es genéticamente del marido. Es un procedimiento costoso personalmente y, en su caso, económicamente.

Como es sabido, en la IA la fecundación se produce *in vivo*. Sin embargo, la fecundación *in vitro* exige un mayor artificio.

²¹¹ MANDELBAUM y PLACHOT, *op. cit.*, pág. 41.

reciben los dos genes anómalos. Sin embargo, las enfermedades de carácter dominante producen la anomalía con un solo gen anormal²¹².

En las enfermedades de carácter recesivo en que los dos cónyuges sólo portan el gen anormal (es decir, no son enfermos), se aconseja la donación del gameto masculino para así, evitar que el nacido sea enfermo²¹³.

1.º3. Incompatibilidad de RH. Este supuesto —anteriormente dirigido a IAD—, hoy se previene mediante vacunas.

1.º4. Supuesto en que el marido es seropositivo y la mujer es sana. Sin embargo, parece que este grupo ya podría recurrir a la IAC, mediante el tratamiento de los espermatozoides para aislar el virus, y en consecuencia tener hijos sanos²¹⁴.

Debido a los avances médicos, cada vez existen más posibilidades de utilizar los gametos del varón de la pareja. Por ello, la IAD está en retroceso.

²¹² Este problema se puede agravar en el supuesto de matrimonios entre afectados. Así, por ejemplo, existen estudios que muestran que uno de cada seis mil niños nacidos de matrimonios entre judíos, padece determinadas enfermedades (por ejemplo, la anemia falciforme). Sin embargo, en la población general, la cifra es de uno cada seiscientos mil niños. De ello se deduce que la incidencia de las enfermedades recesivas disminuiría si uno de los cónyuges fuese sano, o si siendo los dos enfermos, recurriesen a la IAD. En caso contrario, se anuncia una posible discriminación por causas genéticas, lo que podría conducir en un futuro, a posibles exclusiones para determinados trabajos. Se ha de apuntar que el artículo 11 del Convenio relativo a Derechos Humanos y Biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996, y firmado el 4 de abril de 1997, prohíbe la discriminación laboral.

²¹³ Sin embargo, en algunos casos, el matrimonio solicita donación de ovocito para participar el marido con el elemento genético y la mujer con el embarazo. Así, MANDELBAUM y PLACHOT, *op. cit.*, pág. 43, recogen el caso de un matrimonio que ha perdido a tres hijos de corta edad, a causa de la enfermedad de Werdnig-Hoffmann, una forma especial de miopatía. Afirma: «Los dos son portadores del gen anormal, pero no sufren la enfermedad. Los hijos tenían los dos genes anormales (el del padre y el de la madre) y han muerto por ese motivo. En el caso de esta pareja, la única solución es substituir uno de los gametos por un gameto normal procedente de un donante. ¿Pero qué elegir? ¿El oocito o el espermatozoide? Todos los médicos consultados les han aconsejado, por cierto, solicitar esperma de un donante, como la solución más sencilla, pero ellos no quieren: “Si utilizo semen de un donante, los niños que nazcan ya no serán hijos míos, y ya he perdido tres. En cambio, si se utiliza un oocito de una donante, mi esposa llevará al niño y lo dará a luz: será su madre. Y yo, al proporcionar los espermatozoides, seré el padre.” Todos quedamos muy impresionados por esta petición que exigía una participación similar de los dos miembros de la pareja en la procreación».

²¹⁴ Así se ha realizado en el Instituto de la Escuela de Medicina de la Universidad de Milán, en Italia. En España se ha practicado por la colaboración entre el Instituto Universitario DEXEUS y el Hospital Universitario Germans Trias y Pujol (Badalona), según información recibida del Instituto Universitario DEXEUS.

2.º En la práctica, la reacción ante la IAD es diversa: unos la rechazan inicialmente, otros reaccionan aceptándola inicialmente y posteriormente rectificarían, muchos «se resignan». Los profesionales que intervienen en estas técnicas apuntan acertadamente que «es urgente tomarse el tiempo para reflexionar»²¹⁵. Los equipos que intervienen en estas técnicas aconsejan la previa consulta con un psicólogo para abordar las posibles soluciones concretas para cada pareja, o en su caso, para cada mujer. Se han de tener en cuenta estos intereses y, por supuesto, el interés del que va a nacer.

En cuanto a la práctica de las técnicas de reproducción asistida, los cónyuges firman un documento ante el Centro para así, autenticar que la pareja era consciente de la técnica escogida, de sus consecuencias y de sus límites²¹⁶.

3.º Entre los problemas que pueden surgir en una IAD, se pueden citar:

²¹⁵ En este sentido se expresan MANDELBAUM y PLACHOT, *op. cit.*, pág. 53.

²¹⁶ Su contenido era el siguiente en Francia (según MANDELBAUM y PLACHOT, *op. cit.*, página 58):

FEDERACION FRANCESA DE LOS CECOS
CECOS DE...
PETICION DE IAD
Firma

Los abajo firmantes:
Señora Apellido de soltera
Nombre
Señor
Nombre

declaramos haber pedido espontáneamente al doctor la realización de una inseminación artificial con semen de donante proporcionado por el CECOS de

Reconocemos que nuestra decisión la hemos tomado después de haber sido plenamente informados, y libramos al doctor y al CECOS de cualquier responsabilidad respecto a las consecuencias posibles de este acto.

Antes de firmar, poner la mención «Leído y aceptado»
Firma

En de

Este documento, en general, no tenía valor legal.

Obsérvese que la publicación de MANDELBAUM y PLACHOT es anterior a la Ley. Actualmente debe constar en documento notarial o judicial, según prevé la Ley de 1994. En este sentido, el grupo de «Bioética» del Instituto de Estudios Jurídicos del Consejo Superior del Notariado ha establecido un modelo de formulario, recogido por Chantal PASQUALINI, Notario de Niza, en «Les conventions notariées en matière de procréation hétérologue», en Actes des Journées d'Études des 5 et 6 décembre 1996, organisées par le Laboratoire d'Études et de Recherches Appliquées au Droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, *Les filiations par greffe. Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997, págs. 111 y ss.

— La dificultad de la mujer para aceptar que no va a tener un hijo de su marido, sino de un desconocido.

— El donante puede aparecer como un tercero, calificado como «rival para el hombre, adúltero para la mujer, y en todo caso, un personaje molesto»²¹⁷.

Uno de los puntos que más preocupa es el secreto de la concepción²¹⁸.

Se insiste en que la IAD es una respuesta posible a la esterilidad, no es un tratamiento por prescripción médica. Por ello, es la pareja quien debe decidir si se somete o no a estas técnicas.

En ocasiones, algunos matrimonios piden una segunda IAD del mismo donante. Probablemente no es aconsejable, ya que se convertiría en una figura familiar importante. Puede incluso llevar a pensar que es mejor un niño nacido por IAD que el nacido posteriormente por fecundación natural, y, en consecuencia puede provocarse rechazo hacia éste. Así ha sucedido en supuestos de hipofertilidad masculina, en los que se recurrió a IAD y, después se produjo un segundo embarazo natural²¹⁹.

²¹⁷ Vide MANDELBAUM y PLACHOT, *op. cit.*, pág. 54.

²¹⁸ Afirman las autoras MANDELBAUM y PLACHOT, *op. cit.*, págs. 55 y ss., que «Para los partidarios del secreto, éste evita causarle un trauma al niño, provocar una investigación acerca de quién es el padre biológico, y el riesgo de un rechazo por la familia y por el medio social. Respecto a estos últimos temores, la sociedad evoluciona, y el desarrollo de las técnicas de procreación médicamente asistida ha contribuido en gran medida a restarle trascendencia a la IAD.

Para los partidarios de revelar la verdad, ésta permite no ocultarle nada al niño y evitarle que un tercero le revele la verdad, o que le sea comunicada en circunstancias difíciles. De todas maneras, hay un caso en que es imposible guardar el secreto, y es cuando la indicación IAD se realiza por motivos genéticos. No se ve cómo, en efecto, se le podría ocultar al niño que él está libre de la tara familiar».

²¹⁹ Vide MANDELBAUM y PLACHOT, *op. cit.*, pág. 68. Recogen testimonio de su consulta: «La señora S. se había resignado a duras penas a las IAD, porque el único padre que había soñado para sus hijos era su marido, y le costó bastante tiempo disociar paternidad biológica y paternidad socioafectiva. Pero, dado que se trataba de una hipofertilidad masculina importante, y que ambos intentaban en vano un embarazo desde hacía diez años, a pesar de múltiples tratamientos e inseminaciones intraconyugales, se decidió por último, cediendo a las peticiones de su marido, cansado de tantos esfuerzos infructuosos. La señora S. se olvidó de todo esto en cuanto comenzaron las inseminaciones, y finalmente dio a luz un niño. Dos años más tarde nos llamó por teléfono, muy angustiada, porque había quedado encinta de su marido, sin ninguna intervención médica.

—Lo encuentro maravilloso —le dije.

¡Pero ella no estaba tan segura! Me explicó que el hijo que tenía era absolutamente extraordinario, una especie de milagro, y que tal vez el hijo que tendría de su marido, cuyo semen era deficiente, no será tan maravilloso. Costó tiempo y muchas explicaciones detalladas tranquilizarla.

El donante había ocupado, en este caso, un lugar demasiado importante. La medicina le había dado un hijo perfecto, que ni su marido ni la naturaleza, a su juicio, podían igualar.»

Una vez conseguido el embarazo por IAD comienza un periodo de inquietudes: ¿Va a salir todo bien? ¿Será normal el niño? ¿Se parecerá a nosotros? Algunos doctores afirman que «el feto, sensible a los sonidos graves, comienza a conocer la voz de su padre, y la reconocerá una vez nacido si éste le ha hablado a menudo durante el embarazo. La IAD permite afirmar, de este modo, la importancia de ciertos lazos que, aunque no son biológicos, no por eso son menos esenciales» ²²⁰.

4.º La intervención del psicólogo varía según el lugar de realización de estas técnicas.

Se recomienda en unos centros y, se exige en otros, una entrevista con el psicólogo para ayudar a las parejas a una mejor evaluación de los motivos y consecuencias de su petición. Frecuentemente, no es bien aceptada, ya que se considera por algunos como «una indiscreta violación de la intimidad de la pareja» ²²¹. Se desaconseja IAD cuando al menos un miembro de la pareja padece una enfermedad mental grave. La entrevista con el psicólogo puede resultar útil para plantear problemas relativos a esta nueva paternidad no biológica para el varón (a diferencia de la mujer, que en este supuesto que se analiza, puede aportar el óvulo y la gestación), para evitar el inicio de tratamientos en parejas no preparadas para estas técnicas ²²², solventar dudas ²²³, etc.

²²⁰ Vide MANDELBAUM y PLACHOT, pág. 82.

²²¹ MANDELBAUM y PLACHOT, *op. et. loc. cit.*, pág. 52.

²²² La psicóloga GUERRA DÍAZ, de la Unidad de Medicina Psicosomática del Instituto DEXEUS, en «Repercusiones psicológicas de la procreación asistida» en GAFO, *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, págs. 67 y ss., considera recomendable el estudio de las parejas antes del sometimiento a las técnicas. Sin embargo, se afirma que es muy difícil erigirse en jueces de un deseo tan personal y legítimo como es el de la maternidad/paternidad. A ello se añade que en la medicina privada es más difícil que se acepten los consejos psicológicos, en el supuesto de que desaconsejen la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Vide ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 17. En este mismo sentido, JUNQUERA DE ESTEFANI, *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 57 manifiesta que «es muy conveniente que las parejas cuenten con el debido soporte psicológico».

²²³ Cuando se realice la microaspiración espermática, indicada en los casos en que los testículos producen espermatozoides, pero éstos no llegan a ser eyaculados debido a un bloqueo en el conducto deferente o en el epidimio (debido, por ejemplo, a una vasectomía previa), y no sea posible congelar por la baja calidad y cantidad, se puede proponer a la pareja la fertilización cruzada. Consiste en fecundar parte de los ovocitos obtenidos con los espermatozoides de la pareja, y el resto con gametos de un donante. Por ello, será importante haber resuelto estos problemas con anterioridad. En concreto, teniendo en cuenta que los ovocitos (en la práctica habitual) no se pueden congelar se deberá optar por la inseminación conyugal únicamente, o en el caso de que no se consiga la fecundación con los gametos de la pareja, la posible inseminación artificial con donante (que deberá estar previamente preparada, según la regulación legal). Conviene apuntar que actualmente se supera esta problema mediante la ICSI o microinyección espermática (consiste en inyectar un espermatozoide en un ovocito), que consigue un alto índice de éxito. Vide ÁLVAREZ, págs. 95 y ss.

Parece adecuada esta consulta ya que quienes se someten a técnicas de reproducción asistida muestran elevados niveles de ansiedad comparados con la población general. Ciertamente, según estudios realizados sobre esta materia el 47,2% de pacientes derivados a Medicina psicosomática presenta trastornos psiquiátricos (los más habituales —antes, durante y después del tratamiento— son insomnio, diarreas y náuseas, causados por la ansiedad y sensación de pérdida de control).

Existen estudios que concluyen que diferentes formas de afrontamiento, expresadas en medidas psicológicas y hormonales, pueden influir en el resultado de tratamientos de fecundación *in vitro*. La razón puede ser el vínculo que parece existir entre la hiperprolactinemia inducida por la ansiedad y la incapacidad para concebir ²²⁴.

Desde esta perspectiva psicológica, se ha de advertir que mientras más se crea en la importancia de la filiación biológica más difícil será aceptar la esterilidad ²²⁵.

5.º La IAC es mayoritariamente aceptada, a diferencia de la IAD que registra un porcentaje bajo, según resulta de encuestas. Sin embargo debe tenerse en cuenta que cuanto más jóvenes son los encuestados, más favorables se muestran a las técnicas de reproducción asistida. Así sucede en Francia. Se insiste en que «El respeto y la dignidad humana descansan ante todo sobre una limitación del poder del Hombre sobre el Hombre» ²²⁶. Se afirma que las técnicas de reproducción asistida son a la vez una técnica de moda y una fuente de fantasmas. Por todo ello se aconseja informarse bien, reflexionar y, en consecuencia decidir ²²⁷. Estas mismas consideraciones se realizan respecto de España ²²⁸.

²²⁴ NEWMAN, N. E. y ZOUVES, C. G: «Emotional experiences of *in vitro* Fertilization participants», *J Vitro Fert Embryo Transfer*, 1991, 8, 6, 322 y ss., citado por GUERRA DÍAZ, «Repercusiones psicológicas de la procreación asistida» en GAFO, *op. cit.*, págs. 69-70.

²²⁵ Vide MANDELBAUM y PLACHOT, pág. 53.

²²⁶ Vide MANDELBAUM y PLACHOT, *op. cit.*, pág. 276.

²²⁷ MANDELBAUM y PLACHOT, *op. cit.*, pág. 278, concluyen de esta manera: «Sea cual fue la intensidad de los debates que agitan a la sociedad [...], sean cuales fueren las decisiones legislativas que se aprobarán o no, lo que está en juego ya no es tan sólo la evaluación de una estrategia terapéutica, sino nuestra propia concepción del mundo.

Si para usted la vida comienza desde la fecundación, usted no podrá aprobar la destrucción de embriones congelados; pero si piensa que el embrión es sólo una potencialidad del ser humano, podrá pensar en esta posibilidad. No se trata de reglamentos internos o de leyes: es a usted a quien se le plantea el problema de saber si una determinada técnica que se podría aplicar se ajusta a su sensibilidad personal..., ¡y los que tienen que decidir son dos! A veces se sentirá usted solo y sin puntos de referencia... Tómese el tiempo para reflexionar, para discutir, para pedir explicaciones, para expresar sus dudas, para pedir respuestas.

Es posible que llegue, entonces, a la conclusión de que, aunque existan esas técnicas, nadie le obliga a utilizarlas. A la inversa, si decide recurrir a una procreación médicamente

3.2. Desde una perspectiva jurídica, ¿qué supuestos se incluyen?

Desde una perspectiva jurídica, se ha de responder a la pregunta: ¿qué supuestos se incluyen?

Según el artículo 8 de la LTRA: *Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.*

En concreto, se analizan los siguientes supuestos:

- Inseminación artificial con gameto de donante.
- Fecundación *in vitro* con gameto masculino de donante, y transferencia del embrión o de los embriones, con gameto femenino propio o ajeno.

Como veremos, no es relevante la aportación de gameto femenino a efectos de filiación materna, puesto que ésta viene determinada por el parto.

3.3. Aspectos prácticos

La realidad resultante es el nacimiento en un matrimonio, de un niño que genéticamente no es hijo del marido. En principio, son de aplicación las

asistida, que sea con pleno conocimiento de causa y con plena serenidad. ¡En cualquiera de los dos casos, que su elección sea “libre e informada”!»,

En otro ámbito, en concreto en el de los investigadores, también se consideraba necesaria la reflexión. En este sentido, TESTART, calificado como el «padre del primer bebé-probeta francés», nacido en 1982, cuatro años después de dicho nacimiento plantea en *L'auf transparent*, Champs Flammarion, 1986, los problemas que derivan de estas técnicas, y por ello afirma en pág. 33: «Je crois que le moment est venu de faire une pause, c'est le moment d'autolimitation du chercheur [...] Moi, “chercheur en procréation assistée”, j'ai décidé d'arrêter.[...] Que les fanatiques de l'artifice se tranquillisent, les chercheurs sont nombreux et j'ai conscience, sur ce point, d'être isolé. Que les hommes inquiets, ceux qu'on nommait “humanistes” et qu'on dit aujourd'hui “nostalgiques”, s'interrogent. Qu'ils le fassent vite».

²²⁸ Vide SÁNCHEZ MORALES, *Impactos sociales de la Biotecnología*, UNED, Madrid, 1995, págs. 87 y ss. Además se añade que en un estudio realizado por el Instituto de Estudios Sociales Avanzados, en 1990, (Instituto de Estudios Sociales Avanzados, *Biotecnología y Opinión pública en España: Informe*, Madrid, 1990) uno de los temas más frecuentes que los hombres planteaban respecto al impacto de las técnicas de reproducción asistida sobre la procreación era el temor a que su sexualidad quedara amenazada, la amenaza de dejar de sentir al hijo como algo propio y verlo como «hijo de la ciencia», pérdida de autoproyección en el hijo, la instrumentalización de las figuras materna y paterna, la transformación de la dicotomía hombre-mujer en la de procreador-no procreador.

reglas del Código Civil en torno a la inscripción de nacimiento y la presunción de paternidad del marido; ello por las razones enunciadas al analizar la procreación homóloga, y que en este caso adquieren mayor importancia:

— Una razón de orden práctico, ya que la mayoría de las parejas que acuden a IAD buscan la mayor semejanza posible a la procreación natural, incluso la apariencia de que no se ha recurrido a estas técnicas. En definitiva se busca el mayor secreto posible ²²⁹.

— Una razón de orden legal, ya que el artículo 7.2 impide que en el Registro Civil se reflejen datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación.

Así resulta del artículo 7.1 según el cual *La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.*

Hay aquí, sin embargo, una especialidad relevante: se trata del artículo 8, que prohíbe la impugnación de la paternidad en los términos que enseguida se verán. Por esta razón esta filiación ha llegado a ser calificada, en Francia, como superfiliación ²³⁰.

3.4. Planteamientos doctrinales

3.4.1. Antes de la LTRA

La admisión de la IAD fue discutida en distintos foros, así como los problemas relativos al anonimato o no del donante y las personas que pueden utilizar las técnicas ²³¹.

²²⁹ Es significativa la anécdota recogida por MANDELBAUM y PLACHOT, *op. cit.*, pág. 55: «La señora D. había acabado por tranquilizarse respecto a la fiabilidad del secreto médico, pero seguía nerviosa en la sala de espera del centro de procreación médicamente asistida, donde se encontraba con otras mujeres que habían venido por los mismos motivos que ella. El drama sucedió una mañana cuando, mientras esperaba leyendo una revista, vio que avanzaba hacia ella, sonriendo amigablemente, una de sus colegas de la embajada donde trabajaba. Ese mismo día, la señora D. renunció a su trabajo, se mudó de casa y abandonó para siempre la IAD».

RUBELLIN DEVICHI en *Droit de Famille*, obra colectiva redactada bajo su dirección, Ed. Dalloz, París, 1996, págs. 406-407, constata también este afán. En Francia el consentimiento para la IAD debe prestarse ante un Juez o Notario. En la práctica la mayor parte de las denominadas «actes de consentement» se prestan ante un Notario, que como afirma RUBELLIN «n'est pas toujours, tant s'en faut, le notaire habituel du couple».

²³⁰ RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, pág. 410 califica así este supuesto.

²³¹ La opinión dominante en la doctrina europea limita la utilización de esta técnica a las mujeres casadas y a las que conviven *more uxorio*. Vide la interesante bibliografía, bási-

Una parte de la doctrina se manifiesta en contra de la IAD²³².

Otros admitían la IAD ya desde sus comienzos²³³.

Como es conocido en 1985 se constituye formalmente la Comisión Especial de Estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas, a propuesta de la Mesa del Congreso de los Diputados.

camente anterior a la LTRA, citada por PANTALEÓN, «Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, mayo-agosto 1993, pág. 134.

²³² Tempranamente, CASTÁN TOBEÑAS, «Los problemas civiles de la llamada *inseminatio artificialis* en los seres humanos» en el *Libro-Homenaje a Don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954, págs. 395 y ss; el propio CASTÁN TOBEÑAS manifiesta su repulsa hacia la inseminación artificial, en el mismo sentido que otros juristas latinos. Afirma en pág. 400 que NERSON (en «Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial», en *Le Droit privé français au milieu du XX siècle (Études offertes à Georges Ripert)*, t. I, Paris. 1950, págs. 418-419) «combat la heteroinseminación, sobre todo cuando se practica sobre mujer casada. La inseminación heterogénea, nos dice invocando el testimonio de una declaración de la Academia francesa de Ciencias Morales y Políticas, socava los cimientos del matrimonio, de la familia y de la sociedad»; PIÑAR LÓPEZ, en «Problemas morales y jurídicos de la inseminación artificial», *Estudios en honor del profesor Castán*, volumen V, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 554, afirma que la «procreación realizada artificialmente, por intervención mecánica, *cum semine extranei*, deja de unir a los esposos, aun contando con el *consensus mariti* y abre un abismo entre ellos y además, por si fuera poco, entre ellos y el hijo que nació por semejante procedimiento», en la pág. 548 califica la IAD de pseudoadulterio. Sin embargo, es a partir de los años ochenta cuando es una materia discutida. Así VIDAL MARTÍNEZ, en *Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil español*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, págs. 203 y ss., afirma: «A nuestro entender, las nuevas técnicas y prácticas en materia de "reproducción humana asistida" son con muy distintos matices según los casos, desviaciones indeseables de una realidad natural que no puede ser suplantada, sin que ello acarree consecuencias marcadamente negativas para los seres humanos.

[...] la utilización de "fuerzas genéticas" ajenas puede desencadenar una serie de responsabilidades, que los partidarios de la difusión de estos nuevos procedimientos, tratan de escamotear, insistiendo en la necesidad de establecer reglas jurídicas que no existen obviamente en nuestro ordenamiento: Tal, el anonimato de los "donantes" de elementos genéticos. O bien, la garantía legal para paternidades ficticias, sin más base que un simple consentimiento, sin atender primordialmente al interés del hijo, ni pasar por el necesario control judicial que nuestro ordenamiento establece para la adopción».

²³³ STROYANOVITCH, «La légitimité des enfants nés par suite de l'insémination artificielle, en France et aux États-Unis d'Amérique», *R.I.D.C.*, 1956, págs. 265 y ss. Afirma en la pág. 269: «Ont contribué, en effet, à la naissance d'un bébé-éprouvette, en premier lieu, le mari de sa mère, puis le médecin et, enfin, le donneur. Nous estimons que le rôle décisif a été joué par le mari (toujours dans le cas où il aurait été consentant, bien entendu) [...] On peut donc dire qu'il en est le père idéal, moral, spirituel.[...] A la suite des développements qui précèdent, on peut dire que l'insémination artificielle ne soulève ni en théorie ni en pratique de graves problèmes juridiques en France. C'est sans doute pour cette raison qu'elle n'a guère inquiété les juristes de ce pays».

Posteriormente, en Francia se ha producido un importante debate sobre estas técnicas en diversos Congresos. Así por ejemplo en el relativo a *Génétique, procréation et droit*, Actes du Colloque pluridisciplinaire *Génétique, procréation et droit*, Maison de la Chimie, 18-19 janvier 1985, éd. Hubert Nyssen, Actes Sud, Paris, 1985.

Al mismo tiempo, la Dirección General de Registros y del Notariado elaboró un Informe en el que se señaló el riesgo de que la inseminación artificial heteróloga dentro del matrimonio puede perturbar gravemente la vida conyugal. Se discutió acerca del sentimiento cultural, (que desplaza al sentido biológico) en la filiación, que conduce a las siguientes conclusiones:

— La inscripción de nacimiento recogerá la filiación matrimonial por el hecho de que la concepción se ha producido desde un punto de vista legal, dentro del matrimonio.

— Prohibición de impugnar (referida al marido, a la mujer y al donante de semen) la paternidad atribuida al marido.

— Posibilidad de que el hijo impugne y así, conozca la verdad, a fin de evitar falsos impedimentos matrimoniales.

— Impugnada la paternidad del marido, debería persistir la paternidad legal, con un régimen similar al de la adopción²³⁴.

Igualmente fue debatida en los Congresos en que se estudió esta materia: Congreso Internacional de Filiación, enmarcado en el II Congreso Mundial Vasco²³⁵ y Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia de Cáceres²³⁶.

²³⁴ Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, «Problemas civiles que plantea la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro*», Suplemento n.º 3/1986 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 15 de enero, pág. 25.

²³⁵ Se celebró desde el 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987 en Vitoria, organizado por el Departamento de Derecho civil de Facultad de Derecho de San Sebastián. GIL RODRÍGUEZ y ASUA GONZÁLEZ, miembros del Comité organizador, en «La filiación a finales del siglo XX. (Reseña de un Congreso)», *ADC*, 1987, págs. 1253 y ss., afirman: «El objetivo de los organizadores era el de disponer de un foro donde expertos juristas abordaran las múltiples cuestiones que las nuevas técnicas de reproducción plantean y, en definitiva, se diera un paso adelante en la tarea de configurar el estatuto jurídico civil de los protagonistas y afectados por tales técnicas, en cuanto sujetos privados y por relación a las estructuras familiares». Son de gran interés las Ponencias presentadas por SANCHEZ REBULLIDA, RIVERO HERNÁNDEZ, BERCÓVITZ y RODRÍGUEZ-CANO RODRÍGUEZ-CANO, DELGADO ECHEVERRÍA y MONTÉS PENADÉS.

²³⁶ El Congreso se celebró del 16 al 20 de octubre de 1987.

Se constituyeron cuatro Mesas de Ponencia:

- Igualdad de los cónyuges y gestión de los bienes conyugales.
- La tutela del deficiente mental.
- Genética actual y Derecho de Familia, presidida por el Dr. BORDA. Los adjuntos fueron el Dr. GORDILLO CAÑAS y la Dra. JARAMILLO. El Secretario fue el Dr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ y el Ponente el Dr. MONTÉS PENADÉS.
- La familia no matrimonial.

En cuanto al *iter legislativo* de la regulación de la IAD, cabe señalar los siguientes hitos:

1.º Se presentaron varios Informes a la «Comisión Especial de Estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas». De ellos, me parece oportuno destacar las siguientes ideas:

— Posibilidad de que los nacidos conozcan a su progenitor en el supuesto de utilización de gametos de donante ²³⁷.

— Necesidad de padre y madre para garantizar, de este modo, el *bonum filii* ²³⁸.

LACRUZ BERDEJO, Presidente del Comité científico, afirma: «Sin mengua de la trascendencia de los otros problemas de que se va a ocupar el Congreso, difícilmente cabría exagerar el de la vida humana —sobre todo la vida en origen— y su tratamiento por el Derecho: desde la producción de los primeros fenómenos biológicos controlables hasta su enlace con lo que hasta ahora se considera susceptible de disciplina legal. No sólo por los prolongados horizontes y los arduos problemas que plantean esos nuevos descubrimientos y nuevas técnicas al legislador, sino, ante todo, por las aporías éticas que previamente proponen y las consecuencias políticas que las nuevas posibilidades de reproducción humana hacen presumir para el futuro. No es de extrañar, así, la copiosa contribución de colaboraciones que el tema de la ponencia ha suscitado entre los congresistas, como viene ocurriendo en ocasiones semejantes. Los problemas de las nuevas técnicas de reproducción humana han devenido, cabe decir, el tema de nuestro tiempo.»

RAMS ALBESA, en el Acta General Resumen del Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, *Tapia*, Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia de Cáceres, abril 1988, págs. 73 y ss., afirma:

«Por la Ponencia Genética actual y Derecho de Familia se formuló el siguiente proyecto de conclusiones:

6.ª En la mujer casada, la práctica de la IAD con el consentimiento del marido priva a ambos de la acción para impugnarla. La determinación de la filiación se producirá por los medios ordinarios.

[La sexta quedó redactada en los siguientes términos: "En la mujer casada, la práctica de la IAD con el consentimiento del marido priva a ambos de la acción para impugnarla; salvo que se pruebe cumplidamente que el hijo ha nacido por obra de persona distinta del donante de gametos. La determinación de la filiación se producirá por los medios ordinarios". [No prosperaron las enmiendas admitidas a trámite de plenario]. [...]

9.ª Todos los consentimientos de que se habla a lo largo de las conclusiones anteriores deben ser expresos, y sometidos a forma indubitada.»

²³⁷ Informe del Instituto de la Mujer (Se reconoce el derecho a conocer el origen sin efectos legales), HORTAL ALONSO, VIDAL GARCÍA, MONTÉS PENADÉS, SANCHO REBULLIDA, así como un Informe Sueco (Insemination Committee Sweden. Children conceived by artificial insemination (Summary). SOU 1983:42). En contra, OCHOA, ANDER, HIGUERA UDIAS, Informe Warnock. Parece que se inclinan por la negativa LACRUZ BERDEJO, LLEDÓ YAGÜE, PERERA, CABALLERO, así como la Sociedad Española de Fertilidad y la Asociación Española de Andrología.

²³⁸ RUBIO CARDIEL —la aconseja para excluir a las parejas homosexuales. Paradójicamente acepta la utilización de las técnicas por la mujer sola, por asimilación a la adopción—, SANCHO REBULLIDA, LLEDÓ YAGÜE. Con matizaciones se pronuncian HORTAL ALONSO —«Parece que es lo deseable»—. Disienten PELAYO DUQUE, Sociedad Española de Fertilidad,

— Se considera el consentimiento como criterio para atribuir la paternidad ²³⁹.

— Derecho universal a tener hijos, fundado en los derechos reproductivos de la mujer ²⁴⁰.

— Problemas éticos que se plantean en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida ²⁴¹.

2.º En el Informe aprobado en esta Comisión se recogen algunas Recomendaciones acerca de la filiación derivada de IAD. En concreto en la número 100 se afirma: «Deberá regularse que el matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realice una IAD o una FIVTE con semen, óvulos o embriones de donantes —previa y fehacientemente consentidas por ambos miembros de aquel vínculo—, serán los padres legales del o de los hijos que nazcan» ²⁴².

En la número 101 se recomienda: «El marido o varón de una pareja estable, a cuya mujer se ha realizado una IAD o una FIVTE con material germinal donado, sin que él haya dado su consentimiento —o cuan-

Asociación Española de Andrología. LACRUZ BERDEJO considera que no es necesario. Entiende que la Ley quiere que haya un padre, pero en tanto ello sea producto de la cohabitación o de la adopción. Según el Informe Warnock parece que no es necesario. El Informe Palacios apunta que no es seguro.

²³⁹ Informe Warnock, Informe Sueco, entre otros.

²⁴⁰ Instituto de la Mujer, DEXEUS (lo denomina «derecho a la descendencia»), Sociedad Española de Fertilidad y Asociación Española de Andrología, Informe Warnock. En contra, PELAYO DUQUE (lo considera derecho limitado), HORTAL ALONSO, VIDAL GARCÍA, MONTÉS PENADÉS, SANCHO REBULLIDA, LLEDÓ YAGÜE, CUYÁS (Instituto Borja de Bioética).

Así DEXEUS, en pág. 2 afirma «Entiendo perfectamente que los donadores de un embrión se presenten al filósofo y/o moralista, o incluso al legislador como entidades diferentes al donador de semen, pero, para nosotros médicos se trata simplemente de un material que estamos utilizando para facilitar a una pareja el ejercicio de su derecho a la descendencia. Y para aquella pareja, que no nos ve ni como aprendices de brujos ni de dioses, sino como simples instrumentos de su posible curación, aquel material es en cierto modo un singular «medicamento».

Desde otra perspectiva, SANCHO REBULLIDA afirma en la pág. 13: «La Constitución, en otras palabras, promete la protección a las madres solteras, pero no a las solteras para que sean madres».

²⁴¹ En algunos Informes se manifiestan diversos problemas éticos. En otros no les conceden gran importancia (EGOZCUÉ CUIXART entiende que se evitan si la comercialización no alcanza a los dadores, receptores, prestaciones uterinas). HIGUERA UDÍAS propone la objeción de conciencia. Sobre la objeción de conciencia, *vide* GARCÍA CANTERO, «Reflexiones sobre la objeción de conciencia en la procreación asistida» en el volumen colectivo *Objeción de conciencia*, Valencia, 1993, pág. 375.

²⁴² Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana, (presidida por PALACIOS), Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, pág. 118.

do si hubo consentimiento éste fue desatendido en sus términos sustanciales probadamente—, podrá renunciar al hijo así nacido, que será registrado como sin padre»²⁴³.

Se confiere una gran trascendencia al consentimiento en la determinación de la paternidad.

Limitando los efectos del consentimiento y su revocación, la Recomendación 103, apunta: «La condición de padres legales previamente consentida en estos casos citados no podrá anularse aunque los hijos nacieren con taras o enfermedades hereditarias»²⁴⁴.

Además se recogen Recomendaciones relativas a los donantes:

- Necesidad del consentimiento del cónyuge del donante de semen²⁴⁵.
- Advertencia al donante de una posible investigación de paternidad, separada de las responsabilidades de la paternidad²⁴⁶.

3.º En la Proposición de Ley sobre técnicas de reproducción asistida, presentada por el Grupo Socialista, se establece en el artículo 7.3 que «El matrimonio [...] a cuya mujer se realicen estas técnicas de reproducción asistida, con colaboración de donantes o sin ella, serán los padres legales del hijo o hijos así nacidos siempre que hayan dado consentimiento previo y fehaciente[...]. En el párrafo 4.º continúa: «El varón de un matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realicen estas técnicas con intervención de donantes, sin que él haya dado su consentimiento previo y fehaciente, o cuando éste fue desatendido probadamente en sus términos sustanciales, podrá renunciar al hijo o hijos así nacidos, que será/n registrado/s como sin padre». En su párrafo 5.º añade: «La condición de padres, previa y fehacientemente consentida, no podrá anularse, aunque los hijos nacieran con taras o enfermedades hereditarias»²⁴⁷.

Se observa la coincidencia entre el Informe Palacios y la Proposición de Ley. Posteriormente, la Comisión de Política Social y Empleo man-

²⁴³ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas, op. et loc. cit.

²⁴⁴ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas, op. et loc. cit.

²⁴⁵ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas, op. cit., Recomendación 46, pág. 115.

²⁴⁶ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas, op. et loc. cit. Recomendación 49.

²⁴⁷ Documentación relativa a la Proposición de Ley sobre técnicas de reproducción asistida, junio 1988, facilitada por la Dirección de Estudios y Documentación del Senado, pág. 16.

tiene este último párrafo, pero elimina el apartado 4.º de la Proposición de Ley²⁴⁸. No obstante, este desafortunado texto no se contiene en la vigente Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988.

Finalmente se regula esta materia en el artículo 8.1 de la LTRA. Se siguen las directrices propuestas por el Consejo de Europa, que se manifiestan en el informe del Grupo de Trabajo (CAHBI). En el principio 14, inserto en el capítulo V, bajo el epígrafe «Determinación de la maternidad y de la paternidad», se determina la maternidad por el parto, y la paternidad, si interviene donante y la mujer está casada, se atribuye al marido. Si el marido ha consentido la procreación artificial no puede impugnar la paternidad del niño sobre la base de la procreación artificial²⁴⁹.

3.4.2. Después de la LTRA

Esta materia se regula en el artículo 8.1 de la LTRA, que establece: *Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o*

²⁴⁸ En la Nota del Letrado de la Comisión de Política Social y Empleo don MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, de 21 de abril de 1988, relativa a la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Núm. expdte. 122/000062), se afirma: «En cuanto a los artículos 7, 8 y 9 suponen una directa y profunda modificación de la vigente regulación del Código Civil respecto a la paternidad y filiación (Libro I, Título V) y algunos aspectos del Derecho de sucesiones. Quizá convenga plantearse si estas modificaciones no deberían ser objeto de una específica diferenciación dentro o fuera de la Proposición de Ley, independientemente de precisar cuestiones como el impacto de la definición de pareja estable (7.1), el registro de hijos como "sin padre" (7.4), la anulación de la condición de padre por taras o defectos hereditarios del hijo (7.5), el concepto de protección de los padres legales, la referencia a un hasta ahora desconocido Registro local y la crucial cuestión de los derechos de los hijos respecto de sus padres legales y sus relaciones con los donantes, de acuerdo con los términos de la propia Proposición». Esta Nota me ha sido facilitada por el Departamento del Archivo del Congreso de los Diputados.

²⁴⁹ «Rapport sur la Procréation Artificielle Humaine: Principes énoncés dans le rapport du Comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales (CAHBI, publié en 1989)», *Textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique*, Direction des Affaires Juridiques, Strasbourg, 1993, pág. 69:

«Détermination de la maternité et de la paternité

Principe 14

1. La femme qui donne naissance à l'enfant est considérée en droit comme la mère.

2. En cas d'utilisation du sperme d'un donneur:

a) son mari est considéré comme le père légitime et, s'il a consenti à la procréation artificielle, celui-ci ne peut pas contester la légitimité de l'enfant sur le fondement de la procréation artificielle;»

donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación ²⁵⁰.

Tras la aprobación de la LTRA de 22 de noviembre de 1988, la reproducción asistida, y en concreto la IAD ha sido objeto de estudio en las obras generales, así como en artículos que se citan en este capítulo ²⁵¹.

Del mismo modo, se han sucedido Congresos internacionales. Así, por ejemplo el XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Berlín (28 de mayo a 3 de junio de 1995) ha versado sobre cuatro temas. Uno de ellos es «La medicina reproductiva moderna y sus efectos en el derecho familiar y hereditario». También se han celebrado Jornadas de ámbito nacional. Así, por ejemplo, en Francia, «Les Journées d'Études des 5 et 6 décembre 1996», dedicadas a la adopción y a la procreación médicamente asistida ²⁵².

²⁵⁰ Es opinión mayoritaria en la doctrina que el elemento más importante en este supuesto —en que el donante aporta el material genético y el marido, el consentimiento— es la voluntad, causa eficiente última, ya que el elemento biológico es “fungible”. Recuérdese la importancia de la voluntad en la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida». Por todos, RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 156.

En el supuesto de que no concurra el consentimiento del varón, me remito al apartado siguiente de este capítulo, en que se aportan nuevos datos.

²⁵¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, págs. 499 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, págs. 156 y ss.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, t. IV, Madrid, EDESA, 1991, págs. 227 y ss. y en *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, v. II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1992, págs. 1214 y ss.; ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. IV (6.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S. A., 1994), págs. 273 y ss.; GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º, 10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995, págs. 232 y ss.; BLASCO GASCO, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTES y ROCA), 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 401 y ss.; Díez PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, v. II, Madrid, Tecnos, 1995, págs. 581 y ss.

Con carácter específico, se pueden citar, a título de ejemplo, VIDAL MARTÍNEZ, «La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida», *RGD*, septiembre 1994, págs. 9523 y ss.; LLEDÓ YAGÜE, «Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ YAGÜE), Marzo 1994, págs. 321 y ss. En diversos artículos y monografías referidos a las técnicas de reproducción asistida en general, se encuentran referencias al supuesto objeto de estudio.

²⁵² Actes des Journées d'Études des 5 et 6 décembre 1996, organisées par le Laboratoire d'Études et de Recherches Appliquées au Droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, *Les filiations par greffe. Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997.

Estas técnicas ya se practicaban en determinados centros antes de la LTRA. En este momento ya se parte de una realidad: la legalidad de la IAD, y además la mayor difusión de estas técnicas.

Se advierte que no se analiza el anonimato ya que la determinación de la filiación no deriva del conocimiento o no del progenitor, sino de una elección del legislador ²⁵³. En este aspecto, GARCÍA CANTERO considera que la formulación del artículo 8.3 que establece *La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación*, es «poco correcta, pues lo que determina la filiación es un proceso *ad hoc*, y no el conocimiento de la mera identidad del donante» ²⁵⁴.

En este supuesto en que no coincide el elemento biológico y el volitivo, es el consentimiento unido al matrimonio el que determina la paternidad según parece deducirse de la propia dicción del artículo 8.1 de la LTRA ²⁵⁵. De hecho, se deja actuar la presunción de paternidad, blándola a través de la prohibición de impugnar.

En principio, parece que en la IAD estamos ante un nuevo título de atribución de la paternidad, constituido por dos elementos:

- Acto negocial previo de asumir una paternidad que no corresponde por naturaleza.
- Hallarse el material reproductor —la contribución de donante anónimo— en el útero de la mujer (a la que se refiere el acto negocial) antes del fallecimiento del varón ²⁵⁶.

²⁵³ BLASCO GASCO, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTES y ROCA, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), pág. 407.

²⁵⁴ GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, pág. 233.

²⁵⁵ Es opinión mayoritaria en la doctrina que el elemento más importante en este supuesto —en que el donante aporta el material genético y el marido, el consentimiento— es la voluntad, causa eficiente última, ya que el elemento biológico es «fungible». Recuérdese la importancia de la voluntad en la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida (*vide* capítulo I, apartado 2). Por todos, RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.^a ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 156.

En el supuesto de que no concurra el consentimiento del varón, me remito al apartado siguiente de este capítulo, en que se aportan nuevos datos.

²⁵⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 499. Este aspecto ya se planteó en el Congreso Mundial Vasco, antes de la publicación de la LTRA. *Vide* DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La*

En la doctrina existe acuerdo en que en este caso la determinación de la paternidad se produce por el consentimiento del marido²⁵⁷. En este sentido, afirma GARCÍA CANTERO que «de este consentimiento la ley deduce una filiación matrimonial inimpugnable, viniendo a ser la cobertura legal de un supuesto de discordancia entre la paternidad genética (indemostrable por el anonimato riguroso regulado por el artículo 5.5) y la nueva paternidad creada por la ley (una especie de adopción no sujeta a trámite). Será, con mucho, el supuesto normal de esta procreación artificial, y constituye una ficción o presunción *iuris et de iure* impuesta por la ley»²⁵⁸.

filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Madrid, 1988, pág. 233. En concreto se plantea la necesidad de decidir «si los consentimientos de los cónyuges han de configurar un nuevo modo de determinación de la paternidad o bien si han de jugar tan sólo en los juicios de filiación». En las Consideraciones finales matiza: «Si el legislador prefiere conferir a la voluntad de marido y mujer, en los casos de inseminación artificial heteróloga, la eficacia de fundar una relación de filiación matrimonial —acaso llevado de la consideración de que los cónyuges, con su comportamiento, han puesto a la criatura en la imposibilidad de hecho de que su genitor biológico sea su padre real y efectivo—, me parece inexcusable que tal declaración de voluntad tenga acceso de algún modo al Registro Civil, siendo absolutamente inaceptable que registros médicos particulares y secretos recojan y archiven en exclusiva declaraciones determinantes del estado civil de las personas».

²⁵⁷ Ya antes de la LTRA, RIVERO HERNÁNDEZ en «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 148, proponía para el supuesto que ahora se contempla, la inscripción del nacido como hijo del marido con fundamento en el consentimiento del marido para la IAD, por una interpretación sociológica y progresista de los artículos 116 y 118 del Código Civil; MONTÉS PENADÉS, «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», Ponencia presentada al mismo Congreso, pág. 198. Tras la LTRA, por todos, RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 156. Esta misma solución se sigue en diversas legislaciones extranjeras, citadas por RIVERO HERNÁNDEZ, en dicha pág. 156. Recientemente en 1995, SIMÓ SEVILLA mantuvo este mismo criterio. Vide SIMÓ SEVILLA, «La Medicina moderna de la procreación en el Derecho de Familia y en el Derecho sucesorio», Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, Guadalajara, 1995, págs. 84 y 88.

²⁵⁸ GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º, 10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S.A., 1995, pág. 227. Matizando esta crítica afirma: «Si se trata de inseminación artificial heteróloga entre cónyuges, el hijo nacido en virtud de ella tiene la cualidad de matrimonial en virtud del artículo 8.1, con mayor fuerza que la derivada de la presunción del artículo 116 del Código Civil, ya que el precepto establece una *denegatio actionis* respecto del marido y de la mujer que hubieran prestado su consentimiento a la procreación asistida. Con arreglo al Código Civil el hijo sería extramatrimonial de la madre y del anónimo donante de semen, y aunque se inscribiera como matrimonial, el marido podría impugnar su paternidad con ayuda de las pruebas biológicas. Hay, por tanto, una ampliación de la matrimonialidad por

Los aspectos más relevantes serán verificar si se ha prestado o no el consentimiento, si éste reúne los requisitos legales, tomar razón del mismo, y que se actúe en consecuencia para el caso de que el matrimonio supere todo el proceso hasta el nacimiento del hijo. En definitiva, se trata de garantizar la estabilidad del estado civil de hijo, impidiendo que por la mera voluntad de los padres —y posiblemente en perjuicio del nacido— se modifique.

Los problemas que se podrían plantear según estuviese vigente o no la presunción de paternidad son similares a los analizados en la reproducción asistida homóloga. Ahora bien, se ha de proporcionar una mayor seguridad jurídica, si cabe, a la determinación de la paternidad respecto del marido para evitar que pudiese prosperar una acción de impugnación de la paternidad.

A continuación se intentará dar respuesta razonada a las siguientes cuestiones:

- 1.º ¿Cuál es el objeto del consentimiento?
 - 2.º ¿Quién puede consentir la IAD de mujer casada?
 - 3.º ¿Dónde se presta el consentimiento? ¿En qué lugar se podría inscribir?
 - 4.º ¿Quién puede impugnar?
 - 5.º ¿El hijo tiene derecho a conocer la identidad del donante?
-
- 1.º ¿Cuál es el objeto del consentimiento?

Se regula en el artículo 6.3, que establece: *Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.*

vía de ficción legal, con clara violación del artículo 39.2 de la C.E. Lo que ocurre es que la normativa es incompleta y poco clara, y así algunos autores, basándose en que la Ley no dice que el donante sea inmune a las acciones de reclamación de la filiación, concluyen que sostener tal inmunidad es conclusión muy discutible desde el punto de vista constitucional, y significa, además una injustificada exención de responsabilidad por el hecho de la procreación». En el mismo sentido, LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 29. Desde otro punto de vista, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, pág. 131, considera que «en la inseminación artificial o en la fecundación *in vitro* y transferencia de embriones con semen de un donante, la prueba de la misma y el consentimiento prestado para ella por el marido no refuerzan la presunción de paternidad, sino que la contradicen».

Aunque este apartado se refiere al apartado anterior del precepto (el 2), las características del consentimiento no se recogen en dicho apartado, sino en el 1²⁵⁹.

Los requisitos que debe reunir el consentimiento son por tanto, los exigidos en el artículo 6.1, según el cual, ha de ser prestado *de manera libre, consciente, expresa y por escrito*.

Cabe plantearse si es una licencia marital para que la mujer se someta a estas técnicas o más bien un título de asunción de paternidad.

GÓMEZ SÁNCHEZ califica este consentimiento de «autorización marital absolutamente incompatible con el ejercicio de su derecho constitucional a la libertad procreativa»²⁶⁰. Pero, a continuación, afirma razonadamente: «En conclusión, el artículo 6.3 de la LTRA es inconstitucional, salvo que se interprete que el consentimiento exigido del marido es realmente su aceptación para que su mujer sea fecundada con semen de donante y, por ello, un compromiso irrevocable de asumir los derechos y bienes inherentes a la procreación»²⁶¹. En este sentido, cabe recordar que el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que *La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*». En definitiva este artículo 5 exige una interpretación de las normas conforme con la Constitución, principio que ya había sido declarado antes por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo: el de que al ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico, los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios de la Constitución, y que sólo procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

Sin embargo, podría entenderse que el consentimiento del marido tiene un doble carácter:

²⁵⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 500, refiriéndose al artículo 6.3, afirma: «que, equivocadamente, se refiere al apartado anterior, pero quiere referirse al apartado 1)». En el mismo sentido RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 152.

²⁶⁰ GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, página 96.

²⁶¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, página 99.

a) Por una parte, supone autorización del marido para que se realicen las técnicas, ya que de ellas nacerá, en su caso, un niño, cuya paternidad, en principio, la ley atribuye al propio marido por la presunción de paternidad.

b) Por otro lado, el consentimiento del marido produce efectos no en la determinación de la paternidad, sino en la prohibición de impugnación de dicha paternidad.

Por ello, parece lógico que el consentimiento del marido sea requisito legal para que la mujer casada se someta a estas técnicas. Entiendo con RIVERO HERNÁNDEZ que si la mujer casada se somete a las técnicas sin consentimiento del marido «sería una grave deslealtad (infidelidad moral y jurídica), una falta de respeto a su esposo, que, como infracción grave de deberes conyugales, podrá dar lugar a separación matrimonial, y luego a divorcio, sin perjuicio de otras consecuencias indemnizatorias, por ejemplo, y en la determinación de la filiación resultante»²⁶².

Ahora bien, ello no impide que la mujer se someta a IAD sin consentimiento del varón —ya que en muchas ocasiones en los Centros no se comprueba este dato, sino que se confía en la buena fe de quienes se someten a estas técnicas—.

Entiendo que no se trata de licencia marital en el sentido de que la ausencia de consentimiento impida que la mujer se someta a dichas técnicas. Sin embargo, su conducta producirá los efectos señalados respecto de una posible separación, divorcio, o indemnización, como se ha señalado *supra*, pero, ciertamente, no existe sanción específica.

2.º ¿Quién puede consentir la IAD de mujer casada?

En cuanto al varón que puede consentir la realización de IAD en mujer casada, existen dos planteamientos:

a) Unos consideran que sólo el marido puede dar este consentimiento, por aplicación literal del artículo 6.3 de la LTRA, según el cual *Si estuviese casada, se precisará además el consentimiento del marido*²⁶³. Este consentimiento se dirige a la asunción de paternidad.

²⁶² RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 152.

²⁶³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, págs. 500-501, afirma: «de estar casada la mujer, la Ley sólo permite que la paternidad sea asumida por el marido». La explicación, según este autor, es la siguiente: «Expresamente no hay norma correlativa que impida

b) Otros consideran que podrá consentir cualquier varón ²⁶⁴. El problema, entonces, es que vigente la presunción de paternidad, el hijo será del marido, y no del varón que consiente. El varón, en su caso, podría impugnar la paternidad atribuida al marido, y reclamar la suya con fundamento en el escrito en que consintió la realización de las técnicas en mujer determinada.

Por ello parece que una interpretación conjunta del artículo 6.1 (que reconoce que *Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley*) y 6.3 de la LTRA, conduce a la conclusión de que si está casada, es requisito legal el consentimiento del marido. Así se exigía ya en el Texto presentado por el Grupo Parlamentario Socialista, que se mantuvo (la dicción literal y la numeración) en el Texto aprobado por la Comisión de Política Social y Empleo en el artículo 7 de ambos ²⁶⁵. En consecuencia, la filiación será matrimonial, y además no se podrá impugnar.

En la práctica en las estadísticas de Cataluña ²⁶⁶, en más de la mitad de los ciclos, no consta si la mujer tiene pareja o no ²⁶⁷. Por ello, es posible que una mujer casada solicite IAD (como si fuese mujer sola) ocul-

al marido tener hijos con otra mujer mediante las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, debe entenderse existente tal norma para evitar discriminaciones por razón de sexo en relación con los efectos del matrimonio (cf. artículos 14 y 32 de la Constitución y 66 del Código Civil)».

En contra SIMÓ SEVILLA, «La Medicina moderna de la procreación en el Derecho de Familia y en el Derecho sucesorio», Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995, pág. 86, afirma: «no creo que exista esta limitación».

²⁶⁴ SIMÓ SEVILLA, *op. cit.*, pág. 86. Sin embargo ha de tenerse en cuenta que el supuesto más habitual en caso de mujer casada es que sea el marido quien consienta.

²⁶⁵ Artículo 7.2: «Antes de la realización de estas técnicas, intervengan en ellas donantes o no, se deberá contar con el consentimiento escrito, tanto de la mujer receptora como del varón con el que constituye matrimonio o pareja estable».

En el Texto presentado por el Grupo Parlamentario Socialista se recogía expresamente la siguiente sanción, suprimida en el Texto aprobado por la Comisión de Política Social y Empleo: artículo 7.4: «El varón de un matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realicen estas técnicas con intervención de donantes, sin que él haya dado su consentimiento previo y fehaciente, o cuando éste fue desatendido probadamente en sus términos sustanciales, podrá renunciar al hijo o hijos así nacidos, que serán/n registrados como sin padre».

²⁶⁶ Según consulta realizada al Ministerio de Sanidad, no existe documento similar a nivel nacional.

²⁶⁷ Generalitat de Catalunya, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Dirección General de Recursos Sanitarios, Servicio de Información y Estudios, «Informe Técnico del Registro de Reproducción Humana Asistida». Así sucede en los Informes de los años 1993, 1994 y 1995.

tando su estado civil al Centro médico, y posteriormente nazca un niño, que por la presunción de paternidad se calificará como matrimonial, en el caso de que el marido ignore todo el procedimiento ²⁶⁸.

En cualquier otro supuesto, es decir si consiente un varón distinto del marido —ocultando de nuevo al Centro médico que la mujer está casada— el nacido será, en principio hijo matrimonial de la mujer y del marido por la presunción de paternidad, y en su caso será preciso que el varón que consintió impugne la paternidad (que también podrá ser impugnada por el marido, obviamente, si conoce los hechos) para posteriormente determinar su paternidad según las reglas de la filiación no matrimonial, contenidas en el artículo 120 del Código Civil. Por su parte esta IAD podrá tener otras repercusiones (separación, divorcio, etc.).

A mi juicio, la exigencia de la prestación del consentimiento por el marido es un requisito legal, cuyas consecuencias deberán asumir quienes incurrieron en el incumplimiento (impugnación de paternidad del marido, causa de separación, en su caso, etc.).

De lege ferenda sería deseable que se protegiese mejor la exclusiva legitimación del marido para prestar consentimiento a IAD, teniendo en cuenta los deberes derivados del matrimonio, contemplados en los artículos 66 a 68 del Código Civil, imponiendo a los Centros la obligación de comprobar, al menos, el estado civil de los solicitantes ²⁶⁹. Esto mismo debería aplicarse al varón casado, en el sentido de que sólo pueda prestar consentimiento a IAD de su esposa ²⁷⁰. En definitiva, bastaría certificación del Registro Civil, relativa al matrimonio y la correspondiente identificación de quienes solicitan estas técnicas.

En definitiva, *de lege ferenda*, debería limitarse la utilización de técnicas de reproducción asistida por personas casadas a los supuestos en que se consiente respecto del otro cónyuge, de modo que el matrimonio

²⁶⁸ Ciertamente si el marido conoce los hechos, es decir la realización de IAD por su mujer sin su consentimiento, podrá dejar actuar sin más la presunción de paternidad, o bien impugnar una filiación en la que no aportó el elemento biológico ni el volitivo.

²⁶⁹ Legalmente, en el supuesto de pareja no casada no se exige que el varón preste su consentimiento, aun cuando sería deseable. En la práctica la falta de publicidad de estas parejas en numerosos casos, ocasionaría mayores dificultades para saber si se trata de mujer sola o no.

²⁷⁰ Obviamente se constata que existen hijos extramatrimoniales de personas casadas, pero ello no es argumento para justificar que así deba preverse también mediante técnicas de reproducción asistida. Conociendo que se tratará de supuestos extraños, debe evitarse y atribuirle los caracteres de un proyecto parental del matrimonio.

impidiese prestar consentimiento para IAD en persona distinta del cónyuge²⁷¹.

3.º ¿Dónde se presta el consentimiento? ¿En qué lugar se podría inscribir?

Según el artículo 2.3 de la LTRA, *La aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresarán todas las circunstancias que definan la aplicación de aquélla*. En la práctica cada Centro elabora su propio formulario. Por tanto, no existe tal formulario uniforme, aunque ciertamente el Ministerio de Sanidad estudia la elaboración de uno a título orientativo, pero no para la reproducción asistida en particular²⁷². El Ministerio de Sanidad tampoco recoge los formularios que se utilizan en los distintos Centros²⁷³.

La crítica que se podría realizar es que dicho consentimiento se presta ante un Médico o biólogo, que no verifica «debidamente» por no ser propiamente objeto de su preparación profesional, la identidad, capacidad o voluntad del interesado para un acto que afecta al estado civil de las personas. Es un documento secreto que se custodia como Historia Clínica en poder del Centro Médico. Esto fue criticado ya acertadamente por DELGADO ECHEVERRÍA antes de la publicación de la LTRA²⁷⁴.

²⁷¹ Posiblemente pudiera introducirse esta limitación (que evidentemente no es posible en la concepción natural), teniendo en cuenta que es algo programado y son necesarios unos medios técnicos de mayor o menor intensidad. Pudiera pensarse en la afirmación de que «la Constitución protege a la madre soltera, pero no a la soltera para ser madre», que SANCHEZ REBULLIDA planteó en el Informe anteriormente citado. Igualmente se protege a los hijos no matrimoniales, pero no a un casado para ser padre fuera del matrimonio por medios artificiales.

Únicamente cabría IAD si la persona no está casada y se enfocaría como un supuesto de pareja no casada. Se podría realizar en la práctica solicitando —el Centro a los usuarios de estas técnicas— certificación del Registro Civil acerca del estado civil, es decir, debería mostrar que no están casadas y por ello pueden consentir IAD en persona que no es su cónyuge.

²⁷² En Cataluña, existe un Documento consensuado por la Comisión Asesora sobre técnicas de reproducción humana asistida, creada por Orden de 25 de mayo de 1992, DOGC n.º 1608, de 17 de junio de 1992.

²⁷³ Datos obtenidos mediante contestación por carta de doña Julia González Alonso, con fecha 25 de mayo de 1998, Consejera Técnica, encargada de esta materia en el Ministerio de Sanidad y Consumo.

²⁷⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», *op. cit.*, pág. 224, afirma: «Aun en este segundo caso, no parece adecuado que la documentación del consentimiento quede sólo a disposición de los cónyuges o en un centro sanitario, pues de ese consentimiento dependerá, en definitiva, el estado civil de las personas. Podría pensarse en algo similar al Libro especial de "matrimonios secretos" en el Registro Central. Si no hubiera ninguna constancia oficial del consentimiento, cabría siempre que marido y mujer privaran al nacido de su condición de hijo matrimonial y prácticamente, de

Actualmente la situación es la siguiente: Se firma el formulario ante el Centro en que se realiza la IAD. Se sigue el embarazo normalmente (habitualmente, suelen ser embarazos de alto riesgo, con un elevado número de pruebas, e incluso interrupciones de embarazo por causas diversas). Se produce el nacimiento. Se inscribe en el Registro Civil la filiación con el parte médico del parto respecto de la madre, y mediante el matrimonio, en relación al padre.

Esta situación, aparentemente muy sencilla para quienes utilizan estas técnicas puede provocar graves problemas debido a la inseguridad jurídica, derivados del hecho de que no conste ningún dato en el Registro Civil. Queda el estado civil de hijo a merced de la voluntad de los padres²⁷⁵. Por ejemplo en un supuesto de IAD con consentimiento del

toda posibilidad de filiación paterna, absteniéndose simplemente de alegar el consentimiento "secreto" en un juicio de impugnación de paternidad entablado por cualquiera de ellos. Actitud que no parece impensable —dentro de la rareza de estos casos— si, ante el deseo del marido de desentenderse del hijo nacido de su mujer, sigue ruptura del matrimonio y la madre prefiere, a la vista del divorcio, retener al hijo como exclusivamente suyo».

²⁷⁵ Ciertamente el artículo 8 del Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana (B.O.E. n.º 72, de 23 de marzo de 1996), establece: «El Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana, se constituye como un Registro Único formado por las bases de datos de cada centro o servicio autorizado por la Comunidad Autónoma respectiva, mediante su agregación en una Base Central administrada por el Ministerio de Sanidad y Consumo:

1. Cada centro o servicio se conectará a la Base Central del Registro tras comunicación de la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente a la Base Central.

2. El registro individual de cada donante aceptado contendrá sus datos de identificación conforme al apartado I del anexo. Relacionados con el registro individual de cada donante, identificado a través de número de clave interno, constarán los siguientes datos:

- a) Número de preembriones obtenidos con sus gametos e identificación de las personas de las que procedan cada uno de los gametos del otro sexo.
- b) Identificación de receptores de la donación de gametos, sean por técnica de inseminación artificial o mediante fecundación *in vitro* con gameto de receptor.
- c) Identificación de la mujer/es receptora/s de los preembriones obtenidos.
- d) Datos de identificación de los recién nacidos vivos, incluidas incidencias detectadas tras el nacimiento.
- e) Partos de recién nacidos muertos.
- f) Interrupción de embarazo por malformación o enfermedad fetal de origen genético o por otras causas».

En su Disposición Final 2.ª b «Se faculta al Ministro de Sanidad y Consumo para establecer las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones, mediante desarrollo del artículo 8 del presente Real Decreto».

En concreto, la Orden de 25 de marzo de 1996 por la que se establecen las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones (B.O.E. n.º 106, de 2 de mayo de 1996), «a fin de garantizar que su actividad se desarrolle bajo las

marido, inicialmente se inscribe la paternidad respecto del mismo. Posteriormente, el matrimonio se disuelve por divorcio. El «padre jurídico» del nacido impugna la filiación mediante una prueba biológica de investigación de paternidad, que obviamente niega dicha paternidad. Ante esta situación, caben dos posibilidades:

a) Si la madre quiere que se mantenga la filiación respecto del padre, presentará el consentimiento a la IAD firmado ante el Centro, por el que se renuncia a interponer estas acciones.

b) Sin embargo si la mujer desea evitar toda relación del hijo con el padre, bastará su conducta omisiva para que se determine judicialmente que el hijo carece de filiación paterna. Ahora bien, esto puede verse afectado por la intervención del Ministerio Fiscal, así como por la del hijo (que ciertamente está legitimado). En este supuesto será preciso el nombramiento de defensor judicial, según lo dispuesto en el artículo 299.1 del Código Civil²⁷⁶.

En este segundo supuesto es posible que un hijo que nació como matrimonial devenga, por la simple voluntad de sus padres, hijo extramatrimonial de la madre. Ciertamente en nuestro Derecho, mediante los reconocimientos de complacencia, puede cambiar el estado civil del hijo por la voluntad de los padres. Ahora bien el fundamento para permitir que se modifique el estado civil en los reconocimientos de complacencia es el principio del *favor filii*. Sin embargo, en el supuesto descrito en b), dicho cambio se produciría, en principio, en perjuicio del hijo.

En la situación actual, podría evitarse este resultado con una diligente intervención del Ministerio Fiscal, para proteger la ley en el siguiente sentido: Si el marido de la madre prestó su consentimiento, debería evitarse que pudiese quedar sin filiación paterna por voluntad concurrente de padre y madre jurídicos. Se debería tener en cuenta que el marido

máximas garantías de exactitud, integridad, puntualidad y confidencialidad». Téngase en cuenta que en definitiva es un Registro administrativo, que pretende garantizar dicha confidencialidad, y no la publicidad de los estados civiles.

Curiosamente, en el apartado Undécimo se dispone: «Independientemente de la técnica empleada, en el primer mes tras cada parto se comunicarán a la Base Central del Registro Nacional el número de recién nacidos vivos y muertos, fecha y lugar de nacimiento e identificación de donante y receptor y la presencia o ausencia de cualquier tipo de malformación. En el caso de los recién nacidos vivos, se adjuntarán como datos de identificación los de su inscripción en el Registro Civil.»

²⁷⁶ Cfr. MAYOR DEL HOYO, «Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad. (Comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)», *ADC*, 1998, págs. 917 y ss.

incurría en abuso de derecho, actuaba en contra de sus propios actos, conductas prohibidas por nuestro ordenamiento, además de estar prohibido por el artículo 8.1 LTRA. Podría pensarse en una nota informativa o certificación que la Base Nacional del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones —aunque todavía no existe por la oposición de los médicos—²⁷⁷ expidiese a instancia del Ministerio Fiscal, con carácter confidencial, en los supuestos de impugnación de la paternidad para averiguar si se trata de supuestos de IAD.

Ello supondría que ante la interposición de una acción de impugnación por el padre, con realización de la correspondiente prueba biológica en la que se determina que el marido de la madre no es el progenitor del nacido, el Fiscal debería actuar comprobando si los datos de la inscripción en el Registro Civil del nacido constan en el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones como nacido tras recibir la madre una donación de gameto masculino²⁷⁸ (según ordena el apartado Undécimo de la Orden de 25 de marzo de 1996 por la que se establecen las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones, aunque todavía no existe por la oposición de los médicos)²⁷⁹. Sin embargo curiosamente esta Orden prevé que en la Base Central del Registro Nacional conste el número de recién nacidos vivos identificados mediante los datos de su inscripción en el Registro Civil. Si no consta, evidentemente, mediante la acción de impugnación se ha constatado debidamente la verdad biológica. Si consta, la intervención del Ministerio Fiscal permitiría la defensa de la legalidad, en concreto del artículo 8.1 de la LTRA (además del principio de no ir contra los propios actos, ni incurrir en abuso de derecho), y que en definitiva se mantenga la filiación que

²⁷⁷ BOADA PALÁ, en «Ley española de reproducción asistida. Problemática actual desde el punto de vista médico», en *Bioética 2000*, (Coordinación: PALACIOS), Ediciones Nobel, Gijón, 2000, pág. 299.

²⁷⁸ No se contempla la posibilidad de donación de gameto femenino, ya que jurídicamente la maternidad se determina por el parto.

²⁷⁹ BOADA PALÁ, *op. et loc. ult. cit.*, afirma: «En las disposiciones 9.ª y 11.ª de esta Orden se indica que se deberá comunicar a la Base Central del Registro Nacional: el número de embriones obtenidos de cada donación, nombre, apellidos y DNI de las receptoras, número de nacidos, así como lugar y fecha de nacimiento e identificación de donante y receptor.[...] A pesar de que ya han transcurrido cuatro años desde su promulgación, dicho registro aún no existe. Su creación y puesta en funcionamiento tiene una gran oposición dentro del colectivo médico que considera que la obligatoriedad por parte de los centros de comunicar la identidad de los donantes y receptoras vulnera el principio de confidencialidad que rige la buena praxis médica. En cualquier caso, la transmisión de información sobre los usuarios de las TRA al futuro Registro nacional deberá adaptarse a la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal que recientemente ha entrado en vigor y que en su artículo 7 regula el uso de los datos en el ámbito del tratamiento médico protegiendo así la intimidad personal y familiar».

corresponde. Me parece que debe realizarse así debido a la relevancia de esta materia. En caso contrario puede suceder que un nacido por IAD consentida por el marido quede sin filiación paterna. Entiendo que teniendo en cuenta la progresiva proliferación de estas técnicas, así como la necesaria protección del nacido, el Ministerio Fiscal debe solicitar en todas las acciones de impugnación de la paternidad dicha nota.

Antes de la nueva LEC, era discutida la intervención del Ministerio Fiscal (como “dictaminador”, “parte” o “informante”) en los procesos de filiación. Sin embargo, actualmente el vigente artículo 749.1.º LEC de 7 de enero de 2000 establece: *En los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes.*

Este precepto, según RUIZ MORENO «para su adecuada comprensión debe ponerse en conexión con el art. 765.1, que en sede específica de este tipo de procesos especifica: *Las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en la legislación civil, correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente*»²⁸⁰.

En este sentido afirma RUIZ MORENO: «El precepto clave lo constituye el art. 749.I, pues de su tenor literal se desprende, sin ningún género de duda la consideración de parte procesal plena (activa y pasiva) del Ministerio Fiscal en los procesos de filiación con total independencia de que a él se deba la incoación del proceso, y también con independencia de que en estos procesos no se ventilen y defiendan los intereses de los sujetos menores e incapacitados (art. 765.1), únicos que a tenor de la jurisprudencia comentada legitimaban su intervención. En consecuencia con la NLEC ya nada obstaculiza su protagonismo como genuina parte procesal, con lo que podrá alegar hechos, proponer pruebas, formular el *petitum*, interponer recursos, etc., de la misma manera que cabe considerar ampliamente superada la posición exclusivamente pasiva de mero informante o dictaminador del proceso en que actúa»²⁸¹.

²⁸⁰ RUIZ MORENO, *El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 66. Utiliza NLEC para designar a la LEC de 7 de enero de 2000.

²⁸¹ RUIZ MORENO, *op. cit.*, pág. 67. Incluso podría ser solicitada dicha nota, posiblemente como diligencia final. En este sentido, ARAGONES MARTINEZ, *Procesos declarativos ordinarios. Procesos ordinarios y sus especialidades*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 128, tras indicar que se tramita por los cauces del juicio verbal, entiende que se admitirán dichas diligencias (reguladas en el artículo 447 LEC), ya que no se oponen a la naturaleza del juicio, ni están expresamente prohibidas, aunque reconoce que tampoco existe remisión a las normas del juicio ordinario.

Por todo ello, entiendo que el Ministerio Fiscal podría solicitar la correspondiente nota a la Base Central del Registro Nacional.

De lege ferenda sería deseable que el consentimiento se prestase en documento público, ante Notario²⁸², que unido al certificado médico de realización de la fecundación *in vitro*, permitiría la inscripción en el Registro Civil de la filiación respecto del marido que consintió dicha práctica con la intervención de donante²⁸³. La finalidad es dotar al acto de certeza y garantizar un asesoramiento jurídico imparcial. Se trata de fortalecer la seguridad jurídica, la protección del estado civil, así como para facilitar el acceso al Registro Civil.

Al documento público en que se consiente la IAD, que podría constar en el Registro Civil como nota marginal de la inscripción de nacimiento, tendrían acceso quienes consintieron y el nacido. Esta legiti-

²⁸² PIGA manifiesta, en el Grupo de Trabajo de la Dirección General de Registros y del Notariado, que es opinión compartida que el nacido conozca la verdad de su origen. Se evitaría acción de impugnación si constase la verdad en el Registro.

Para ello bastaría:

— Manifestación solemne de los cónyuges al practicar la inscripción o escritura pública anterior.

— Parte o certificación del Establecimiento Sanitario.

En la inscripción constaría el marido como padre legal, no biológico.

Esta propuesta no fue aceptada por los asistentes, Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, «Problemas civiles que plantea la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro*, (Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado), Suplemento n.º 3/1986 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1986, pág. 25.

Tampoco la aceptó MARTÍNEZ CALCERRADA, *La nueva inseminación artificial* (Estudio de la Ley de 22 de noviembre de 1988), Madrid, 1989, pág. 91.

Aceptan la forma notarial: LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 50; OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Comares, Granada, 1993, pág. 388.

Se exige en el artículo 2 de la Ley de Filiaciones Catalana y en el artículo 311-20 del Código Civil Francés (el consentimiento para IAD se debe prestar ante Juez o Notario). De hecho, en Francia, se ha adoptado un formulario, recogido por Chantal PASQUALINI, Notario de Niza, en «Les conventions notariées en matière de procréation hétérologue», en Actes des Journées d'Études des 5 et 6 décembre 1996, organisées par le Laboratoire d'Études et de Recherches Appliquées au Droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, *Les filiations par greffe. Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997, págs. 111 y ss.

²⁸³ Ya lo proponía RIVERO HERNÁNDEZ en «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», pág. 166; DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», pág. 227, en las respectivas Ponencias presentadas al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988.

mación regiría por tanto para acceder a los datos del Protocolo del Notario ante el que se prestó el consentimiento, como para el Registro Civil.

Sería deseable que en la inscripción del nacido en el Registro Civil, constase el nombre del donante, mediante el correspondiente parte del Registro Nacional de Donantes, que recibió datos del nacimiento. Únicamente tendría acceso al Registro Civil, el nacido para posibilitar su derecho a conocer su origen, materia analizada en el capítulo dedicado al anonimato del donante.

Se informaría de la identidad del donante a instancia de parte legítima o por mandamiento judicial. No supondría modificación de la paternidad²⁸⁴.

Considero que los límites deberían ser similares a los que se plantean al adoptado para conocer el nombre de sus progenitores permitiéndole al nacido por técnicas de reproducción asistida una futura consulta a la Base Central del Registro Nacional de Donantes, como primera medida, y a más largo plazo, mediante la inscripción de los datos del donante en el Registro Civil. Se ha de observar un gran cuidado cuando la LTRA se remite al Código Civil, ya que la filiación por técnicas de reproducción asistida más bien constituye un tercer tipo de filiación junto a la filiación por naturaleza y a la filiación adoptiva, de las que toma algunos rasgos, por lo que se pueden aplicar soluciones similares, pero sin olvidar las peculiaridades que las distinguen y pueden provocar conflictos al interpretar dichos textos legales²⁸⁵.

²⁸⁴ En este sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 128 afirma: «La investigación de la paternidad reconocida constitucionalmente implica en la actualidad que todo nacido tiene derecho a conocer su origen genético, pero ello no debe implicar que a la determinación de la paternidad y maternidad biogenéticas deban seguir todo un cúmulo de derechos y obligaciones entre los padres y los hijos. Seguramente resulta inadecuado hacer recaer las obligaciones materiales derivadas de la procreación en aquél o aquéllos que donaron sus gameutos y no en los que los utilizaron voluntariamente».

²⁸⁵ De la falta de pronunciamiento expreso de la LTRA, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en «Consecuencias jurídicas en torno a la fecundación asistida» en *Conversaciones de Madrid. Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética*, EUDEMA, S. A., Madrid, 1992, pág. 49 deduce el siguiente razonamiento: «Al no decir nada, por aplicación del artículo 7.1 de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida hay que acudir al Código Civil que lo permite en su artículo 137. Si el hijo impugna su filiación, se determina que el marido de su madre no es su progenitor, pero se le niega la investigación de la paternidad, y si llegara a conocer la identidad del donante, no le uniría con éste ningún vínculo jurídico según se desprende del artículo 8.3 de la Ley.»

4.º ¿Quién puede impugnar?

Estarán legitimados para impugnar la filiación:

a) El marido —aun cuando como regla general existe acuerdo en la doctrina en la prohibición de impugnar por marido y mujer que consintieron—²⁸⁶, en el supuesto de que hubiese incurrido en vicios del consentimiento, o la causa del nacimiento fuese distinta de la consentida por el marido²⁸⁷. En este último caso —por ejemplo, la relación sexual con tercero— deberá demostrar que ni el marido ni el donante es el padre del nacido²⁸⁸. *A contrario*, el marido que consintió la IAD en su esposa no podrá impugnar su paternidad por la mera falta de relación biológica o participación de donante, ya que iría en contra de sus propios actos y, sobre todo, lo prohíbe el artículo 8.1 LTRA.

b) El hijo. Dado que la Ley no se pronuncia, se discute si el hijo puede impugnar la paternidad²⁸⁹:

i) Unos consideran que tiene esta facultad²⁹⁰.

ii) Otros autores entienden que no le está permitido²⁹¹.

²⁸⁶ Vide BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coord. ROCA I TRÍAS), 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 313; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, t. IV, Madrid, EDERSA, 1991), pág. 227.

²⁸⁷ El artículo 8.1 establece *Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación*. Parece que podrá impugnar cuando no se trate de esa determinada fecundación consentida. Ya se refería a estos supuestos DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 223. Cfr. también RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 157. En este sentido, afirma que «hay que entender que esa prohibición de impugnación del artículo 8.1 va referida sólo al supuesto aludido (que dicho precepto debería haber expresado)».

²⁸⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 157; QUESADA GONZÁLEZ, en *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, Madrid, Tecnos, 1993, pág. 205.

²⁸⁹ QUESADA GONZÁLEZ, *op. ult. cit.*, confiere gran relevancia a esta cuestión. Afirma en la pág. 200: «No es tanto la determinación jurídica de la filiación sino la impugnación de la paternidad (sobre todo al ser matrimonial) lo que suscita más serios problemas cuando se practica una fecundación asistida con material genético de un tercero desconocido», citando a VIGNEAU, en *L'enfant à naître*, Toulouse, 1988, pág. 345. En concreto, QUESADA GONZÁLEZ no distingue según esté o no vigente la presunción de paternidad.

²⁹⁰ SIMÓ SEVILLA, *op. cit.*, pág. 85; QUESADA GONZÁLEZ, *op. ult. cit.*, pág. 205 y BLASCO GASCÓ, *op. ult. cit.*, 1997, pág. 313. También MONTÉS PENADÉS, «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco,

Se plantea incluso la posibilidad de que el hijo exija la filiación respecto del donante. Parece que el espíritu de la ley pretende excluir esta posibilidad ²⁹².

Esta impugnación, a juicio de algunos autores, podría, en algunos casos, estar limitada por el abuso de derecho ²⁹³.

El marido es padre por decisión legal, aunque es conocido que genéticamente no es progenitor. Por ello, sería contradictorio con esa decisión de política legislativa de reconocer al hijo la posibilidad de impugnar.

5.º ¿El hijo tiene derecho a conocer la identidad del donante?

Este derecho del nacido a conocer su origen se analizará en detalle en relación al anonimato del donante. En ocasiones se confunde la

celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 190. Este autor posteriormente cambió de opinión, como se indica en la nota siguiente.

En concreto, BLASCO GASCÓ, *op. et loc. ult. cit.*, afirma: "Si la inseminación artificial heteróloga se practica con el consentimiento del marido o del compañero *more uxorio* (siempre con el de la mujer, claro), se les priva de la acción de impugnación de la filiación. Pero ¿y el hijo? ¿Puede impugnar tal filiación y reclamar su filiación biológica? Nada dice el artículo 8.1 LTRA, referido al marido y a la mujer [...] En el mismo sentido debe entenderse el apartado segundo de dicho artículo 1, el cual deja a salvo la acción de reclamación judicial de la paternidad.

Sin embargo, el artículo 8.3 LTRA establece, como ya hemos indicado, que la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5.5 LTRA no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación. Mas este precepto debe entenderse en el sentido que de la sola revelación de la identidad no es bastante para determinar la filiación, pero no en el sentido de que el hijo no pueda ejercitar la correspondiente acción de reclamación de la paternidad (junto con la pretensión de la impugnación de la legalmente determinada, ex art. 134 C.C.).».

²⁹¹ MONTÉS PENADÉS, «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», *AC*, diciembre 1994, pág. 977, expresa claramente: «El consentimiento del marido respecto de la utilización de técnicas de reproducción asistida IAD bloquea, *de lege data*, la posibilidad de impugnar la filiación. Incluso cuando la acción se entable por parte de terceros o del mismo hijo. Se encuentra aquí acaso la mayor excepción al principio de verdad biológica». Cfr. en el mismo sentido Díez PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, v. II, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 582.

²⁹² Díez PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, v. II, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 582; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º, 10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995, pág. 233. Existe un interrogante de fondo, del que se hace eco este autor: «se reconoce que los artículos 8.3 y 5.5 de la Ley son contrarios a los artículos 14 y 39 de la C.E.».

²⁹³ QUESADA GONZÁLEZ, *op. cit.*, en pág. 206, plantea que el hijo que se hubiera aprovechado del sustento y educación ofrecida por el marido de su madre, sabiendo que no es su padre biológico, vería obstaculizada su acción de impugnación por abuso de derecho.

impugnación de la filiación con el derecho a conocer el origen. Parece que lo más coherente con nuestra Constitución, y con el *favor filii* sería que se mantuviese el estado de filiación respecto del marido de la madre, y se permita que el nacido por técnicas de reproducción asistida con donante, pueda en su mayoría de edad conocer la identidad del donante.

Considero que con la legislación actual habría de justificarse debidamente el acceso a los datos de identidad del donante (artículo 5.5 LTRA), ya que su conocimiento es excepcional.

3.5. *Propuestas de lege ferenda*

Sería conveniente:

1.º Que el sujeto legitimado para prestar consentimiento a IAD cuando la mujer estuviese casada se limitase al marido por los propios deberes derivados del matrimonio. De la misma manera el varón casado únicamente debería estar legitimado para consentir IAD realizada a su esposa.

2.º Que el consentimiento para someterse a IAD, prestado en documento público ante Notario, unido al expediente médico, permitiese la inscripción de la paternidad en el Registro Civil.

3.º Que, teniendo en cuenta que la posibilidad de impugnación y la de conocer la identidad del donante, a mi juicio, son aspectos diferentes, se distinguiese:

a) Que el padre jurídico no pudiese impugnar salvo que el nacimiento se hubiese producido por causa distinta a la fecundación *in vitro* consentida o existan vicios en el consentimiento.

b) Que el nacido no pudiese impugnar la filiación, pero sí se le permitiese conocer la identidad del donante, previa información al donante de esta posibilidad.

Como puede comprobarse, se da por supuesto que el nacido puede conocer al donante, a diferencia de la regulación actual, que opta por el anonimato. Por las razones que se explican en el apartado dedicado al anonimato del donante, me parece la solución más adecuada para el nacido.

3.6. Recapitulaciones

La técnica de IAD cada vez es menos utilizada, ya que los avances técnicos permiten recurrir con éxito al material genético del varón —o del marido en caso de matrimonio— de la mujer que se somete a estas técnicas.

El consentimiento del marido a la IAD en su mujer no es una licencia marital, sino una autorización a la realización de las técnicas, ya que la ley atribuye, en principio, la paternidad al marido, por la presunción de paternidad y tiene como consecuencia la prohibición de impugnación de la paternidad.

El consentimiento a IAD se presta en formularios médicos, elaborados mayoritariamente por cada Centro médico.

Se reguló la creación y organización del Registro Nacional de Donantes (al que los Centros médicos deberían informar de determinados datos), pero todavía no existe en la práctica, debido al parecer, a la oposición de los propios médicos.

La paternidad derivada de IAD en principio no se puede impugnar, salvo que existan vicios del consentimiento o que el nacido no proceda de la IAD consentida.

4. PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL MARIDO

4.1. Planteamiento

Se incluyen en este apartado los supuestos en que una mujer casada se somete a IAD, pero su marido no consiente, es decir el marido no aporta el elemento biológico ni el volitivo ²⁹⁴.

²⁹⁴ Supuesto distinto sería aquel en que el marido consiente IAC y se realiza IAD por error del Equipo médico. En este caso, RODRÍGUEZ CASTRO, «La Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil», AC, N.º 47, 17-23 diciembre 1990, pág. 745, considera que se inscribirá como hijo matrimonial, pero admite la posterior acción de impugnación, que llevará a cancelar «en la inscripción de nacimiento del hijo, toda mención a la filiación matrimonial de los padres, imponiéndose por el Juez Encargado al nacido unos apellidos de uso corriente». Quizás puede resultar excesiva esta solución. Considero que caben dos soluciones en beneficio del hijo:

a) Si el matrimonio decide inicialmente que el nacido conste registralmente como hijo suyo, bastará dejar actuar la presunción de paternidad del artículo 116.

No se prevé este supuesto en la LTRA ni en el Código Civil.

La doctrina se ha planteado los siguientes problemas:

1.º ¿Cómo se califica la filiación? En este caso, ha sido calificada como filiación de mujer sola²⁹⁵, hijo extramatrimonial²⁹⁶, calificativos que no son incompatibles.

Ciertamente, y desde un punto de vista sustantivo, así es. Sin embargo, la calificación legal de la filiación, dependerá, como es sabido, del momento del nacimiento. Si nace dentro de los plazos previstos por la presunción de paternidad, el hijo será, en principio, matrimonial, y la paternidad será atribuida al marido, aun cuando sea posible la impugnación de dicha paternidad, como se indicará más adelante. Ya antes de la LTRA, se planteó la posibilidad de que fuese considerado hijo del donante cuando este fuese previamente advertido y lo consintiese. En ese caso el donante podría reconocer²⁹⁷. Sin embargo, con la publicación de la LTRA, se impide que el nacido pueda reclamar la paternidad

b) Si el marido impugna la paternidad, el hijo constará como hijo no matrimonial de la mujer.

En este supuesto se podrá exigir responsabilidad médica por negligencia (falta del cuidado debido).

²⁹⁵ BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), pág. 409; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 235, por todos.

²⁹⁶ GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, pág. 226; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, v. II (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1992), págs. 1213-1216 y *Compendio de Derecho civil*, t. IV, (Madrid, EDESA, 1991), pág. 229; SERRANO ALONSO, «Aspectos de fecundación artificial», *AC*, 1989, pág. 384; RIVERO HERNÁNDEZ, «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ Y YAGÜE), marzo 1994, pág. 289; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, t. III, v. 1.º, de los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por ALBALADEJO, artículos 108 a 141, Madrid, 2000, pág. 967. Es una calificación menos excluyente que la de mujer sola, en lo que a una posible, aunque remota paternidad se refiere.

²⁹⁷ SANCHEZ REBULLIDA, «Aspectos jurídicos de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana», Informe presentado a la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana, creada por la Mesa del Congreso de los Diputados el 2 de noviembre de 1984, a iniciativa de los Grupos Mixto y Partido Nacionalista Vasco; RIVERO HERNÁNDEZ en «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 167, afirma que el posible derecho a conocer su origen (que excede del Derecho de Familia) es un Derecho fundamental en Derecho español, y en LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 160.

al donante tras la impugnación²⁹⁸. Así el artículo 8.3 establece *La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación*.

2.º ¿Cuáles son las consecuencias de que una mujer casada se someta a IAD sin consentimiento del marido?²⁹⁹

a) Es causa de separación en cuanto se ha incumplido el deber de fidelidad y el de respeto³⁰⁰.

b) Es una infracción grave, prevista por el artículo 20. A.c de la LTRA³⁰¹.

c) El nacido puede acceder al Registro Civil como matrimonial o no matrimonial³⁰². En principio, constará registralmente como hijo matri-

²⁹⁸ Hipotéticamente el donante podría reconocer antes de la LTRA en el supuesto de que se le advirtiese y lo consintiese, pero actualmente, vigente la LTRA, el donante no conocerá si se utilizó el material genético que donó ni tampoco si se ha producido algún nacimiento.

²⁹⁹ Se supone que la mujer consiente. En otro caso sería un delito, contemplado en el artículo 162 del Código Penal, que establece: 1. *Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años*. 2. *Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal*. Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, «Delitos relativos a la reproducción asistida» en VIDAL MARTÍNEZ (coordinador), BENÍTEZ ORTÚZAR y VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998, págs. 153 y ss.; DE LA CUESTA AGUADO, *La reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos penales. (Análisis del tipo objetivo del artículo 162 del Código Penal)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

³⁰⁰ CAMPUZANO TOMÉ *et al.*, «Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación», AC, 1985, pág. 298; SILVA RUIZ, «El Derecho de Familia y la inseminación artificial *in vivo* e *in vitro*», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Diciembre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º II, pág. 40 y en RDP, abril 1987, pág. 328; DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 218; VIDAL MARTÍNEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español*, Universidad de Valencia, Editorial Civitas, S. A., Cuadernos Civitas, Madrid, 1988; CARCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 101.

³⁰¹ CARCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 100.

³⁰² RODRÍGUEZ CASTRO, «La Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil», AC, N.º 47, 17-23 diciembre 1990, pág. 747.

monial por la presunción de paternidad. Ahora bien, no concurre el elemento volitivo ni el genético. Se trata de una filiación de fácil impugnación³⁰³. En este caso, el marido podrá impugnar la paternidad, con fundamento en el artículo 136 del Código Civil, en el plazo de un año desde su inscripción³⁰⁴. Si el hijo nace en el periodo calificado de matrimonialidad debilitada, posiblemente bastaría la declaración auténtica del marido para destruir la presunción de paternidad según lo dispuesto en el artículo 117. LLEDÓ YAGÜE lo entiende así cuando en la declaración «quedase probado su incapacidad para procrear —*coeundi y generandi*—, prueba médica, y, a su vez, la falta de consentimiento a la operación inseminatoria»³⁰⁵. Como es sabido, el artículo 8.1 LTRA impide impugnar al marido que consintió IAD, pero en estos supuestos el marido podría impugnar la filiación, ya que no ha consentido. Además la acción triunfaría porque las pruebas biológicas demostrarían que no es hijo del marido.

4.2. Durante el matrimonio

1.º Ante el Centro, se califica como IAD de mujer sola. Este hecho que en principio puede resultar extraño, se puede producir fácilmente, puesto que los Centros no piden información relativa a si la usuaria está casada.

El artículo 6.1 de la LTRA establece: *Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito.*

En su párrafo 3.º añade: *Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.*

³⁰³ MONTÉS PENADÉS, «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 188.

³⁰⁴ Señala RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 158, que «la presunción marital podrá ser impugnada según las reglas generales: lo permite, casi lo sugiere, el art. 8.1 LTRA, interpretado a contrario».

³⁰⁵ LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 178-179.

De hecho, en las estadísticas de Cataluña³⁰⁶, en más de la mitad de los ciclos, no consta si la mujer tiene pareja o no. Curiosamente en el Informe Técnico del Registro de Reproducción Humana Asistida de Cataluña (realizado con los datos aportados por determinados Centros) se publica una tabla relativa a las características sociodemográficas de la mujer usuaria. Se incluye el dato de la convivencia en pareja:

En 1993, de un total de 2039 mujeres, 846 (41,5%) convivía en pareja, 1 no, y de 1192 (58,5%) no constan datos³⁰⁷.

En 1994, de un total de 2121 mujeres, 782 (36,9%) convivían en pareja, 6 (0,3%) no, y de 1133 (62,8%) no constan datos³⁰⁸.

En 1995, de un total de 2352 mujeres, 780 (33,2%) convivían en pareja, 1 no, y de 1571 (66,8%) no constan datos³⁰⁹.

En 1996, de un total de 2547 mujeres, 2525 (99,1%) convivían en pareja, 9 (0,4%) no, y de 13 (0,5%) no constan datos³¹⁰.

En 1997, de un total de 2946 mujeres, 1286 (43,6%) convivían en pareja, 1660 (53,3 %) no. De todas consta, pues, este dato³¹¹.

En la Introducción del Informe relativa a los años 1993 y 1994 se afirma que los Centros no han podido suministrar información³¹². Sin

³⁰⁶ A nivel nacional, no existe información similar, según consulta realizada al Ministerio de Sanidad. Acerca de la aplicación de la LTRA a Cataluña, *vide* BLASCO GASCÓ, «Técnicas de Reproducción Asistida y competencia legislativa autonómica», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1991, págs. 953 y ss.

³⁰⁷ Generalitat de Catalunya, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Dirección General de Recursos Sanitarios, Servicio de Información y Estudios, «Informe Técnico del Registro de Reproducción Humana Asistida de 1993», Barcelona, 8-3-1996.

³⁰⁸ Generalitat de Catalunya, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Dirección General de Recursos Sanitarios, Servicio de Información y Estudios, «Informe Técnico del Registro de Reproducción Humana Asistida de 1994», Barcelona, 16-12-1996.

³⁰⁹ Generalitat de Catalunya, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Dirección General de Recursos Sanitarios, Servicio de Información y Estudios, «Informe Técnico del Registro de Reproducción Humana Asistida de 1995», Barcelona, 4-6-1997.

³¹⁰ Generalitat de Catalunya, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Dirección General de Recursos Sanitarios, Servicio de Información y Estudios, «Informe Técnico del Registro de Reproducción Humana Asistida de 1996», Barcelona, julio 1988.

³¹¹ Generalitat de Catalunya, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Dirección General de Recursos Sanitarios, Servicio de Información y Estudios, «Informe Técnico del Registro de Reproducción Humana Asistida de 1997», Barcelona, 1999.

³¹² En otras tablas, el porcentaje de supuestos en que no constan datos es muy inferior. Así, por ejemplo, en relación a las características sociodemográficas de la mujer donante durante el año 1993, de un total de 94, se afirma que 76 conviven en pareja, 18 no; es decir constan todos los datos. En 1994, de 100 mujeres donantes, se recoge que 47 conviven en pareja, 42 no y de 11 no constan datos.

embargo en el texto del Documento consensuado por la Comisión Asesora sobre técnicas de reproducción humana asistida creada por Orden de 25 de mayo de 1992, DOGC n.º 1608, de 17 de junio de 1992, se establece expresamente: «Según la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sólo es requisito imprescindible cumplimentar los datos y la firma del hombre, en caso de vínculo matrimonial». En consecuencia se limita la posibilidad de utilización de técnicas de reproducción asistida en el supuesto de la mujer casada a que exista consentimiento del marido. Por ello, deberían constar los datos en los Centros. El hecho es que no se aportan a los Informes técnicos. Pueden existir básicamente dos razones:

1.^a Que los Centros no los conocen, en tanto no se exige la demostración de vínculo matrimonial, por lo que no se requiere el consentimiento del marido.

2.^a Que los Centros los conocen, y sin embargo no informan.

Probablemente sea más real la primera causa, ya que según se ha señalado es discutido que una mujer casada no pueda utilizar técnicas de reproducción asistida sin consentimiento de su marido. A ello debe añadirse que algunos de estos Centros, de carácter privado, tratan de satisfacer la demanda de los denominados «clientes». Por otra parte no encuentro fundamento para la segunda causa, teniendo en cuenta que no se facilitan nombres, sino simplemente un número que no afecta en absoluto a la intimidad de quienes acuden a estos Centros.

Como se observa, en 1996, mayoritariamente (99, 1%) las mujeres que se someten a técnicas de reproducción asistida conviven en pareja. Curiosamente, en 1997, menos de la mitad convivían en pareja. Posiblemente existan problemas en la elaboración de las estadísticas, ya que resultan extraños los resultados de 1996 respecto de los demás años referidos.

2.º Desde un punto de vista administrativo, podría decirse que el Centro incurre en la infracción grave prevista en el artículo 20.2.A.c) *La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por la presente Ley, así como la falta de realización de Historia Clínica*. La razón sería la ausencia de prestación del consentimiento debido (el del marido en caso de mujer casada) ³¹³.

³¹³ Esta reclamación al Centro por no exigir los consentimientos debidos sería admitida por quienes consideran que la mujer casada sólo se puede someter a IAD con el consentimiento del marido. El Centro debería haber exigido este consentimiento y no lo hizo. Sin embargo, parece que *de lege lata*, no es seguro que pueda prosperar, ya que probablemente

3.º Desde un punto de vista sustantivo, estaríamos ante una filiación no matrimonial de la mujer casada, en abstracto, ya que el marido no aporta el elemento genético ni el volitivo, aun cuando en la práctica puede ser muy distinto según se indica a continuación.

4.º Ahora bien en la práctica, y desde un punto de vista registral, existen supuestos (que pueden producirse fundamentalmente en matrimonios con esterilidad sin causa determinada), en los que se produce un nacimiento en el seno de un matrimonio aparentemente procedente de procreación natural, siendo consecuencia de IAD de mujer casada no consentida inicialmente por su marido. Como es sabido, la maternidad se determina por el parto y la paternidad según la presunción prevista en el artículo 116 del Código Civil. El consentimiento de la mujer a la IAD consta en la Historia Clínica (es secreto o, mejor, confidencial). Teniendo en cuenta la pretensión de asimilarlo a la filiación por naturaleza, probablemente, *de lege lata*, la filiación será calificada como matrimonial del marido. Inscrita la filiación como matrimonial del marido, pueden producirse las siguientes situaciones:

A) Si el marido ignora la realización de IAD³¹⁴, el hijo nace en el matrimonio, y por aplicación del artículo 116, se le atribuye la paterni-

no sería propiamente infracción en cuanto que el consentimiento del marido, no está claro que sea autorización para que su mujer se someta a IAD, sino para implicar al marido en una posterior asunción de paternidad del nacido, según lo expuesto *supra*. Ciertamente sería deseable *de lege ferenda* que la mujer casada sólo pueda someterse a IAD con consentimiento del marido, y que éste sólo pueda consentir IAD respecto de su mujer. Igualmente sería deseable que el Centro fuese verdaderamente responsable de comprobar si la mujer que solicita IAD está casada y si ha prestado junto con su marido el debido consentimiento, preferentemente, en un futuro, ante Notario.

Con la regulación actual, no encuentro argumentos definitivos para impedir el acceso de mujer casada a IAD fuera del matrimonio ya que la Constitución protege la familia matrimonial o no. Ahora bien, con la regulación de las técnicas de reproducción asistida podrían establecerse limitaciones. CORNU, en Actes des Journées d'Études des 5 et 6 décembre 1996, organisées par le Laboratoire d'Études et de Recherches Appliquées au Droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, *Les filiations par greffe. Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997, págs. 157 y ss., califica estas técnicas como vía reservada a quien la ley determine, como favor de la ley. Por ello no se admite en mujer sola y se exige consentimiento ante Notario o Juez en IAD. De esta manera difícilmente podría plantearse el supuesto de IAD sin consentimiento del marido.

³¹⁴ Podría evitarse esta ignorancia mediante la obligación de informar al marido de la realización de IAD. Pero ¿a quién se impone esta obligación? La situación es muy similar al supuesto de nacimiento como consecuencia de adulterio de la mujer. Ciertamente, no existe licencia marital para someterse a técnicas de reproducción asistida, pero tampoco deberían atribuirse al marido obligaciones derivadas de la filiación en la que no aportó elemento biológico ni volitivo, ya que el varón queda desprotegido. Sería deseable que se comprobase el estado civil de la mujer, y en el supuesto de que fuese casada, los dos cónyuges deberían consentir la IAD en todo caso.

dad al marido. Por ello, según el artículo 115, el hijo se inscribe como matrimonial de los dos cónyuges. Puede mantenerse esta situación a lo largo de una vida. Pero ha de tenerse en cuenta que por variadas razones (enfermedades genéticas padecidas por el marido, y obviamente no transmitidas al hijo, estudios médicos, etc.) puede llegar a conocerse. El marido podrá en ese caso impugnar la paternidad si está dentro de plazo, reclamar contra su mujer y, quizás, contra el propio Centro en que se realizó ³¹⁵. Si prospera, el nacido sería calificado como hijo no matrimonial de la madre y presumiblemente no tendría padre, ya que el progenitor es el donante, que, como es sabido, es anónimo (y aun cuando se identificase, no sería posible atribuirle la paternidad por expresa prohibición legal del artículo 8.3 LTRA).

B) Si durante el embarazo, el marido conoce la realización de la IAD sin su consentimiento, puede adoptar básicamente dos actitudes:

a) El marido puede alegar la realización de IAD sin su consentimiento como incumplimiento de los deberes conyugales (fidelidad, respeto mutuo), causa para solicitar la separación matrimonial. Además deberá impugnar la paternidad demostrando que se ha producido el nacimiento como consecuencia de dicha IAD, practicada a su mujer sin su consentimiento. Por ello, entre el marido y el nacido no debe existir vínculo de filiación por ausencia del elemento biológico y volitivo. Así podría deducirse del artículo 8.1, según el cual el marido no puede impugnar la paternidad del nacido por IAD consentida. Ahora bien, si no la consintió, probablemente podrá impugnarla, con fundamento en el artículo 8.1 LTRA. Si el nacimiento se produce dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, bastará el simple desconocimiento, según el artículo 117 del Código Civil.

b) El marido puede hacer constar registralmente al nacido a sabiendas de que la mujer realizó IAD sin su previo consentimiento o sin dejar constancia del mismo. Sería similar al supuesto en que el marido dio su consentimiento, ya que sería un consentimiento tardío similar al reconocimiento de complacencia en filiación no matrimonial. El problema será la prueba. En un futuro se pueden plantear las siguientes situaciones:

a') El matrimonio no realiza ninguna actuación relativa a la filiación del nacido.

³¹⁵ Es discutible según se considere que la mujer casada puede someterse a IAD sin el consentimiento del marido o no, según se ha expuesto *supra*.

b') Se produce la separación o divorcio de quienes constan como padres del nacido. El marido puede interponer, si se cumplen las condiciones exigidas por el Código Civil, acción de impugnación de la paternidad. Sin embargo, dicha acción difícilmente podría prosperar, ya que el artículo 137 prevé un plazo de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. En los casos de separación y divorcio, habitualmente transcurre más tiempo. Únicamente en el supuesto del artículo 86.5 del Código Civil no se exige el transcurso de un plazo desde el cese de la convivencia conyugal. En los demás casos es necesario el transcurso de plazo superior a aquel en que se permite la impugnación de la paternidad. En este caso no debería permitirse la impugnación por ir contra los propios actos y la buena fe. El problema será probar que el marido permitió el acceso al Registro Civil del nacido como hijo suyo por naturaleza sabiendo que no lo era, y surgirán todos los problemas propios de los reconocimientos de complacencia. En definitiva, el marido realiza un reconocimiento de complacencia al posibilitar el acceso del nacido al Registro Civil³¹⁶. En algunos países, como por ejemplo, Francia, la doctrina propone la reparación hacia el hijo³¹⁷.

Quizás sería una solución que evitaría posibles impugnaciones que quien no es progenitor impugnase la paternidad y posteriormente adoptase al hijo de su cónyuge. Probablemente es más complejo, pero aporta una mayor seguridad jurídica. Sin embargo, podría plantear el problema de la denegación de la adopción con fundamento en el artículo 111 del Código Civil, ya que la filiación quedaría determinada contra la voluntad del que impugnó³¹⁸.

³¹⁶ Vide MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, págs. 277-278 (propone la obligación de alimentos —según los artículos 142 y siguientes del Código Civil— para quienes impugnan, tras realizar un reconocimiento a sabiendas de su falsedad) y págs. 234-235, en relación a determinados argumentos sobre estos reconocimientos. MORO ALMARAZ, en págs. 231-232, *op. cit.*, afirma que «la práctica enseña que los reconocimientos de complacencia se impugnan cuando determinados conflictos rompen el afecto de la pareja». En parecido sentido NERSON-RUBELLIN DEVICHI, «Les annulations de reconnaissances mensongères», *RTDC*, 1983, págs. 738 y ss., y *RTDC*, 1981, pág. 388, (citados por MORO en pág. 232) consideran que una legitimación o reconocimiento de complacencia es generadora de tensiones y la felicidad del hijo y del pseudopadre estará mejor asegurada por una ruptura franca que por la prolongación de una mentira. Vide también RIVERO HERNÁNDEZ, *La presunción de paternidad legítima*, págs. 73 y ss.

³¹⁷ Cfr. MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, págs. 277-278 y los allí citados.

³¹⁸ El artículo 111 del Código Civil establece: *Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias el progenitor:*

1. Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.
2. Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En este supuesto, parece que el nacido no debería estar legitimado para impugnar la filiación, sino que sólo se le debería reconocer derecho a conocer su origen según se expondrá en relación al anonimato o no del donante.

Obsérvese que la falta de coordinación entre médicos y juristas puede provocar una inseguridad jurídica en perjuicio de la estabilidad del estado civil del nacido.

Se ha de potenciar la seguridad jurídica en la prestación del consentimiento en los términos señalados en relación a la IAD con consentimiento para, de esta manera proteger preventivamente (es decir evitando la eventual interposición de acciones en los supuestos de separación y divorcio) el estado civil del nacido por técnicas de reproducción asistida.

Lo fundamental es evitar que este supuesto se produzca en la realidad. Posiblemente un medio eficaz para ello sería que se exigiese la prestación de consentimiento en escritura pública por ambos cónyuges para someterse a las técnicas de reproducción asistida y asumir la paternidad.

En los supuestos de IAD con nacimiento después del matrimonio y antes de los ciento ochenta días siguientes a su celebración bastaría desconocimiento del marido según el artículo 117 del Código Civil. Podrá acreditar que ignoraba el embarazo:

a) Probando mediante el expediente médico que no consta su consentimiento a la IAD, al que se refiere el artículo 8.1 de la LTRA.

b) Solicitando prueba biológica de paternidad, que obviamente, resultaría negativa, lo que excluirá la paternidad derivada de procreación natural, según las reglas del Código Civil.

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos

El nacido, tras la impugnación de paternidad, que prosperaría, pues no concurre el elemento biológico ni el volitivo, quedaría sin filiación paterna legalmente constatada. Posteriormente adoptaría al hijo de su cónyuge. Posiblemente el referido artículo 111 no se aplicaría, ya que se refiere al progenitor, y en este caso no lo es (no aportó gameto) y además la finalidad es ofrecer seguridad jurídica a la filiación.

4.3. Después del matrimonio

Si nace después de la disolución del matrimonio, pero vigente la presunción de paternidad es aplicable lo dispuesto en el apartado anterior.

Si no está vigente la presunción de paternidad, será hijo extramatrimonial cuya filiación sólo se determinará respecto de la madre.

Asimismo la mujer podría impugnar la paternidad con fundamento en la falta de consentimiento del marido. Sin embargo es dudoso que se aceptase si ella permitió la inscripción de paternidad a favor del marido, ya que iría contra sus propios actos.

Respecto del hijo, y según las reglas generales, parece que podría impugnar la paternidad en el plazo de un año desde la inscripción de la filiación si actúa representado por su madre o desde que alcance la mayoría de edad o capacidad, por sí mismo. Si no existe posesión de estado de filiación matrimonial, la acción es imprescriptible y podrá impugnar «en cualquier tiempo»³¹⁹.

4.4. Propuestas de *lege ferenda*

Insisto en las propuestas realizadas en IAD con consentimiento del marido para evitar que se produzca este supuesto de procreación heteróloga en mujer casada sin dicho consentimiento.

En realidad, la situación es muy similar al supuesto de nacimiento como consecuencia de adulterio de la mujer, en cuanto a los efectos. Obsérvese que es posible que en supuestos cuya causa de esterilidad no está determinada, una mujer pretenda la realización de IAD como si no tuviese pareja, posteriormente se produzca el nacimiento, y se determine la paternidad respecto del marido por aplicación de la presunción de paternidad sin que éste sepa nada.

³¹⁹ El artículo 137 del Código Civil establece:

La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal.

El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal.

Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos.

Propongo, en aras de la seguridad jurídica, *de lege ferenda*, la exigencia de prestación de consentimiento del marido en escritura pública para someterse a las técnicas de reproducción asistida y asumir la paternidad. Aun así, es posible que la mujer se someta a las técnicas sin que ese consentimiento exista, en cuyo caso la filiación del nacido podría quedar determinada únicamente respecto de la madre.

4.5. Recapitulaciones

1.^a Según la presunción del artículo 116 del Código Civil, sería hijo del marido si no impugna la paternidad el varón ni el hijo. Ahora bien si el marido o el hijo impugnan, el marido no tendrá la consideración legal de padre. En estos casos el nacido podría quedar legalmente sin padre.

2.^a Este supuesto ha de ser evitado en la medida de lo posible, ya que puede ser perjudicial para el hijo, quien puede ver modificada su filiación (por las acciones de impugnación) según los intereses de los padres.

III. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN PAREJA NO CASADA

Como se ha analizado en el apartado anterior, las técnicas de reproducción asistida pueden ser utilizadas por la mujer casada con el consentimiento del marido, según lo establecido por el artículo 6.3 de la LTRA³²⁰. También puede someterse a tales técnicas la mujer no casada, con consentimiento de un varón, a tenor del artículo 6.4, que establece: *El consentimiento del varón, prestado antes de la utilización de las técnicas, a los efectos previstos en el artículo 8 apartado 2, de esta Ley, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal*. La LTRA no exige que este varón conviva con la mujer que se somete a las técnicas de reproducción asistida. Únicamente se refiere a varón no casado (artículo 8.2). Por ello no es relevante analizar el diferente concepto de unión

³²⁰ Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuviere separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

Cabe recordar que si existe sentencia de divorcio, se ha disuelto el matrimonio. Se trata de una imprecisión técnica de la LTRA.

de hecho en Aragón, Navarra o Cataluña³²¹, ya que no es requisito para someterse a las técnicas de reproducción asistida que se trate de unión de hecho³²².

En el texto presentado por el Grupo Parlamentario Socialista, así como en el aprobado por la Comisión de Política Social y Empleo con competencia legislativa plena, sobre técnicas de reproducción asistida, se hacía referencia a la pareja estable³²³. Posteriormente, se discutió en la Comisión Especial de fecundación *in vitro* e inseminación artificial humanas. Debido a los problemas para probar la estabilidad de la pareja, así como a la facilidad de defraudar dicho requisito, se decidió suprimirlo³²⁴. Además, en el caso de utilización de las técnicas por un matrimonio, no se exige estabilidad³²⁵, pues no se requiere el transcurso de un plazo desde la celebración del mismo hasta el momento de utilización de las técnicas de reproducción asistida. Por ello no se exigió estabilidad en

³²¹ Ley 19/1998, de 28 de diciembre, de Cataluña, reguladora de situaciones convivenciales de ayuda mutua; Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón, relativa a parejas estables no casadas; Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables.

³²² Únicamente puede tener ciertos efectos en Cataluña, en los casos que sea aplicable la presunción de paternidad no matrimonial, prevista por el artículo 94 del Código de Familia, según el cual: 1. *Se presume que es padre del hijo o hija no matrimonial: a) El hombre con el que la madre ha convivido en el periodo legal de la concepción.*

Ahora bien, en ningún caso ello será relevante para que la mujer se someta a las técnicas. Téngase en cuenta asimismo el artículo 97 de dicho Código de Familia de Cataluña, que regula específicamente la fecundación asistida de la mujer, en los siguientes términos:

Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se consideran hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público.

³²³ Documentación relativa a la Proposición de Ley sobre técnicas de reproducción asistida, junio 1988, facilitada por la Dirección de Estudios y Documentación del Senado, pág. 25. El artículo 7.3 del texto presentado por el Grupo Parlamentario Socialista establece: «El matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realicen estas técnicas de reproducción asistida, con colaboración de donantes o sin ella, serán los padres legales del hijo o hijos así nacidos, siempre que hayan dado consentimiento previo y fehaciente una vez conocidos todos los términos de utilización de las técnicas a que hace referencia este Anteproyecto de Ley o las normas que lo desarrollen». En idéntico sentido, el artículo 7.4 del texto aprobado por la Comisión de Política Social y Empleo con competencia legislativa plena, dispone: «El matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realicen estas técnicas de reproducción asistida, con colaboración de donantes o sin ella, serán los padres legales del hijo o hijos así nacidos, siempre que hayan dado consentimiento previo y fehaciente una vez conocidos todos los términos de utilización de las técnicas a que hace referencia esta Ley o las normas que lo desarrollen».

³²⁴ Cfr. en este sentido MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, págs. 352 y ss., y los allí citados.

³²⁵ Pero el matrimonio está dotado, por su propia naturaleza, de estabilidad institucional. Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de familia*, Madrid, 1996, págs. 129-130.

la pareja que solicitaba tales técnicas. Sin embargo, lo más habitual es que el varón que consiente sea, a su vez, el conviviente³²⁶. No obstante, es posible que no exista convivencia y que el varón simplemente consienta para asumir la paternidad del nacido. Por ello, la discusión se plantea en pareja no casada, entendida como un hombre y una mujer sin que deba concurrir necesariamente convivencia ni estabilidad entre ellos³²⁷.

A pesar de la dicción legal («varón no casado»: artículo 8.2 LTRA), la doctrina utiliza la terminología de «pareja estable»³²⁸, «compañero no casado»³²⁹.

En nuestra doctrina no existe unanimidad acerca de la admisibilidad de este supuesto. Unos autores entienden que no se debe permitir la utilización de estas técnicas en una pareja estable³³⁰, y otros, sin embargo, entienden que de la Constitución no se extraen argumentos para prohibir la utilización de dichas técnicas fuera del matrimonio, y en consecuencia, aceptan este supuesto³³¹.

³²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.º ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 152; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 234.

³²⁷ En algunos países, por ejemplo en Francia se exige que la pareja pueda acreditar una vida en común de al menos, dos años, en el artículo 8 de la Ley n.º 94-654, de 29 de julio de 1994, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y en el diagnóstico prenatal.

³²⁸ MONTÉS PENADÉS, «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», *AC*, diciembre 1994, pág. 964.

³²⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 170.

³³⁰ Vide MORO ALMARAZ, *op. cit.*, págs. 181 y ss.; MONTÉS PENADÉS, en «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», *AC*, diciembre 1994, pág. 964, afirma: «La «Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación» emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe, en 22 de febrero de 1987, desde luego, sólo parece admitir que IAC dentro del matrimonio y en cuanto no sustituya al acto conyugal. El tema de la licitud/ilicitud, después de la Instrucción precitada, merece para los cristianos una reflexión profunda, ya que constituye una llamada a nuestra conciencia. Pero ello —entiendo— no evita el estudio ni la búsqueda de la opinión para un jurista que no puede ignorar la realidad social en que vive». Cfr. también GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), págs. 221 y ss.

³³¹ Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas, (presidida por PALACIOS), *Informe*, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987 (Recomendaciones 11, 13 y 27); Proposición de técnicas de reproducción asistida, presentada por el Partido Socialista, artículos 6 y 7. MONTÉS PENADÉS, *op. cit.*, pág. 964, afirma: «Otros autores, partiendo de los textos constitucionales españoles, que claramente disocian la referencia al matrimonio (artículo 32) de la atención que predica de la familia (artículo 39), lejos de cuanto ocurre en otros ordenamientos (por ejemplo, artículo 29 de la Constitución italiana; artículo 6 Ley Fundamental de Bonn), creen que debe admitirse la extensión de las técnicas a las uniones de hecho». Se acepta en los Informes, presentados a la Comisión Especial de Inseminación Artificial y Fecundación in vitro,

En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, que se hace eco de esta cuestión, afirma: «Se ha discutido largamente, de una parte, si estas técnicas debían restringirse a las parejas casadas, en cuanto que sólo ellas parecen ofrecer una familia estable y unas condiciones éticas y sociales idóneas para el desarrollo del ser que nazca por ese procedimiento.[...] se ha impuesto (en nuestro país, y también en bastantes otros) la tesis de la no discriminación e idéntico trato a la pareja heterosexual, sea casada o no, habida cuenta de la idea amplia de familia que está hoy vigente en nuestra sociedad y en nuestro Derecho, y que la Constitución de 1978 protege también la familia no matrimonial, unido al hecho de que puede encontrar el nacido de procreación asistida en la pareja no casada la misma estabilidad afectiva y condiciones materiales y humanas aptas para su desarrollo, amén de padre y madre, como en la matrimonial»³³².

Otros consideran que ha de aplicarse únicamente a los supuestos de parejas casadas. Así, apostillando la opinión de RIVERO HERNÁNDEZ, el profesor LACRUZ BERDEJO afirma: «Que el nacido de procreación asistida *pueda* encontrar en la adoptante (o parcialmente de origen, si el gameto masculino es del padre, o totalmente, si también el óvulo es de la madre que encarga la gestación) el mismo o mayor cariño y cuidado que en la familia corriente, no cabe duda. *Puede* encontrarlos, pero es igualmente cierto,

a') Que puede no encontrarlos, y

b') Que estas formas de procreación son más conflictivas y dan lugar a muchas más cuestiones (muchos más contenciosos) que la procreación ordinaria.

Parto de que tal forma fuera indispensable, porque de otro modo la pareja no pueda tener hijos. Aun así, habría que establecer una distinción entre la pareja matrimonial y la no casada porque en ésta *falta la promesa* que funda la atribución de la paternidad, cosa que parece olvi-

constituida en el Congreso de los Diputados, por los profesionales que se citan a continuación: CALAF ANSINA, IGLESIAS GUIU y VANRELL DÍAZ; DEXEUS; RUBIO CARDIEL; OCHOA y ANDER; HIGUERA UDÍAS; HORTAL ALONSO; MONTÉS PENADÉS; PERERA y CABALLERO; Informe Palacios; Informe Warnock; Sociedad Española de Fertilidad y Asociación Española de Andrología. Se rechaza en los Informes presentados por SANCHO REBULLIDA y LLEDÓ YAGÜE. Cfr. también MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, págs. 176 y ss.

³³² RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 150. También GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 70.

dar el autor del texto. La pareja no casada no ofrece la misma garantía inicial de fidelidad, e incluso su identificación como tal pareja decidida a vivir juntos (al menos, un tiempo considerable) es muy relativa porque al no mediar promesa puede disolverse cuando quiera. En realidad, lo único que la ley exige para la pareja no casada es la afirmación de los dos de vivir juntos y la falta de matrimonio, de donde más que una asimilación de las parejas no casadas a las casadas habría en este caso una al contrario: cualquier pareja bisexual puede tener hijos por este procedimiento. Ello no es razonable, pues la evidente superioridad que crea el matrimonio como centro de socialización de la prole y aun el “prestigio” de la unión matrimonial (con todas las excepciones y recortes que se quiera, pero el matrimonio sigue disolviéndose mucho menos que la unión libre y representa un *medio familiar* muy superior a ella por término medio) debería reflejarse en el tratamiento legal, siendo la falta de reflejo un defecto de la ley»³³³.

Lo importante no es que la pareja estable sea una relación similar al matrimonio³³⁴, sino que una pareja requiera asistencia y declare aceptar al hijo³³⁵.

En la LTRA, no se requiere que se trate de pareja estable. Por ello se incluye al varón que preste su consentimiento para que sus gametos sean aplicados, mediante técnicas de reproducción asistida, a la mujer con la que convive o, simplemente a mujer determinada.

Parece que el consentimiento del varón no es requisito de acceso,

³³³ LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 150. En este sentido se manifiesta la doctrina mayoritaria. Por todos, LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 94 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 224 (respecto de la IAD), y los allí citados.

³³⁴ MONTÉS PENADÉS, *op. ult. cit.*, pág. 965 afirma, acerca de la diferencia de ambos: «Lo que no cabe, en ningún caso, es una plena equiparación de la pareja estable y del matrimonio a efectos de determinación de la filiación, como parece pretender el art. 8.3 de la Proposición de Ley». El contenido de dicho artículo es el siguiente: «El hijo nacido por estas técnicas de procreación deberá ser considerado legalmente como hijo de la madre que lo gestó y del varón con el que ésta constituye matrimonio o pareja estable, siempre que éstos lo hayan aceptado previamente en los términos de esta Ley».

³³⁵ En la atribución de cargas paternales para la filiación fuera de matrimonio, *vide* el estudio comparativo y de Derecho Internacional, realizado por BOULANGER, en *Les rapports juridiques entre parents et enfants. Perspectives comparatistes et internationales*, Ed. Economica, Paris, 1998, págs. 76 y ss.

sino un «elemento del que puede deducirse y determinar jurídicamente la paternidad del ser que nazca»³³⁶. De hecho se admite que la mujer sola se someta a estas técnicas sin necesidad de concurrir ningún varón.

Ciertamente, en una pareja estable, el hijo es extramatrimonial y la determinación de la filiación se produce, como afirma MONTÉS PENADÉS, «mediante una suerte de reconocimiento de valor negocial que me resisto a calificar de adopción (para el caso del consorte que no aporte gametos, en el otro más claramente aún) porque tanto la estructura negocial como la eficacia son distintos e inasimilables»³³⁷.

1. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN PAREJA NO CASADA EN PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL VARÓN

1.1. Planteamiento

En este supuesto, una mujer se somete a técnicas de reproducción asistida, con el consentimiento de un varón que aporta los gametos masculinos, que puede convivir o no con la mujer. Como se ha indicado la LTRA no exige la convivencia ni la estabilidad, aun cuando éstas existen frecuentemente entre los usuarios de las técnicas de reproducción asistida.

Desde el punto de vista médico, en los supuestos en que existe convivencia, se pretende resolver el mismo problema que en la pareja casada, estudiado *supra*.

Empleadas tales técnicas en el supuesto que nos ocupa, su consecuencia puede ser el nacimiento de un niño, hijo de una mujer soltera. Aplicando la regulación del estado civil, se puede afirmar que constará, en principio como hijo extramatrimonial de una mujer soltera. El varón que consintió podrá reconocer al nacido, instar su inscripción por el artículo 49 de la LRC, y en su defecto, se podrá interponer una acción de reclamación de paternidad contra el presunto padre (en la que se aportará como prueba el consentimiento dado a la utilización de sus gametos

³³⁶ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 152. *Vide* también las críticas realizadas por LACRUZ en la nota 9 bis.

³³⁷ MONTÉS PENADÉS, *op. et loc. ult. cit.* Por el contrario, otros autores, en Derecho francés, califican el reconocimiento en IAD como una adopción por vía inadecuada. *Vide* NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1991, pág. 222.

en las técnicas realizadas a mujer determinada, y que vendrá corroborada por las pruebas biológicas)³³⁸.

1.2. Aspectos discutidos

Desde un punto de vista jurídico, no existe especialidad alguna, en principio, en la LTRA. En consecuencia, la filiación de los nacidos se determinará según el régimen general del Código Civil.

Como es sabido el hijo será extramatrimonial. Ahora bien, en el Código Civil no existe presunción de paternidad no matrimonial en el supuesto de que exista convivencia³³⁹ (que, como se ha indicado, no es necesaria, según la LTRA), por lo que se ha de determinar la paternidad según lo dispuesto por el artículo 120 de dicho texto legal.

Se pretende responder a las siguientes preguntas:

1.2.1. ¿Qué mujeres se incluirán en este supuesto, referido a la procreación homóloga con consentimiento de varón no casado con la solicitante?

1.2.2. ¿Qué regulación se aplica?

Se analiza a continuación cada una de las preguntas.

1.2.1. ¿Qué mujeres se incluirán en este supuesto?

a) Unos consideran que toda mujer salvo la casada (no separada legalmente ni de hecho) por expresa prohibición del artículo 6 de la LTRA, en sus párrafos 1.º y 3.º³⁴⁰.

³³⁸ Se ha de advertir que la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988 permite el acceso a las mismas a la mujer sola. Por ello, hay que matizar:

— Una mujer puede acudir sola, y solicitará IAD.

— O bien puede solicitar técnicas de reproducción asistida con consentimiento de un varón, que aportará el gameto masculino, o simplemente consentirá. Ciertamente si el varón no consiente, la mujer sola puede, sin duda, someterse a técnicas de reproducción asistida, pero con gameto de donante anónimo. El futuro (o actual) compañero podría, en su caso, efectuar un reconocimiento de complacencia.

³³⁹ El Código de Familia de Cataluña regula en su artículo 94 la presunción de paternidad respecto del hijo o hija no matrimonial.

³⁴⁰ Como ya se ha indicado, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, págs. 500-501, afirma: «de estar casada la mujer, la Ley sólo permite que la paternidad sea asumida

b) Otros entienden que puede someterse cualquier mujer ³⁴¹. Afirman que no existen argumentos suficientes para prohibir el acceso de la mujer casada a las técnicas de reproducción asistida sin consentimiento del marido. Deberá ser mujer casada con varón distinto del que consiente las técnicas. Por ello, el nacido será hijo no matrimonial de la mujer y el varón que consiente, independientemente del estado civil de la mujer, así como de las consecuencias respecto del matrimonio (causa de separación por incumplimiento del deber de fidelidad, respeto, etcétera). Ciertamente, si nace vigente la presunción de paternidad será necesario impugnar la filiación matrimonial para inscribir la extramatrimonial ³⁴².

En la práctica no se comprueba si la mujer está casada o no, según datos estadísticos procedentes del Registro de Cataluña —referido *supra*—, por lo que puede suceder, hipotéticamente, que una mujer casada solicite la utilización de estas técnicas con consentimiento de varón distinto de su marido ³⁴³.

De lege ferenda, sería deseable, en aras de una mayor seguridad jurídica, la limitación de la utilización de procreación homóloga en pareja no casada a personas solteras o, al menos casadas separadas legalmente ³⁴⁴. Ciertamente, se tratará de filiación no matrimonial en cuanto los padres no están casados entre sí.

por el marido». La explicación, según este autor, es la siguiente: «Expresamente no hay norma correlativa que impida al marido tener hijos con otra mujer mediante las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, debe entenderse existente tal norma para evitar discriminaciones por razón de sexo en relación con los efectos del matrimonio (cf. artículos 14 y 32 de la Constitución y 66 del Código Civil)».

³⁴¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, página 97.

³⁴² Incluso es posible que el marido crea que es su hijo, y en consecuencia deje actuar la presunción de paternidad. De este modo, el nacido sería, registralmente, hijo matrimonial de la mujer y su esposo, aun cuando cabría la posible acción de impugnación, según las reglas generales del Código Civil.

³⁴³ Ciertamente, si existe separación de hecho no es preciso el consentimiento, pero en ocasiones puede resultar difícil probar dicha separación.

³⁴⁴ De esta manera se evitaría la presunción de paternidad del marido —siempre que hubiesen transcurrido los plazos legales—, en su caso, y se facilitaría la inscripción de la paternidad extramatrimonial respecto del varón que consintió. Será un supuesto extraño, pero a tener en cuenta si se observa que el dato del matrimonio de la mujer no aparece en las estadísticas referidas.

1.2.2. ¿Qué regulación se aplica?

A) Antes de la LTRA

La paternidad se determinaba por el Código Civil. Sin embargo existían dos perspectivas:

a) Unos consideraban que al consentimiento para la utilización de las técnicas, debía seguir el reconocimiento ³⁴⁵.

b) Otros entendían que el consentimiento para someterse a las técnicas de reproducción asistida bastaba como reconocimiento ³⁴⁶. Entre estos autores, algunos exigían que se prestase el consentimiento para someterse a técnicas de reproducción asistida y expresamente se reconociese al nacido de dichas técnicas ³⁴⁷.

Algunos autores distinguen entre IA y FIV ³⁴⁸.

Incluso se llega a proponer el posible reconocimiento del *concepturus* ³⁴⁹.

³⁴⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 217; Díez DEL CORRAL RIVAS, «La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana», RDP, junio 1988, pág. 545; MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, págs. 241-242.

³⁴⁶ Acta general resumen del Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia (redactada por RAMS ALBESA), *Tapia*, Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia de Cáceres, Abril 1988, pág. 74. En la conclusión 5.ª se afirma: «La IAC en pareja no casada es admisible cuando conste fehacientemente el consentimiento del conviviente varón, que equivale a un reconocimiento»; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «La filiación inducida y las clasificaciones legales», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 129.

³⁴⁷ BERCOVITZ, *op. et loc. ult. cit.*

³⁴⁸ Díez DEL CORRAL RIVAS, *op. cit.*, págs. 545 y ss., propone en los supuestos de IA, la aplicación del artículo 120 del Código Civil en los siguientes términos:

— El párrafo 1.º es un reconocimiento expreso del hijo. No se considera suficiente el consentimiento prestado ante el Médico para que se proceda a la procreación artificial.

— El párrafo 2.º se considera aplicable al supuesto del varón que fallece o queda inhabilitado antes de reconocer formalmente al hijo. Se podrá determinar la paternidad por la vía del expediente del Registro Civil (artículo 49 LRC y 189 RRC).

— El párrafo 3.º posibilita la determinación de la paternidad por Sentencia, si el padre se niega a reconocer voluntariamente su paternidad, mediante la correspondiente acción de reclamación (que envolverá la de impugnación si otro varón inscribió su paternidad por reconocimiento de complacencia).

B) Después de la LTRA

La LTRA no regula ninguna especialidad para este supuesto. Por ello, se regulará según el Código Civil.

Será una solución similar a la del matrimonio, desde un punto de vista sustantivo, pero se ha de precisar que no existe presunción de paternidad.

Desde una perspectiva registral, teniendo en cuenta que coincide el elemento biológico y volitivo, en el momento de realizarse la técnica, una vez que se produzca el nacimiento, el varón puede reconocer según lo previsto en el artículo 120-1.º Si no realiza dicho reconocimiento, la paternidad se podrá determinar mediante sentencia que resuelva la acción de reclamación de paternidad. Se podrá probar solicitando prueba biológica, o bien mediante el escrito de consentimiento para la realización de las técnicas junto al expediente médico que acredita su realización. Ciertamente, parece que deberían separarse los aspectos médicos de los jurídicos, aun cuando ha de tenerse en cuenta que el consentimiento al acto médico necesario para la realización de estas técnicas tiene consecuencias jurídicas, como sucede en tantas otras materias. Así, la conducta del varón que consiente inseminación artificial, y luego no reconoce probablemente iría contra el principio de la buena fe y de no contravenir los propios actos.

¿Cabe aplicar a este supuesto el artículo 8.2 de la LTRA? En opinión de algunos autores, no. Las razones aducidas son, básicamente, las siguientes:

a) Según el artículo 7 LTRA, si no existe especialidad se aplica el Código Civil. Este supuesto no está previsto por la LTRA, luego ha de regularse por el Código Civil ³⁵⁰.

b) Por no reunir los requisitos previstos en el artículo 8.2 de la LTRA. Dicho precepto requiere que exista contribución de donante. Este presupuesto no concurre, por lo que no resulta aplicable ³⁵¹.

En FIV, matiza que el padre podrá reconocer al concebido, sin esperar el nacimiento, al amparo del artículo 29 del Código Civil. Precisa que si el padre fallece antes del nacimiento, cabe inscripción de paternidad por decisión judicial, reconocimiento solemne, o expediente registral basado en un escrito indubitado de reconocimiento expreso.

³⁴⁹ Vide BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, *op. cit.*, págs. 128 y ss.

³⁵⁰ BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), pág. 401.

³⁵¹ MONTÉS PENADÉS, «Primera lectura de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida», *La Ley-Legislación*, 1989-2, págs. 123 y ss.

Por su parte, otros entienden que es aplicable el artículo 8.2 por analogía³⁵².

Probablemente el artículo 8.2 pretende facilitar que el varón reconozca como hijo al nacido con intervención de donante.

Quizás sea aplicable el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, considerando que el consentimiento del varón es un escrito indubitado del padre en que expresamente reconoce la filiación. En el caso de IAD, se establece concretamente en el artículo 8.2 de la LTRA, y posiblemente en IAC no es necesario en cuanto que se incluye en el consentimiento que se presta, ya que se afirma que la aportación del gameto la realiza el varón que consiente. Ciertamente si en IAD sirve como escrito indubitado, con más razón en IAC. Ahora bien ha de matizarse que el consentimiento prestado para técnicas de reproducción asistida no parece que sea el adecuado para reconocer³⁵³.

Mayoritariamente la doctrina opta por la aplicación del artículo 120 del Código Civil³⁵⁴, es decir la necesidad de reconocimiento formal (artículo 120-1.º), resolución recaída en expediente registral (artículo 120-2.º en relación al artículo 49 LRC, considerando escrito indubitado, por aplicación del artículo 8.2 LTRA, el consentimiento a la fecundación prestado con anterioridad a las técnicas), sentencia firme que resuelva la correspondiente acción de reclamación (el expediente médico que acredite la realización de las técnicas en la mujer con material genético del

³⁵² RODRÍGUEZ CASTRO, en «La Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil», AC, N.º 47, 17-23 diciembre 1990, pág. 750, afirma: «(artículo 8.2). Aunque dicho artículo al hablar de “contribución de donante” parece que se está refiriendo a la IAD, resulta obvia su aplicación extensiva al supuesto de la IAC». En el mismo sentido, LLEDÓ YAGÜE, «Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ y YAGÜE), marzo 1994, pág. 360.

³⁵³ Algo parecido afirma BOURG, en *L'infertilité*. De Boeck-Wesmael, Bruselas, 1992, pág. 144, afirma: «la détresse et la dépendance de certains couples sont telles que leur collaboration à l'acharnement médical est souvent très éloigné du consentement “éclairé” qu'on pourrait idéalement souhaiter».

³⁵⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, v. II (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1992), págs. 1214-1215; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 497. Por todos, RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 158; en «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ y YAGÜE), marzo 1994, pág. 292.

varón demandado facilitará la prueba, ya que podrá considerarse como un «hecho de los que se infiera la filiación», según el antiguo artículo 135 del Código Civil, hoy artículo 767.3 LEC. A ello podría añadirse que consentir la IAC y luego no reconocer iría contra los propios actos. Además la prueba biológica acreditaría la paternidad del varón, según las reglas generales del Código Civil).

Una postura matizada puede observarse en DÍEZ PICAZO quien afirma: «En este caso, existe una filiación extramatrimonial respecto de la madre, determinada por el hecho del parto, de acuerdo con las reglas del Código Civil. Falta, sin embargo, una norma que resuelva el problema de la paternidad y que evite la necesidad del ejercicio de una acción de reclamación de la filiación, pues el artículo 120 del Código Civil sólo permite que la filiación quede determinada legalmente cuando exista reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público, y el consentimiento prestado por el padre para la utilización de las técnicas, al que no se exige forma solemne e indubitada, no parece reunir los requisitos exigidos por el Código Civil. No obstante, lo dispuesto en los artículos 8.2 y 9.3 de la Ley debe permitir llegar a esa conclusión»³⁵⁵.

3.º Opinión personal

El fundamento del artículo 8.1 puede ser impedir que el varón pretenda evitar las consecuencias de la paternidad. Por ello para proteger al nacido se regula así en IAD en caso de matrimonio y se considera que en IAC no es necesario, ya que se podrá determinar la paternidad por las reglas ordinarias. Pero en IAC en pareja no casada, se exigirá juicio si el padre no reconoce voluntariamente.

Respecto del artículo 8.2, considero que lo lógico sería que si el consentimiento para IAD sirve como escrito indubitado para tramitar el expediente previsto en el artículo 49 de la LRC cuando se utiliza material genético de donante, con mayor razón ha de surtir los mismos efectos en el caso de que el varón aportase el elemento biológico y volitivo.

Lo deseable sería que la pareja preste su consentimiento a IAC o IAD en documento público. En la práctica, quizás fuera suficiente la prestación del consentimiento en documento público en los supuestos de IAD, ya que en los de IAC será poco representativo el número de

³⁵⁵ DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. v. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 6.º Edición, 1992, pág. 279.

casos en que se preste consentimiento a las técnicas y, después no se reconozca al nacido, ya que es sabido que la acción de reclamación de la paternidad prosperará.

1.3. Propuestas de *lege ferenda*

En definitiva, *de lege ferenda*, se propone que se preste, en documento público, el consentimiento para someterse a IAC y para asumir la paternidad de nacidos como consecuencia de la aplicación de las mismas, en el supuesto de pareja no casada. De este modo, se inscribirá la paternidad en el Registro Civil según el artículo 120-1.º del Código Civil.

1.4. Recapitulaciones

No se requiere que exista estabilidad, acreditada por un periodo previo de convivencia, entre quienes consienten las técnicas.

Este supuesto no está regulado expresamente por la LTRA, luego se aplica el régimen vigente establecido por el Código Civil, según la remisión del artículo 7.1 de la LTRA, es decir se determinará la paternidad por los medios previstos por el artículo 120 del Código Civil, con la matización de que el consentimiento para IAC podrá servir como escrito indubitado a los efectos previstos por el artículo 49 LRC.

Por otra parte, no es aplicable el artículo 8.2 de la LTRA, que prohíbe la impugnación de la paternidad en caso de contribución de donante, pues este precepto pretende evitar que prosperen las acciones de impugnación con fundamento en la prueba biológica de paternidad (que obviamente resultaría negativa respecto del varón que consintió). Es un precepto específico para procreación heteróloga.

2. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN PAREJA NO CASADA EN PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL VARÓN

2.1. Planteamiento

Dentro de la filiación extramatrimonial en la pareja no casada, en este caso el varón aporta el elemento biológico, pero no el elemento volitivo.

Este supuesto no se regula expresamente en la LTRA, por lo que se aplicarán las reglas generales del Código Civil, según lo dispuesto en el artículo 7 de la propia LTRA.

Aun cuando la LTRA no exige convivencia ni estabilidad, los supuestos más habituales se producirán cuando una mujer que convive en pareja se somete a técnicas de reproducción asistida, y el varón puede pensar, ignorando la realización de las mismas, que el nacido es hijo suyo.

Desde un punto de vista médico, se dirige a resolver, en los casos que existe convivencia —que, como se ha indicado, no es requisito legal—, los mismos supuestos que cuando existe matrimonio.

Desde un punto de vista práctico, el supuesto más habitual será aquel en el que se otorgó el consentimiento, y posteriormente se revocó. También se incluirían aquellos en que habiéndose obtenido el semen por métodos diversos, el varón no consintió la utilización del mismo para técnicas de reproducción asistida; por ejemplo en el supuesto de obtenerse para la realización de pruebas médicas, y sin embargo la mujer se sometió a técnicas de reproducción asistida con dicho material genético y posteriormente nació un niño que procede del varón ³⁵⁶.

2.2. Aspectos discutidos

La mayor parte de los autores no analizan específicamente este supuesto, ya que consideran requisito básico el consentimiento prestado por el varón ³⁵⁷.

RIVERO HERNÁNDEZ, expresamente afirmaba en 1989: «Si la inseminación se ha efectuado sin el consentimiento del varón, la solución es más discutible: cabe alegar que apenas se diferencia del mero donante

³⁵⁶ El caso no es meramente teórico. Así Boris Becker, ante reclamación de paternidad, alega que la mujer se sometió a inseminación artificial con su material genético, pero sin su consentimiento. Cfr. *Diarios As y ABC* de 18 de enero de 2001 y *El País* de 19 de enero de 2001. Posteriormente en *El País* de 8 de febrero de 2001, se informa de que la prueba biológica resultó positiva, lo cual propició la confesión de su progenitor, declarando: «Reconozco mi paternidad. Asumo la responsabilidad».

³⁵⁷ En la doctrina extranjera, se da gran relevancia a la voluntad. Así, por ejemplo, VERCCELLONE, «La fecondazione artificiale», *Politica del Diritto*, n.º 3, XVII, 1986, en pág. 390, afirma: «E padre colui il cui seme è stato usato per la fecondazione di una donna ma solo se egli ha voluto che tale suo seme fosse usato appunto per la fecondazione di una donna». TRABUCCHI, «Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista», *Rivista di Diritto Civile*, 1986-I, pág. 500, afirma: «Coincidenza, quindi, dimostrata o presunta, di due fattori: fattore di verità e fattore di responsabilità».

anónimo, [...] La decisión y responsabilidad única de ese nacimiento corresponde a la madre: atribuir el hijo a su compañero, que ni quiso ni sabía el destino que iba a darse a su material genético, puede parecer demasiado fuerte y quizá injusto»³⁵⁸.

Posteriormente, en 1994, propugna la interposición de acción de reclamación de la paternidad, «con difícil pronóstico sobre su éxito»³⁵⁹ por las siguientes razones:

a) Podría prosperar por el principio del *favor filii* y por la procedencia genética.

b) Se podría enervar por no existir consentimiento del varón para esta técnica.

Insiste en la gran dificultad del caso, cuya solución es discutible. De hecho, posiblemente la solución será variable mientras no exista jurisprudencia asentada.

En estos casos deberá tenerse en cuenta la responsabilidad del varón.

Ciertamente, dicho varón que no consintió podrá realizar un reconocimiento (que RIVERO denomina «de complacencia»³⁶⁰) por la vía del artículo 120-1.º del Código Civil.

En el supuesto de que por medios naturales se produzca la fecundación contra la voluntad del varón, por «accidente o engaño», éste no es relevante, ya que una vez que se haya producido el nacimiento, puede suceder:

a) Que el varón realice el reconocimiento.

b) que no reconozca, en cuyo caso se podrá ejercer la acción de filiación, que prosperará por la prueba biológica de paternidad que resultará positiva.

³⁵⁸ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 158. En la edición de 1997, pág. 528, en este párrafo, añade: «al menos en el sistema actual de la Ley».

³⁵⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ Y YAGÜE), marzo 1994, página 294.

³⁶⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, marzo 1994, pág. 293. Obsérvese que este denominado reconocimiento de complacencia tiene una base genética indudable.

De cualquier modo quedará determinada la paternidad respecto del varón. Ciertamente, hubo relación sexual de la que derivó dicho nacimiento, relación que no existe en técnicas de reproducción asistida, es decir, el supuesto es distinto. Sin embargo, en procreación artificial, cabe que el semen se haya obtenido por métodos, que de suyo no dan lugar a la procreación, por lo que el varón no asumió ni siquiera la posibilidad de ser padre. La conducta de la mujer es la causa de que se produzca el nacimiento. Sin embargo, cabe plantearse si el hecho de que la mujer realice tal conducta debe tener como consecuencia la ausencia de filiación paterna en el nacido. A mi juicio, por ser el material genético suyo y por el principio del *favor filii*, parece probable que el varón será declarado padre. A ello se añade la dificultad del varón de probar que no se trata de fecundación natural³⁶¹, y en su caso que no prestó consentimiento³⁶². Por otra parte, el varón podrá reclamar al Centro o a la mujer por esta causa, para el eventual caso de que pueda probarlo.

Es posible que el varón consintiese y luego revocase. Se pueden distinguir dos supuestos:

a) Si revoca antes de la realización de las técnicas de reproducción asistida, no se practicará esta intervención³⁶³.

b) Si la revocación se pretende después de realizadas las técnicas, no se admitirá, y el consentimiento que se prestó para asumir la paternidad surtirá todos sus efectos. Podrá reclamarse la paternidad, sirviendo tal escrito de consentimiento como prueba directa de la generación. El varón responderá civilmente ante la madre y deberá alimentos al nacido. En caso contrario, supondría un perjuicio para el nacido en cuanto que carecería de padre (salvo que posteriormente otro varón realizase un reconocimiento de complacencia).

En definitiva, si el varón consigue probar que el hijo no nació como consecuencia de procreación natural, sino como consecuencia de la utilización de las técnicas por la mujer sin su consentimiento es dudosa la solución de los Tribunales, teniendo en cuenta el *favor filii*.

Si no consigue probarlo, se entenderá que nació de procreación natural, y si se ejerce una acción de reclamación de paternidad, solicitando

³⁶¹ Esta prueba quedará facilitada si existen causas médicas que impiden la fecundación natural.

³⁶² Quizás puede ser un documento de interés el expediente médico de realización de las técnicas en la mujer, en el que no consta el consentimiento del varón.

³⁶³ Podrá practicarse IAD en mujer sola, pero este supuesto es distinto.

la correspondiente prueba biológica, ésta resultará positiva, y se determinará la paternidad respecto de dicho varón.

2.3. Propuestas de *lege ferenda*

Se han de adoptar las medidas preventivas adecuadas para evitar que este supuesto se produzca en la realidad. Se proponen las siguientes:

1. El varón consentirá en documento público:

a) La utilización de sus gametos, mediante técnicas de reproducción asistida, en mujer determinada.

b) La asunción de paternidad.

Este documento público será medio para inscribir la paternidad en el Registro Civil, según el artículo 120-1.º del Código Civil.

Ciertamente, sería un reconocimiento de un *concepturus*, que ya no es tan futurible, como se pretendía a comienzos de siglo. Probablemente, mediante una interpretación sociológica del artículo 29 del Código Civil, se podría argumentar que el consentimiento será válido, aun cuando se preste antes de la concepción ³⁶⁴.

Se pueden plantear los siguientes supuestos ³⁶⁵:

1. Una pareja consiente en documento público una IAC, se realiza con éxito, y posteriormente se inscribe la paternidad en el Registro Civil (mediante la escritura pública y el parte de nacimiento). Probablemente, este documento podría servir (junto al correspondiente parte de nacimiento) para inscribir otros nacidos por el mismo procedimiento, y de los mismos progenitores. Ha de tenerse en cuenta que no se reconocen *nasciturus*, sino *concepturus*. Por ello deberá aplicarse la interpretación sociológica que permita su reconocimiento, basado en el principio del *favor filii* ³⁶⁶.

³⁶⁴ Cfr. en el capítulo dedicado a la fecundación *post mortem*.

³⁶⁵ Obsérvese que son supuestos en que se evita la falta de consentimiento, es decir concurre éste, y por tanto se reconducen al apartado anterior.

³⁶⁶ Vide BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «La filiación inducida y las clasificaciones legales», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 129.

2. Una pareja consiente en documento público una fecundación *in vitro*, se realiza con éxito, y posteriormente se inscribe la paternidad en el Registro Civil. Si se realiza de nuevo el procedimiento completo, se plantea un supuesto similar al del apartado 1) y se trata del reconocimiento de un *concepturus*. Ahora bien, si de la primera fecundación *in vitro* quedaron embriones congelados³⁶⁷, y el progenitor reconoce en un documento posterior³⁶⁸, se aplicaría directamente el artículo 29 del Código Civil si se considera que sería un *nasciturus*, o mediante interpretación sociológica si se exige la implantación del embrión para calificarlo como *nasciturus*.

Parece que para ser *nasciturus* sería precisa la transferencia del embrión al útero.

Además sería deseable que la posible revocación de consentimiento para IAC se realizase en documento público, ante Notario, y se inscribiese en el correspondiente Libro del Registro Central.

2.4. Recapitulaciones

Se han de adoptar todas las medidas posibles, con la mayor seguridad jurídica, para evitar que se produzcan supuestos en los que no existe consentimiento del convivente, y sin embargo, es el progenitor del nacido.

La revocación del consentimiento tras la realización de las técnicas de reproducción asistida no surtirá efectos, ya que el nacido quedaría sin padre (a salvo de un posible reconocimiento posterior del varón de quien procede el semen).

Ahora bien, si en la realidad se produce este supuesto, el varón deberá probar que el nacido procede de tales técnicas sin su consentimiento. Si no se prueba la utilización de dichas técnicas, se aplicarán las reglas generales del Código Civil, y en consecuencia, se determinará la paternidad mediante la correspondiente prueba biológica, cuyo resultado será positivo. En definitiva, se trata de un supuesto de difícil prueba, y aun cuando se consiga probar que nació por tales técnicas, es dudosa la solución de nuestros Tribunales, teniendo en cuenta el *favor filii*.

³⁶⁷ Desde diversos puntos de vista es discutida la naturaleza jurídica de los embriones congelados, materia que no es objeto del presente estudio.

³⁶⁸ Es discutida la naturaleza que deba tener este documento. *Vide* en este sentido GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S.A., 1995), págs. 190 y ss.

3. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN PAREJA NO CASADA EN PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL VARÓN

3.1. Planteamiento

En este apartado se analiza el supuesto en el que una mujer es receptora de material genético de donante, con el consentimiento de un varón —que no es su marido ni en el momento de realización de las técnicas ni en el del nacimiento— que puede ser su conviviente (estable o no), ya que la ley no exige convivencia ni estabilidad.

Se han de recordar en procreación heteróloga las siguientes ideas: 1.^a) La relevancia de la voluntad del varón que consiente en la determinación de la paternidad; 2.^a) El donante no será considerado en ningún caso padre del nacido. De hecho donó semen en régimen de anonimato, y legalmente, el artículo 8.3 de la LTRA establece de manera tajante: *La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación.*

Asimismo, por el hecho de tratarse, en su caso, de pareja heterosexual no casada, se ha de indicar que no existe presunción de paternidad³⁶⁹ y, la filiación se determinará por los medios del artículo 120 del Código Civil:

- 1.º Reconocimiento.
- 2.º Expediente registral.
- 3.º Sentencia.

Se discute cuál es, en este caso, el objetivo del consentimiento del varón.

³⁶⁹ Me refiero al ámbito del Código Civil, ya que en el Código de Familia de Cataluña, por ejemplo, existen presunciones de paternidad relativas a la filiación no matrimonial. En el artículo 94 de dicho texto se establece:

1. *Se presume que es padre del hijo o hija no matrimonial:*
 - a) *El hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de concepción.*
 - b) *El hombre con el que la madre ha mantenido relaciones sexuales en el período de la concepción.*
 - c) *El hombre que ha reconocido la paternidad tácitamente o de forma diferente a la indicada en el artículo 93.*
2. *Las presunciones a que hace referencia el apartado 1 pueden ser destruidas mediante toda clase de pruebas en el correspondiente juicio.*

Si bien inicialmente se planteó que se dirigía a posibilitar la práctica de reproducción asistida como requisito formal³⁷⁰, tras la regulación dada por la LTRA (que admite la utilización de las técnicas por mujer sola), la doctrina entiende que su finalidad es que el varón asuma la paternidad del hijo³⁷¹.

Desde un punto de vista médico, es aplicable lo contemplado cuando existía matrimonio entre los solicitantes de las técnicas, para el caso de que exista convivencia.

Desde un punto de vista práctico, nace un niño de una mujer no casada³⁷². Habitualmente, el varón reconocerá al nacido, según establece el artículo 120-1.º del Código Civil³⁷³, sin dejar constancia de la utilización de las técnicas de reproducción asistida en el Registro Civil (como lo prevé el artículo 7.2 de la LTRA: *En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación*). Sucederá así en cumplimiento de la Ley, y por deseo de la pareja, como ya se indicó en los supuestos de matrimonio.

Sin embargo, pueden plantearse las siguientes situaciones:

a) El varón que consintió inseminación artificial con intervención de donante se niega a reconocer.

En este supuesto, si nadie se opone, por aplicación del artículo 8.2 de la LTRA, se tramitará el correspondiente expediente registral, previsto en el artículo 49 LRC³⁷⁴.

³⁷⁰ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 152.

³⁷¹ Vide CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 99. Apunta que antes de la LTRA, el consentimiento no era título de atribución, ni impedía la impugnación de la paternidad, ya que no era renuncia tácita de la acción de impugnación. En este sentido, la doctrina entiende que las acciones de filiación son acciones de estado y, en consecuencia, irrenunciables y no susceptibles de transacción.

³⁷² Parece que será lo habitual. Ciertamente puede producirse el nacimiento de un niño de mujer casada no separada legalmente ni de hecho. En principio, regirá la presunción de paternidad, y posteriormente, impugnada la paternidad respecto del marido, el varón que convive con la mujer receptora (aunque ciertamente, no es necesario que conviva, parece lo más probable) reconocerá al nacido. Podría objetarse que quizás no lo reconozca, y sea preciso recurrir al expediente, regulado en el artículo 120-2, o incluso a una acción de reclamación de paternidad.

³⁷³ En el supuesto de que el varón reconozca —a sabiendas de que no aportó gameto masculino— afirma su voluntad de ser el padre del nacido. Existe, en consecuencia un predominio de declaración de la voluntad sobre la de ciencia.

³⁷⁴ Hay que advertir que frecuentemente se opondrá al expediente el varón que se negó a reconocer.

Si alguien se opone, será preciso ejercitar acción de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado, para dar eficacia al consentimiento contra quien lo prestó para que una mujer determinada se sometiese a inseminación artificial con donante, según el artículo 120-3.º del Código Civil y 8.2 de la LTRA. Esta acción podrá ser ejercitada por la madre en representación del hijo, según el antiguo artículo 129 del Código Civil (hoy artículo 767.2.º y 1.º LEC)³⁷⁵.

Ciertamente el varón podrá impugnar la paternidad, pero difícilmente prosperará dicha acción debido a que la madre podrá aportar el expediente médico. De este modo, se probará que el varón actúa contra sus propios actos.

b) Negativa de la madre a que el varón reconozca al nacido.

En este caso, en primer lugar se pretenderá la tramitación de un expediente registral. Si la madre se opone, se intentará una acción de reclamación de paternidad. Pero, según la propia dicción del artículo 133 (referido a la acción de reclamación de la paternidad sin posesión de estado), el varón no está legitimado. Sin embargo la jurisprudencia le reconoce legitimación³⁷⁶.

Antes de la LTRA, parece que sólo podría determinarse la paternidad mediante un reconocimiento posterior a la concepción (mientras no se impugne) o una adopción después del nacimiento³⁷⁷.

Ahora se aplicará el artículo 8.2 LTRA y el Código Civil, como se verá en el apartado siguiente.

³⁷⁵ Vide CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, quien en págs. 122-123 afirma: «A simple vista no parece que tal acción vaya a tener mucho éxito, ya que la prueba de la no paternidad biológica es clara, y si como principio de prueba para que sea admitida la demanda se presenta el consentimiento para la IAD, con ello se presenta al mismo tiempo la prueba de la no paternidad».

»Pero no olvidemos que el artículo 7 LTRA habla de especialidades y, aunque no lo dijo expresamente, al mencionar la acción de filiación en el artículo 8-2 LTRA, hay que entender que el legislador quiso dar un arma más para poder establecer un lazo de filiación, y para ello es necesario entender que, en contra de lo que ocurriría en una hipótesis de fecundación natural, la acción basada en la prueba de la IAD, o lo que es lo mismo en la prueba de no paternidad, prosperará». De esta manera, el espíritu del artículo 8.1 y 8.2 es el mismo: «ligar permanentemente» al hijo nacido de IAD respecto del marido o compañero de la madre.

³⁷⁶ Vide las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 5-11-1987, 10-3-1988, 3-6-1988, 30-6-1988, 8-7-1991. Más recientemente, se pronuncian en el mismo sentido las sentencias de 29-12-1997, 30-3-1998, 19-5-1998 y 20-6-2000.

³⁷⁷ Vide MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 244; VIDAL MARTÍNEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil español*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pág. 151.

3.2. Aspectos discutidos

Según el artículo 7 de la LTRA se ha de aplicar el régimen general, salvo las especialidades establecidas en la propia Ley, en concreto, el artículo 8.2, que establece: *Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad.*

Los aspectos discutidos, son básicamente, los siguientes:

3.2.1. Interpretación del artículo 8.2, proposición 1.^a

Inicialmente fue objeto de duras críticas³⁷⁸. Posteriormente, se pueden señalar las siguientes opiniones:

a) Algunos entienden que dicho documento es un reconocimiento de no paternidad. Así DÍEZ PICAZO y GULLÓN afirman: «El artículo 49 LRC permite que se inscriba la filiación extramatrimonial mediante expediente gubernativo, aprobado por el Juez de Primera Instancia, siempre que exista “escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca la filiación”. Es muy difícil, por no decir imposible, considerar como escrito de reconocimiento de la paternidad el escrito consintiendo la fecundación de una mujer con el semen de un tercero, porque, en rigor, el autor del documento lo que está haciendo es reconocer que la paternidad no es suya. Sin embargo, el sentido de la Ley parece propender a que con el documento en que preste el consentimiento a la fecundación artificial puede inscribirse y quedar legalmente determinada la filiación respecto del consentidor»³⁷⁹.

³⁷⁸ Por todos, PANTALEÓN PRIETO, en «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, diciembre de 1988, pág. 26, afirma: «se trata de una norma sencillamente grotesca»; en «Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, mayo-agosto 1993, pág. 145-146, la califica de «norma absolutamente absurda». *Vide* cómo argumenta y ofrece razonamientos en contra de lo propuesto en primer lugar. Le parece aceptable que «esta Ley hubiese dado a aquel consentimiento (formalizado en documento público y acompañado del expediente médico en que figuren los datos de la procreación artificial) el valor de un nuevo título de determinación legal de la paternidad no matrimonial, a añadir a la lista de los establecidos en los tres primeros números del artículo 120 del Código Civil».

³⁷⁹ DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. v. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. 1997, págs. 283-284.

b) Otros consideran que «la paternidad del nacido corresponde al varón que ha prestado el consentimiento de referencia, que conlleva una asunción de responsabilidad y del rol social de padre»³⁸⁰. Claramente se refiere a quien se califica como padre jurídicamente.

c) Otros apuntan que el consentimiento del varón es un reconocimiento de complacencia, una ficción legal *contra natura rerum*. En este sentido, afirma GARCÍA CANTERO: «Lo que la Ley exige es el consentimiento para que la mujer utilice las técnicas de reproducción asistida, al que se atribuye valor de “escrito indubitado” a efectos del artículo 49 de la Ley del R.C.; se trata de otra *fictio iuris contra natura rerum*, pues lo que viene a reconocer implícitamente es no haber procreado el hijo así nacido; podría calificarse de “reconocimiento de complacencia” que la Ley fomenta para dar un padre al hijo así nacido»³⁸¹.

Desde mi punto de vista, la Ley pretende que el consentimiento dado para la utilización heteróloga de las técnicas sirva de escrito indubitado para determinar la paternidad a través de expediente. Se trata, pues, de un supuesto al que la ley vincula la atribución de paternidad legal (no se menciona la progenitura).

Quizás, como apunta GARCÍA CANTERO, habría sido más apropiado configurarlo como un reconocimiento. De este modo sería más ventajoso para el nacido, ya que si el varón consiente que una mujer se someta a las técnicas de reproducción asistida, y posteriormente no reconoce al nacido, o existe oposición al expediente (o si en ambos casos el consentimiento no se prestó debidamente), será precisa una acción de reclamación de paternidad basada en el consentimiento, dado que no existe presunción de paternidad (en el territorio sujeto al Código Civil). Obsérvese que la prueba no se referirá a la biología, sino que frente al varón deberá probarse que ha actuado contra sus propios actos, en perjuicio del *favor filii*, y fundamentalmente, que consintió, presupuesto legal de la atribución de paternidad, conforme al artículo 8.2 LTRA.

Por ello, *de lege ferenda*, sería aconsejable que se exigiese escritura pública para la prestación del consentimiento de quienes se sometan a

³⁸⁰ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, págs. 158-159.

³⁸¹ GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 234.

técnicas de reproducción asistida, con semen de donante, y se calificase como título de determinación de la paternidad. Así se protegería mejor al nacido, cuya filiación quedaría determinada con mayor estabilidad.

3.2.2. Interpretación del artículo 8.2 *in fine*

Pretendo responder al interrogante: ¿Qué significa *Queda a salvo la reclamación judicial de la paternidad* (artículo 8.2 *in fine*)?

La doctrina ha criticado esta norma por su falta de claridad. Así GARCÍA CANTERO afirma: «la norma prosigue que “queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”; pero no aclara a favor de quién; ¿del varón conviviente con la madre, del padre biológico donante del semen?»³⁸².

Por su parte DÍEZ PICAZO y GULLÓN manifiestan: «La ambigüedad de la Ley alcanza su punto máximo cuando en esa misma hipótesis dice que “queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad”, lo que no se termina de saber bien a quién se refiere, si al varón que convive con la madre y consiente la fecundación de ésta o al padre biológico, aunque, según dijimos, la tendencia general de la Ley permite pronunciarse en el primer sentido»³⁸³.

A continuación me referiré a la legitimación y supuesto en que se plantea la acción de reclamación:

A) Legitimación

1.º Legitimación activa.

Hipotéticamente, podría reclamar la paternidad, en principio:

a) El donante, pero se encuentra excluido expresamente por el artículo 8.3 LTRA.

b) El varón que consiente³⁸⁴.

³⁸² GARCÍA CANTERO, *op et loc. ult. cit.*

³⁸³ DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. v. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. 1997, pág. 284.

³⁸⁴ MONTÉS PENADÉS, «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», *AC*, diciembre 1994, pág. 973.

Como es sabido el artículo 133 del Código Civil —pensado para procreación natural— no reconoce legitimación activa al varón para reclamar la filiación no matrimonial faltando la posesión de estado. Siguiendo dicho texto, algunos autores entienden que el varón no está legitimado para reclamar dicha filiación³⁸⁵. Sin embargo, otros autores consideran que el varón está legitimado³⁸⁶. La jurisprudencia reconoce legitimación al varón en estos supuestos relativos a la procreación natural³⁸⁷.

El artículo 8.2 LTRA considera padre legal al varón que consintió, y el artículo 133 del Código Civil, según interpretación jurisprudencial consolidada reconoce legitimación activa al padre en caso de filiación no matrimonial. Por ello cabría entender, en una interpretación conjunta de estos preceptos que el varón que consintió tendrá legitimación para reclamar dicha paternidad. Además este régimen general del Código Civil es aplicable cuando no exista especialidad, según lo dispuesto en el artículo 7 LTRA.

c) El hijo. Así GARCÍA CANTERO afirma: «como no es automático el funcionamiento del mecanismo legal, hay que reconocer al hijo acción para exigir la determinación de la paternidad respecto al varón que con-

³⁸⁵ El artículo 133 del Código Civil establece: *La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida.*

Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

GARCÍA CANTERO, «Legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial, sin posesión de estado. (Crítica a una dirección jurisprudencial de la Sala 1.ª del T.S.)», *Revista Jurídica del Notariado*, 2000, pág. 325, aboga por una interpretación literal en los siguientes términos: «Creo, [...] que la interpretación literal del artículo 133 párrafo 1.º no es ya una exégesis superficial y apresurada del mismo, sino, por el contrario, el resultado lógico y sistemático de una interpretación reflexiva y concienzuda, que no descuida las exigencias de la realidad social ex artículo 3.1.º C.c., ni los postulados constitucionales».

En el mismo sentido, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 124, afirma «El padre [...] carece de legitimación puesto que para ejercitar esta acción sólo está legitimado el hijo (artículo 133 del Código Civil) y, en su caso, los herederos del mismo».

³⁸⁶ OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Comares, Granada, 1993, pág. 263; RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 131; O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La acción de investigación de la paternidad en la jurisprudencia», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ Y YAGÜE), marzo 1994, pág. 554.

³⁸⁷ *Vide* las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 5-11-1987, 10-3-1988, 3-6-1988, 30-6-1988, 3-12-1988, 5-2-1990, 23-2-1990. En esta última se afirma: «esta tesis de la legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la doctrina de esta Sala».

sintió, ejercitando el procedimiento previsto en el artículo 8.2»³⁸⁸. A tal efecto podrá ser representado por su madre.

2.º Legitimación pasiva.

Mayoritariamente la doctrina entiende que se refiere al varón que consintió y no al donante de gametos, aun cuando se plantee en alguna ocasión inicialmente la duda³⁸⁹.

Si reclama la paternidad el varón que consintió, la legitimación pasiva corresponde al hijo y, si la maternidad está determinada legalmente, también a la madre.

B) Supuestos en que se plantea

Respecto a este aspecto me parecen interesantes las opiniones de LLEDÓ YAGÜE y MONTÉS PENADÉS.

LLEDÓ YAGÜE matiza limitando su aplicación a los supuestos en que hubo oposición al expediente gubernativo: LLEDÓ YAGÜE afirma: «Lo que no parece muy sensato en función de la *mens legislatoris* que impregna el texto legal que el donante pudiera reclamar la filiación, pues como sabemos la ley que analizamos, fundamentalmente en su artículo 5, le priva de toda relación de parentesco con relación al hijo nacido como consecuencia de la aportación al banco de Semen de su material reproductor.[...] tampoco parece que el hijo fuera el legitimado [...] ya que a él tampoco se le concede acción para reclamar la filiación biológica del donante con todos los efectos inherentes a la filiación (artículo 5 y 8 Ley Reproducción Humana asistida). Por tanto sólo cuando el expediente gubernativo no hubiera obtenido la resolución por haber mediado oposición del Ministerio fiscal o de parte interesada...»³⁹⁰.

MONTÉS PENADÉS, interpretando este apartado, (en un estudio primerizo, según su propia calificación), expresa muy acertadamente: «o no

³⁸⁸ GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 234. En el mismo sentido, Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. v. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 1997, pág. 284, afirman: «Paradójicamente el hijo tiene una acción de reclamación judicial de la paternidad frente a quien no es biológicamente su padre».

³⁸⁹ Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. v. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 1997, pág. 284.

³⁹⁰ LLEDÓ YAGÜE, «La Ley de la reproducción humana asistida o la culminación de un despropósito, su posible inconstitucionalidad», *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, julio-agosto 1989, pág. 346.

significa nada, y debería suprimirse, o, no siendo ello posible, ser objeto de una interpretación correctora, o bien implica nada menos que cabe una reclamación judicial que no puede basarse en el hecho biológico, toda vez que, por hipótesis, está reconociendo quien interviene en la reproducción. Entendemos que esta referencia a la reclamación judicial se refiere a los supuestos en que no tenga eficacia su consentimiento para la determinación, o en los que realmente no se haya utilizado lo que la Ley llama su contribución en la fecundación»³⁹¹. Posteriormente, de manera más tajante, considera: «Esta acción de reclamación, entiendo, debe ser la que cabe entablar en base al mismo escrito o documento, y no la que pudiera interponer el donante de semen, pues en el sistema de la Ley ni tal donante asume paternidad, ni tendría sentido la consideración como escrito indubitado a los efectos legalmente indicados del documento a que se refiere el artículo 8.2»³⁹².

Por ello, parece adecuado considerar que se trata de una acción de reclamación de la paternidad con fundamento en el escrito o documento para aquellos supuestos en que no se produce la inscripción según el artículo 49.2 de la LRC porque existió oposición al expediente o porque el consentimiento no se prestó adecuadamente³⁹³.

Como se ha indicado, la jurisprudencia reconoce legitimación al varón para reclamar la filiación no matrimonial cuando no existe posesión de estado. Aplicando dicha interpretación al supuesto de procreación artificial, entiendo que el varón —que consiente la aplicación de técnicas de reproducción asistida en mujer determinada—, y el hijo —nacido a consecuencia de las mismas—, podrán interponer acción de reclamación de paternidad cuando no se inscribió según lo dispuesto en el artículo 49 LRC porque la interpretación jurisprudencial señalada respecto del régimen general del Código Civil, y éste es aplicable cuando no exista especialidad según lo dispuesto en el artículo 7 de la LTRA, permite que el padre impugne la paternidad matrimonial porque reclama su paternidad extramatrimonial o simplemente reclame su paternidad no matrimonial.

³⁹¹ MONTÉS PENADÉS, «Primera lectura de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida», *La Ley-Legislación*, 1989-2, pág. 127.

³⁹² MONTÉS PENADÉS, «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», *AC*, diciembre 1994, pág. 973.

³⁹³ MONTÉS PENADÉS, en «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», *AC*, diciembre 1994, pág. 967, afirma: «el consentimiento viciado del varón no casado, hará inaplicable la consecuencia del artículo 8.2 de la misma Ley, perdiendo la consideración de escrito indubitado aquel en que se contenga, a los efectos allí previstos».

En definitiva, considero:

a) Que el varón podrá reclamar la paternidad cuando —tras la inscripción de la filiación materna—, pretenda reconocerlo y la madre se oponga, al amparo de lo dispuesto en el artículo 124 del Código Civil ³⁹⁴ o cuando exista oposición al expediente gubernativo.

b) Que el hijo podrá interponer acción de reclamación en esos supuestos y además cuando el varón no lo haya reconocido.

Puede limitarse al supuesto de expediente gubernativo en coherencia con el artículo 8.2 LTRA o ampliarse también a los supuestos en que falta reconocimiento. Me parece que debe hacerse una interpretación amplia, inspirada en el principio del *favor filii*, pues se trata de reclamar la paternidad, lo que en principio será beneficioso para el nacido.

3.º Interpretación y posible aplicación del artículo 8.1 a las parejas no casadas.

Unos autores propugnan la aplicación de dicho precepto a las parejas no casadas. Así, RIVERO HERNÁNDEZ afirma: «Para los casos de fecundación artificial de mujer que mantiene convivencia estable *more uxorio*, cuando el varón ha consentido la fecundación heteróloga, la Ley no establece la privación de las acciones de impugnación, que establece en cambio para el caso de matrimonio el artículo 8.1. Pensamos que la solución debe ser la misma y que tampoco en este caso debe permitirse ni al varón ni a la mujer la acción de impugnación de la filiación» ³⁹⁵.

³⁹⁴ Artículo 124: *La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.*

No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

³⁹⁵ Por la doctrina mayoritaria, RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 159, afirma: «la aplicación analógica del artículo 8.1 es perfectamente viable, obligada. Se exceptuará, claro está (como en la hipótesis de pareja casada e IAD), el caso en que el hijo haya nacido por hecho distinto de la fecundación artificial consentida por el “varón”; en tal caso nada permite vincular a éste aquél nacido: ni lo genético, que le es ajeno, ni lo volitivo, pues su consentimiento era para esa IAD, y ha sido desatendido y engañado. No se le puede negar en tales condiciones la impugnación, sujeta ésta ya a las normas ordinarias»; Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. v. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 1997, pág. 284; LLEDÓ YAGÜE, «Los destinatarios de las técnicas de reproducción

Otros por el contrario, manifiestan sus dudas acerca de esta aplicación. Así GARCÍA CANTERO afirma: «Con acierto ha advertido la doctrina que no se repite aquí la regla del artículo 8.1, por lo que no sabemos si esta filiación puede impugnarse o no, por los padres legales»³⁹⁶. En nota añade: «Pero no se olvide que se trata de una regla privativa de derechos, precisada de interpretación restrictiva». Así parece deducirse del formulario consensuado por la Comisión Asesora sobre técnicas de reproducción humana asistida³⁹⁷.

El artículo 8.1 de la Ley establece la privación de acciones de impugnación cuando el marido ha consentido la fecundación artificial heteróloga. No existe un precepto similar para el supuesto de pareja estable. El problema se encuentra en la irrenunciabilidad de las acciones de estado. Probablemente puede afirmarse que el varón no casado que consintió una fecundación artificial heteróloga no pueda impugnar atendiendo a los principios de no ir contra sus propios actos, de buena fe y del *favor filii*. Además ha de añadirse que dado que una mujer sola puede someterse a técnicas de reproducción asistida, sin necesidad de consentimiento de varón, el fundamento del dicho consentimiento parece ser la asunción de la paternidad en el escrito que se firma.

Sería deseable que dicho consentimiento prestado en documento público, unido al expediente médico, sirviese de medio de determinación de la paternidad.

humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ YAGÜE), marzo 1994, pág. 361. Sin embargo, antes de la LTRA, otros autores —como por ejemplo, Díez DEL CORRAL *op. cit.*— proponían un tratamiento diverso de la impugnación según se tratara de matrimonio o unión de hecho. En pág. 547, afirmaba: «Lo grave no es aquí ya la dificultad para inscribir esa paternidad falsa, sino que, si ésta llega a inscribirse, podrá la misma ser impugnada con gran facilidad a la vista de lo que dispone el artículo 140 del Código, aunque quizá podría sostenerse que la impugnación por la madre no debe prosperar tampoco en este supuesto por implicar carencia de buena fe o conducta abusiva. En cualquier caso, el resultado a que lleva el Derecho vigente no parece aquí criticable. El matrimonio da así certeza a la paternidad matrimonial, pero no merece la misma protección el reconocimiento falso de una paternidad no matrimonial, siendo indiferente que a ésta se haya llegado por una vía natural o por una vía artificial».

En la práctica, así se observa en el formulario en que se presta el consentimiento para someterse a IAD en la Clínica Quirón de Zaragoza.

³⁹⁶ GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 234.

³⁹⁷ Esta Comisión fue creada por Orden de 25 de mayo de 1992, DOGC n.º 1608, de 17 de junio de 1992.

3.3. Propuestas de lege ferenda

Se trata de evitar en la medida de lo posible los juicios sobre filiación, probablemente en perjuicio del nacido, ofreciendo con carácter preventivo las medidas más adecuadas de seguridad jurídica. Se pretende evitar la tramitación de expediente registral o proceso judicial si el varón se niega a reconocer voluntariamente, o si la madre pretende impedir la determinación de la paternidad respecto del compañero que consintió.

En concreto se propone que la filiación se inscriba mediante el parte facultativo de nacimiento y el documento público en que se formalizó el consentimiento a IAD y la asunción de paternidad (con todas las formalidades del reconocimiento) de quien pueda nacer como consecuencia de la aplicación de dichas técnicas.

Sería conveniente que se introdujera un nuevo título de determinación de la paternidad, a saber, el consentimiento prestado en escritura pública junto al expediente médico; es decir que el consentimiento para IAD se configurase como un reconocimiento.

3.4. Recapitulaciones

Respecto del artículo 8.1, actualmente el consentimiento para someterse a IAD impide impugnar la paternidad en el seno del matrimonio, y la doctrina acepta mayoritariamente su aplicación en la pareja no casada.

El artículo 8.2.1 es un supuesto al que la ley vincula la atribución legal de paternidad.

Respecto del artículo 8.2. *in fine*, entiendo que podrá ejercitar acción de reclamación de paternidad el varón si existió oposición al expediente o no se prestó el consentimiento debidamente y también el hijo respecto de dicho varón en los mismos casos y cuando el varón no reconoció. La reclamación se dirigirá contra quien prestó el consentimiento en el Centro Médico, en ningún caso respecto del donante, ya que el artículo 8.3 establece *La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación.*

Únicamente se podrá impugnar la paternidad si el nacido no procede de la aplicación de las técnicas consentidas, o si existió vicio en el consentimiento.

4) DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN PAREJA NO CASADA EN PROCREACIÓN HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO

4.1. Planteamiento

En este supuesto, una mujer unida *more uxorio* a un varón se somete a técnicas de reproducción asistida con semen de donante, sin el consentimiento del conviviente.

4.2. Punto de vista jurídico

Como se ha apuntado los criterios que se han tenido en cuenta para determinar la paternidad son la procedencia biológica o la voluntad. En este caso, no concurre ninguno de ellos. Por ello, en principio no podrá atribuirse la paternidad ni prosperaría una acción de reclamación de paternidad frente a dicho conviviente.

Sin embargo, es posible que una vez que se produzca el nacimiento, el conviviente reconozca al nacido, de acuerdo con el artículo 120-1.^o ³⁹⁸. Obviamente se trata de un reconocimiento de complacencia, con los consiguientes riesgos de impugnación posteriormente. Ahora bien, no ha de ignorarse la existencia de los mismos y los beneficios que ello ha supuesto para determinadas personas.

Lo más adecuado parece que sería la adopción del hijo del conviviente, según lo previsto en el artículo 178.2, en relación con el artículo 175, que permite la adopción por parte de una persona ³⁹⁹. De esta manera se evitaría la posible impugnación a que están sujetos los reconocimientos de complacencia.

³⁹⁸ No existe presunción de paternidad en Derecho común. Como se ha señalado *supra* se regula dicha presunción en unión de hecho en el artículo 94 del Código de Familia de Cataluña.

³⁹⁹ El artículo 178 determina: 1. *La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior.* 2. *Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso: 1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. [...].* La Disposición Adicional 3.ª 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 establece: *Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal.*

Se puede distinguir:

1.º Si no existe consentimiento desde el inicio o si se revocó, se tratará de filiación no matrimonial respecto de la mujer sola (que se estudia en el correspondiente apartado).

2.º Si existe consentimiento a las técnicas, y luego no reconoce, se puede incoar expediente gubernativo o acción de reclamación de paternidad basada en dicho consentimiento.

4.3. Propuestas de *lege ferenda*

La finalidad fundamental ha de ser arbitrar medios que eviten que se produzca este supuesto, es decir que no se realice una técnica de reproducción asistida en una pareja sin el consentimiento del varón.

Desde mi punto de vista, en caso de pareja no casada se debería exigir el consentimiento del varón para someterse a las técnicas, y a su vez serviría para determinar la paternidad. De este modo se potenciaría la seguridad jurídica. Así por ejemplo, se debería exigir la firma en documento público de los dos miembros de la pareja para someterse a las técnicas. En caso contrario, debe suponerse que se trata de procreación de mujer sola ⁴⁰⁰.

4.4. Recapitulaciones

Considero que este supuesto ha de ser evitado. En principio nacería un niño y no existiría elemento volitivo o biológico previo para determinar la paternidad. No obstante, podría determinarse por la vía de la adopción o reconocimiento de complacencia.

IV. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN PROCREACIÓN ASISTIDA EN MUJER SOLA

1. PLANTEAMIENTO

El supuesto sería una mujer—mayor de dieciocho años, según el artículo 6-1.º LTRA— sin pareja que se somete a técnicas de reproduc-

⁴⁰⁰ No obstante es posible que en supuestos cuya causa de esterilidad no está determinada, una mujer pretenda la realización de IAD como si no tuviese pareja, posteriormente se produzca el nacimiento, y el varón ignore el procedimiento. De este modo reconocerá al hijo, creyéndolo suyo. De igual modo, sería posible en caso de matrimonio.

ción asistida con intervención de donante (quien como es sabido en ningún caso será considerado padre). Puede ser soltera, separada legalmente o de hecho, constando fehacientemente su separación, divorciada o viuda⁴⁰¹.

Desde la perspectiva de atribución de la paternidad, parece que no existen elementos (biológico ni volitivo) respecto de ningún varón (salvo un posterior reconocimiento de complacencia). Únicamente se determinará la maternidad.

Quedan excluidos por tanto los supuestos en que la mujer, teniendo pareja, se somete a las técnicas, sin su consentimiento, pues ha sido objeto de análisis anteriormente⁴⁰².

⁴⁰¹ Díez PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, v. II (Madrid, Tecnos, 1995), pág. 583.

Recientemente GARCÍA PAREDES, «*La Ley de reproducción humana asistida*», Intervención en la Cuarta Sesión relativa a la Reproducción Humana Asistida: Aspectos médicos y jurídicos, en *Bioética y Justicia* (Actas del Seminario conjunto sobre Bioética y Justicia, celebrado en Madrid del 6 al 8 de octubre de 1999), Ministerio de Sanidad y Consumo, y Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2000, Estudios de Derecho Judicial, n.º 29, págs. 416-417, afirma: «a la vista del recurso de inconstitucionalidad formulado por 64 parlamentarios del Partido Popular contra la citada Ley, han sido dos los principales reparos que la sociedad española ha puesto a las líneas maestras de esta ley: la *alteración del concepto tradicional de familia y la insuficiencia del estatuto jurídico del embrión*.

»Según los recurrentes, en la normativa constitucional se configura una auténtica garantía institucional de la familia, de la que resultarían una serie de principios jurídico-constitucionales constitutivos del núcleo normativo indisponible delimitador de los rasgos de la *institución familiar* en la Constitución, entre los que se encontraría el *matrimonio heterosexual como núcleo originario*, y del que pueden desprenderse relaciones paterno-filiales legalmente determinadas conforme al principio de seguridad jurídica. Y por ello entienden que la Ley 35/1988 contiene un ataque directo a la esencia de la institución familiar, principalmente al permitir la concepción por mujeres solas, manteniendo al padre en el anonimato y vedando al hijo el conocimiento de quién sea su progenitor». En la página 420 prosigue: «De momento, y a los fines de este trabajo, basta con quedarse con que no es objetable a la normativa de la Ley 35/1988 una incoherencia o una contraposición lo que para algunos sería el único modelo, o el único concepto a la única forma de familia: la que surge del matrimonio».

La STC de 17 de junio de 1999 ha declarado la constitucionalidad de la LTRA en esta materia. En concreto, la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución del vínculo de relación paterno filial, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, ámbito distinto de la acción de investigación que trae causa del art. 39.2 CE.

⁴⁰² Aun cuando teóricamente se pueden distinguir estos supuestos, sin embargo en la práctica será difícil probar que se está ante uno u otro supuesto, ya que la mujer que comparece sin varón (no digo pareja estable, pues la ley no exige esa estabilidad, ya que se consideró que era un requisito fácilmente falseable) es, ante el Centro una mujer sola que solicita IAD, o en su caso FIV con semen de donante.

2. POSTURAS DOCTRINALES

El supuesto está admitido por la ley⁴⁰³.

En cuanto al derecho a tener padre, antes de la Ley, DELGADO ECHEVERRÍA propugnaba que existe tal derecho según la Constitución Española. Por ello, si la mujer estaba casada, el donante no sería considerado padre del nacido, pero en caso contrario podría atribuirse la paternidad al donante. En este sentido, y respecto al nacido de técnicas en que interviene donante, afirmaba: «El Derecho no puede condenarle a no tener ningún padre (ni, consiguientemente, ningún pariente paterno)»⁴⁰⁴.

En la doctrina se califica al nacido como «hijo de padres desconocidos»⁴⁰⁵ o «sin padre»⁴⁰⁶.

Tras la publicación de la LTRA, siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ puede afirmarse: «Quizá fuera ésta la única ocasión (o también cuando la IA se produce sin el consentimiento del marido o del compañero no casado) en que cabría, excepcionalmente, conceder al hijo acción de reclamación de filiación frente al donante de semen, caso de estimarse

⁴⁰³ Se ha afirmado que existe contradicción entre la recomendación 120 y la 17 del Informe Palacios. La recomendación 120 permite que la mujer sola no estéril se pueda beneficiar de estas técnicas. La recomendación 17 propugna que la finalidad fundamental de estas técnicas es actuar contra la esterilidad. Parece que el calificativo «fundamental» permite incluir otras finalidades distintas. Ahora bien, parece poco probable la utilización de estas técnicas si no existe esterilidad.

⁴⁰⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 216.

⁴⁰⁵ GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 239.

⁴⁰⁶ GUITRÓN FUENTEVEILLA, «La genética actual y el Derecho de Familia», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, octubre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º I, pág. 75; Díez del Corral Rivas, «La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana», *RDP*, junio 1988, pág. 545; RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 159; SERRANO ALONSO, «Aspectos de fecundación artificial», *AC*, 1989, pág. 394; REVERTE NAVARRO, «Consideraciones desde el punto de vista del Derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Universidad de Murcia, 1992, pág. 30; GÓMEZ DE LA TORRE, «La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida», *AC*, 1993, pág. 304; Díez Pícazo y Guillón, *Instituciones de Derecho civil*, v. II (Madrid, Tecnos, 1995), pág. 583; ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. IV (6.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S. A., 1994), pág. 274.

que hay un derecho constitucional (que no creo) de todo nacido a investigar y obtener su paternidad. Mas ello habría de haberlo recogido la Ley 35/1988 para que los donantes de gametos sepan que pueden ser demandados en aquel sentido, y a qué atenerse; algo que, sin embargo, no dice esa Ley, [...] *de lege data* [...] Sólo la madre ha tomado la decisión de que nazca y es ella la única responsable (jurídica y moralmente) de haberle dejado sin padre»⁴⁰⁷.

Por otra parte se advierte la posible discriminación por aplicación del artículo 14 de la Constitución Española en cuanto que los nacidos por técnicas de reproducción asistida no pueden conocer al progenitor y si llegan a conocer la identidad, no significaría determinación legal de filiación⁴⁰⁸.

3. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Sería deseable que un hijo nazca en una pareja, para que pueda tener padre y madre. Sin embargo parece que no existen argumentos constitucionales para negar la posibilidad de ser madre a una mujer sola.

4. RECAPITULACIONES

En definitiva, parece que en este supuesto sólo se determinará legalmente la maternidad, no la paternidad. Posteriormente, es posible el reconocimiento de complacencia o adopción del hijo del cónyuge o compañera.

⁴⁰⁷ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 159. En nota al pie LACRUZ apostilla: «Ella...y el autor de la Ley que ha permitido la fecundación de estos "hijos sin padre"».

⁴⁰⁸ *Vide* GÓMEZ DE LA TORRE, «La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida», *AC*, 1993, pág. 304; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 233.

El anonimato del donante

Se ha de plantear si el anonimato del donante se opone al derecho del nacido a conocer sus orígenes y si dicho anonimato afecta también a la determinación de la paternidad y a las responsabilidades del padre. Describo en primer lugar la regulación española, y algunos aspectos de Derecho extranjero (I), para después revisar los argumentos doctrinales a favor o en contra del mismo (II). Analizo la Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso contra la LTRA, en lo que se refiere al anonimato del donante (III), así como el respeto del mismo en la práctica (IV). A continuación consta la discusión de algunos aspectos que me parecen relevantes (V), y finalmente una propuesta *de lege ferenda* (VI) y las conclusiones (VII).

I. REGULACIÓN

1. DATOS NORMATIVOS ESPAÑOLES

Se enumeran a continuación, las normas (partiendo de las más específicas a las más generales):

1.1. LTRA¹

Artículo 5.5:

La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.

¹ En los Informes presentados para la elaboración de la LTRA:

— A favor del anonimato se pronuncia EGOZCUÉ, CALAF, IGLESIAS, VANRELL, DEXEUS, RUBIO (con matizaciones), OCHOA, ANDER, HIGUERA, LACRUZ, MONTÉS (el artículo 39.2 no

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.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8.º, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

Artículo 8.3:

La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación.

En desarrollo de esta Ley, se publicó el R.D. que regula el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones². En este sentido en el Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, correspondiente al año 1998, se afirma: «el registro de donantes, que es precisamente el único recogido de manera expresa en la ley, es el que está menos desarrollado hasta la actualidad. [...]. En España se ha cuestionado su existencia desde ámbitos profesionales basándose en razones de utilidad y confidencialidad, lo que probablemente está dificultando su desarrollo. En todo caso, debe tenerse en cuenta su obligatoriedad en el momento actual, establecida por Real Decreto en el año 1996, por lo

pensaba en técnicas de reproducción asistida), PERERA y CABALLERO (derechos del donante), SEF, ASES.

— En contra del anonimato se manifiestan HORTAL, VIDAL GARCÍA, SANCHO REBULLIDA, LLEDÓ (no se pronuncia claramente). Se atendió a Informes extranjeros: Informe de Inseminación Artificial (Suecia), Informe Benda (Alemania).

Tras recibir estos Informes, la Comisión creada para la elaboración de la Ley, aportó el suyo, conocido como Informe Palacios (debe su nombre a su redactor). Se inspiró en Informes extranjeros (Warnock e Italia). En las Recomendaciones 3, 15, 49 y 50 se pronuncia a favor del anonimato.

² Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana. (B.O.E. n.º 72 de 23 de marzo).

Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 25 de marzo de 1996 por la que se establecen las normas de funcionamientos del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones (B.O.E. n.º 106 de 2 de mayo).

que, reconocida la experiencia de las administraciones sanitarias en mantener la confidencialidad en registros similares, su desarrollo debe continuar mientras se mantenga el criterio legal, cuestión que no ha sido analizada entre las prioridades anuales de la Comisión. Por otra parte, en apartados posteriores de este informe se hace referencia a la posible contribución de un registro de este carácter a evitar que se supere el número máximo de hijos por donante previsto en la propia ley de reproducción humana asistida»³. Ahora bien, la realidad es que todavía no existe tal Registro⁴.

Artículo 20.2.B.j: *Son infracciones muy graves: Desvelar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos por la presente Ley.*

1.2. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en vigor en España desde el 5 de enero de 1991⁵

Su artículo 7 establece: *El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

Además el artículo 3 de dicha Convención establece: *En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés del niño.*

1.3. 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

En su Exposición de Motivos se apunta: «El Título I comienza enunciando un reconocimiento general de derechos contenidos en los Trata-

³ Ministerio de Sanidad y Consumo: Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *I Informe Anual*: Diciembre 1998, pág. 6.

⁴ Cfr. BOADA PALÁ, en «Ley española de reproducción asistida. Problemática actual desde el punto de vista médico», en *Bioética 2000*, (Coordinación: PALACIOS), Ediciones Nobel, Gijón, 2000, pág. 299.

⁵ Acuerdo Internacional de 20 de diciembre de 1990 (BOE de 31 de diciembre de 1990): Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

dos Internacionales de los que España es parte, que además deben ser utilizados como mecanismo de interpretación de las distintas normas de aplicación a las personas menores de edad».

En concreto el artículo 3 establece ⁶: *Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.*

La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

En el artículo 2 de la Ley 1/1996 se establece: *En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

Estos son los datos legales a partir de los que hay que afrontar la cuestión del anonimato del donante.

2. BREVE APUNTE DE DERECHO COMPARADO ⁷

De los datos proporcionados por el Consejo de Europa ⁸, se constata:

En caso de donación:

1. El secreto de la procreación:

a) Existe en Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia,

⁶ Ha de recordarse que por aplicación del artículo 96 de la Constitución y del 5.1 del Código Civil, ciertamente el contenido de esta Convención ya era aplicable en España.

⁷ Vide BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici. Riflessioni di diritto civile su alcune delle principali questioni poste dall'affermarsi delle metodiche artificiali di procreazione umana*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, págs. 123 y ss. Recoge interesantes datos normativos de países de la Unión Europea, así como de algunos países extracomunitarios, pioneros en la realización de las técnicas de reproducción asistida.

⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, «Assistance Médicale à la procréation et protection de l'embryon humain. Etude comparative sur la situation dans 39 pays», Strasbourg, 2 juin 1998, CDBI/

Lituania, Noruega, Países Bajos, Polonia, República Checa, Reino Unido, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, Turquía, Australia, Canadá y Estados Unidos.

b) No existe en Suiza.

2. El secreto de la identidad del donante:

a) Se mantiene en Bélgica, Chipre, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Noruega, Países Bajos, Polonia, República Checa, Reino Unido, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, Australia, Canadá y Estados Unidos.

b) No se mantiene en Austria, Suecia y Suiza⁹.

3. Un Tribunal:

a) Puede identificar al donante en Bélgica, Chipre, España, Reino Unido, Eslovaquia, Canadá y Estados Unidos.

b) No puede identificarlo en Dinamarca, Estonia, Francia, Islandia, Lituania, Noruega, Países Bajos, República Checa, Eslovenia y Australia.

4. En cuanto a la posibilidad de establecer un vínculo de filiación entre el niño y el donante existe:

a) De manera general en Alemania y Eslovaquia.

b) Con carácter excepcional en Italia, Países Bajos, Suecia, Suiza, Australia, Canadá y Estados Unidos.

5. El niño puede intentar una acción de alimentos frente al donante en Alemania, solamente si la paternidad ha sido establecida.

6. Si no existe vínculo de filiación:

a) El niño tiene el derecho de pedir a «una edad apropiada» informaciones relativas a su concepción en España, Países Bajos, Reino Unido, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia y Australia.

INF (98) 8, Provisoire, apartados 84 a 89. (Aun siendo un epígrafe relativo a Derecho extranjero, se incluyen los datos de España, ya que ha participado en el estudio y permite comparar su situación con la de otros países).

⁹ Vide en este sentido DI PIETRO, «Analisi comparata delle leggi e degli orientamenti normativi in materia di fecondazione artificiale», *Medicina e Morale*, 1993/1, pág. 268. Cfr. también DI PIETRO e SGRECCIA, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, Editrice La Scuola, Brescia, 1999, págs. 214 y ss.

b) Carece de este derecho en Bélgica, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Italia, Noruega, República Checa.

c) El niño tiene el derecho de solicitar la identidad de los padres biológicos en Suecia y Australia ¹⁰.

Aun cuando se establece legislativamente el anonimato en Francia, éste era criticado por su doctrina (ya antes de la publicación de la Ley n.º 94-654, de 29 de julio de 1994, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y en el diagnóstico prenatal) en cuanto no tiene en cuenta el artículo 7 de la Convención de Derechos del Niño, ratificada por Francia, según el cual *El niño tendrá derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos* ¹¹.

Este derecho a conocer a sus padres, reconocido por el artículo 7 de la Convención se interpreta como el reconocimiento del derecho de toda persona a conocer sus orígenes biológicos, y en consecuencia en el supuesto de IAD, el derecho a conocer la identidad del donante, si bien dicho conocimiento no adquiere un alcance absoluto, pues se compatibiliza con el reconocimiento del valor de la posesión de estado ¹².

Además debe matizarse que la expresión «en la medida de lo posible» permite una intensidad diversa en las legislaciones de los diversos Estados. También se refiere a que hay supuestos en que realmente no es

¹⁰ Obsérvese que entre los países en que se permite la obtención de datos relativos a la concepción sin atribución de vínculo de filiación, únicamente se podrá acceder a la identidad de padres biológicos en dos países. Asimismo se ha de advertir que cada vez más se pregunta en Estados Unidos a los donantes de óvulos y espermatozoides si consienten ser identificados. Cfr. CONSEIL DE L'EUROPE, «Assistance Médicale à la procréation et protection de l'embryon humain. Étude comparative sur la situation dans 39 pays», *cit. supra*.

¹¹ En Francia, el artículo 53 de la Constitución de 1958 exige que la ratificación de los principales tratados debe ser autorizada por una ley publicada en el Diario Oficial. Para esta Convención, la Ley n.º 90-548, de 2 de julio de 1990, J.O. de 5 de julio de 1990. La Convención necesitaba veinte ratificaciones, que se recibieron el 1 de agosto de 1990. En Francia, entró en vigor el 6 de septiembre de 1990 (J.O. de 12 de octubre de 1990). La ratificación se acompaña de dos declaraciones y de una reserva. Datos obtenidos de NEIRINCK, *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations Unies*, 1 édition, Delmas, Belfond, Paris, 1993. En las páginas 30-31 afirma: «Le parlement, légiférant sur les procréations médicalement assistées et sur le don d'embryons, ne doit pas ignorer l'article 7 s'il veut être efficace. Le projet actuel impose une protection trop absolue du secret des origines pour être compatible avec la Convention. Il protège la procréation médicalement assistée et ses bénéficiaires beaucoup plus que l'enfant».

¹² Cfr. NEIRINCK, *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations Unies*, Delmas, Belfond, Paris, 1993, págs. 27 y ss. Afirma que en la Convención la palabra «padres» se refiere a los progenitores. Por ello se relaciona con el derecho del nacido a conocer sus orígenes, en sentido real, no jurídico.

posible conocer a los progenitores, por ejemplo cuando se encuentra un niño abandonado.

En Italia, el Proyecto de Ley 3891 no admite la utilización de gametos de donante ¹³. En concreto, su artículo 4.1 establece que «Las técnicas de procreación médicamente asistida pueden ser utilizadas únicamente mediante el empleo de gametos provenientes de la pareja de cónyuges que la ha solicitado». En su apartado 3, reitera que «No se permite el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo». De esta manera, se evita completamente el tema del anonimato del donante. Posteriormente, en el Proyecto de Ley 4048 se amplía el acceso a las técnicas a las parejas no casadas y se mantiene la prohibición de técnicas de tipo heterólogo ¹⁴.

¹³ Cfr. «Disegno di Legge N.º 3891 d'iniziativa dei senatori CORSI ZEFFIRELLI e GERMANÀ, comunicato alla Presidenza il 16 marzo 1999 (Senato della Repubblica-13 Legislatura): Nuove norme in materia di tutela dell'embrione e di procreazione medicalmente assistita». Obtenido de la dirección URL: <http://www.senato.it/att/ddl/s3891t.htm>. En este sentido, LIPARI en «La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive», *Rassegna di Diritto civile*, 1986, núm. 3, págs. 576-577, afirma: «Infatti, le ragioni che possono aver indotto la coppia coniugata a ricorrere ad un espediente (donatore di seme maschile) al fine di avere un figlio non sono tali da mettere fuori gioco l'interesse di quest'ultimo all'individuazione dell'effettivo "padre" biologico. Come dire, dunque, che, nell'ambito del nostro sistema, tanto la "maternità" que la "paternità" si configurano come relazioni giuridiche biunivoche; la relativa salvaguardia e tutela non possono mai affidarsi né esaurirsi dando la preminenza ad uno solo dei poli della stessa, in particolare al "genitore", quale soggetto che "genera" e che dà "i geni", rispetto al nato.» Así pues, entiende que han de tenerse en cuenta los intereses de la pareja que recurre al expediente de la donación por un extraño con la finalidad de tener hijos, y el interés del hijo para indagar sobre su padre biológico.

¹⁴ Cfr. «Disegno di Legge N.º 4048, presentato da Dep. SCOCA, comunicato alla Presidenza el 27 maggio 1999 (Senato della Repubblica-13 Legislatura): Disciplina della procreazione medicalmente assistita». Obtenido de la dirección URL: (<http://www.senato.it/att/ddl/s4048t.htm>).

REICHLIN en VVAA., *Procreazione assistita e tutela del figlio. Prospettive femministe, dibattito bioetico e ipotesi normative* (A cura di CATTORINI), Dipartimento di Medicina e Scienze Umane. Istituto Scientifico H. San Raffaele, Europa Scienze Umane Editrice, Milano, 1996, pág. 184, afirmaba que la admisibilidad de la fecundación heteróloga es el punto que ha suscitado mayor controversia. Con el proyecto n.º 4048, al que me he referido, sucede lo mismo, pues una vez aprobado por el Congreso se ha paralizado debido a que el Senado ha pretendido introducir la heteróloga. De hecho en junio, la Cámara dió el parecer positivo par la fecundación homóloga, posteriormente el Senado ha querido introducir la fecundación heteróloga, por lo que debería comenzar de nuevo el iter legislativo.

Ya en 1987, PATTI, afirmaba en «Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche», *Il diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, pág. 1322: «La questione in esame costituisce in definitiva uno dei punti centrali del dibattito che si svolge nei Paesi in cui è in corso di elaborazione una legge sulla inseminazione eterologa». Obsérvese que hoy sigue siendo un aspecto discutido en los proyectos de ley.

II. TRATAMIENTO DOCTRINAL

1. PLANTEAMIENTO

En cuanto a las posibles relaciones del hijo con el donante de gametos, existen diversas teorías. Siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ, se sintetizan en tres planteamientos¹⁵:

1. Planteamiento maximalista. Quienes optan por esta postura consideran que el nacido ha de conocer al donante de quien procede, y podría reclamarle la paternidad. Unos autores entienden que esta posibilidad existiría en todos los supuestos y otros la limitan a determinados casos. A juicio de RIVERO se rechaza porque confunde «la relación puramente biológica [...] con la filiación, (relación mucho más rica y compleja)»¹⁶. Por ello no la analiza y se limita a los restantes puntos de vista.

2. Planteamiento minimalista. Los que sostienen esta posición defienden el anonimato del donante en todo caso. Es la regla de conducta de los centros médicos. En ocasiones se confunde con el secreto profesional. Es la mejor forma de defender la ausencia de relación jurídica entre donante y nacido. Algunos autores optan por la defensa de dicho anonimato¹⁷.

¹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, págs. 157 y ss.

¹⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 160

¹⁷ Así, han optado por el anonimato el Informe Warnock, el de la Comisión Australiana, varios proyectos de ley franceses e italiano. En nuestra doctrina defienden el anonimato MONTES PENADES, en «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988; GAFO, *Las nuevas técnicas de reproducción humana. Bio-medicina, Ética y Derecho*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986 y el Grupo de Trabajo constituido en la D.G.R.N. Fuera de España, SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984; DAVID, en DAVID-GRANET-LABRUSSE, *L'insemination artificielle humaine. Un nouveau mode de filiation*, Paris, 1984. Se manifiestan en el mismo sentido GIESEN, COESTER-WALTJEN, HEGNAUER, SCHUMACHER, citados por RIVERO HERNÁNDEZ, *op. et loc. ult. cit.* Este sistema de anonimato absoluto se observa en Noruega. Vide DI PIETRO, SGRECCIA, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, Editrice La Scuola, Brescia, 1999, pág. 238.

LEMA ANÓN, *Reproducción, poder y derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pág. 127 afirma: «Sorprende, de todas formas, la temprana y generalizada aceptación del anonimato del donante en la práctica médica y en la legislación de la mayoría de los países, en contraste con las numerosas objeciones jurídico-constitucionales esgrimidas por numerosos juristas». También se insiste en que el principio del anonimato debe ser afirmado en COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ (CCNE), *X Anniversaire. Les Avis de 1983 à 1993*, pág. 53 y pág. 260.

Quienes defienden el anonimato se basan en los siguientes argumentos: el interés de quienes deciden el nacimiento, en el derecho de intimidad personal y familiar de los padres jurídicos, (es decir, el interés familiar de disfrutar de una estabilidad afectiva sin interferencias) y del donante, así como en el riesgo de disminución de donaciones. RIVERO HERNÁNDEZ se opone frente a cada uno de estos argumentos alegando: El primero es un argumento débil, ya que se han de defender los intereses más necesitados de protección; respecto del segundo recuerda que no se trata de un derecho absoluto; finalmente en relación al tercero, entiende que un dato puramente práctico no parece adecuado para impedir al nacido el conocimiento de su progenitor¹⁸.

3. Posición intermedia. Los que abogan por buscar un equilibrio de intereses, se basan en:

— Derecho a conocer los datos genéticos. Unos lo fundamentan en el derecho a la salud del nacido, reconocido en los artículos 15 y 42 de la Constitución Española, otros en el derecho de cada uno a conocer su propia identidad. Podrán reclamarlo la «usuaria de estas técnicas y el

¹⁸ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ —ya en 1989— en *op et loc. ult. cit.* En contra, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en «Nuevas técnicas de procreación artificial: consecuencias jurídicas», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 4, octubre 1986, págs. 496-500 se pronuncia por un anonimato a ultranza. Así afirma en la página 496 «El anonimato considero que hay que mantenerlo a ultranza, y que no hay ninguna razón para que éste se pueda llegar a conocer» Cita documentos que lo proponen (*vide* al respecto págs. 496 y ss). Como excepción se refiere a la regulación sueca. Afirma en la página 500: «No obstante, a pesar de la actual legislación en este punto, hay que señalar que ha habido sectores que se han pronunciado en contra de esta medida [conocimiento] dentro de Suecia. Entre ellos están los médicos, dedicados a la inseminación artificial heteróloga, que, partidarios del anonimato del donante, señalaron el riesgo de que lleguen a desaparecer de Suecia las actividades de inseminación de forma controlada si se suprime la protección del anonimato. No se encontrarán donantes, y las parejas estériles se procurarán la inseminación artificial ilegalmente o se irán al extranjero para hacerlo. Si al cabo de los años el joven llegara a buscar al donante, ello podría dar lugar a graves conflictos por ambas partes».

A los supuestos problemáticos, argumenta: a) En caso de enfermedades dice que debe ser el centro el que gestione manteniendo el secreto; b) Ante los casos de posible consanguinidad en los matrimonios le parece que es más importante evitar los problemas que los pocos probables casos en que se pudiera producir la consanguinidad.

Posteriormente adopta una postura más matizada. Así, en «La filiación en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N.º 75, 1989-1990, pág. 418, apunta, en relación a los autores que proponen la posibilidad de que el niño pueda conocer al donante, sin establecer relación de paternidad: «Por lo que yo me pregunto qué objetivo se persigue con ello, pues no considero que sea necesario conocer quién es el progenitor, excepto si ello evitara o solucionara enfermedades hereditarias, pero este otro aspecto lo recoge el artículo 5.5 de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, y admite en estos supuestos conocer la identidad del donante».

nacido por medio de ellas a los Centros correspondientes y al Registro Nacional de Donantes»¹⁹. En esta línea, GONZÁLEZ MORÁN se plantea cuál es la extensión del derecho a conocer el origen genético. En concreto, pretende distinguir si se trata de conocer los datos genotípicos y fenotípicos o si incluye el conocer la identidad²⁰.

¹⁹ GARCÍA RUBIO, «La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho español», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Octubre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º I, págs. 60 y ss. En la página 65 se manifiesta en una línea intermedia. Así afirma: «No creemos, sin embargo, que sea deseable mantener la identidad del donante en el anonimato, al menos si por tal se entiende la absoluta ignorancia sobre su persona. Podría ser más adecuado que las instituciones públicas tuvieran un Registro *ad hoc* donde, entre otros datos, se recogiera la identidad de donante y receptores y, si bien es cierto que en las situaciones normales sería preferible que ambas partes no se conocieran (*vid.*, análogamente la disposición adicional primera del Proyecto de ley que modifica determinados artículos del Código civil en materia de adopción (B.O. Cortes Generales, Congreso de los Diputados de 4 de febrero), el secreto podría ser levantado cuando así lo aconsejaren determinadas circunstancias excepcionales (*ad. ex* cuando existiera peligro para la vida del hijo que pudiera ser soslayado con la intervención de su padre biológico). Por otra parte, en el momento oportuno el hijo debe ser informado de la forma de su concepción y de las características de su donante, evitándose así el enorme perjuicio que sufriría, si habiéndole ocultado la verdad, la descubriese por terceros (en el mismo sentido se pronuncia el Proyecto de Recomendación del Consejo de Europa anteriormente citado —art. 8.2— donde se señala que el niño, en su mayoría de edad, puede llegar a saber también la identidad del donante «en casos apropiados y si las personas interesadas estuvieren informadas de esta posibilidad antes de que tuviese lugar»».

De igual modo, LLEDÓ YAGÜE, en *Acciones de filiación*, Edilex, Madrid, 1987; «La ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida», *ADC*, t. XLI, Fasc. IV, octubre-diciembre 1988, págs. 1241 y ss. y en «Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: Francisco Lledó y Yagüe), Marzo 1994, págs. 321 y ss. Admite el conocimiento relativo de la identidad del donante. Afirma en la pág. 376: «A mí me parece que es más sensato apostar en pro del conocimiento relativo de la identidad del donante, en las condiciones referidas, puesto que negarse al hijo absolutamente tal derecho implicaría, por ende, desconocerse al hijo un derecho ontológico preeminente, cual es la cognoscencia de sus raíces genéticas, de suerte que en este punto entiendo como la Ley reguladora de estas técnicas de reproducción humana asistida que no ha planteado un «anonimato total», no incurre en el quebranto de norma constitucional alguna, fundamentalmente art. 10, 39, 24». Parece que se manifiesta contra el anonimato, pero luego entiende que la regulación de la LTRA es constitucional porque cabe la posibilidad de conocer al progenitor, ya que la LTRA no opta por el anonimato total. Parece que está de acuerdo con el anonimato relativo, regulado por la ley. En la página 368 entiende que no se aplica el artículo 127 del Código civil (hoy artículo 767 LEC).

ROCA TRÍAS en «Filiación asistida y protección de derechos fundamentales», *Derecho y Salud*, 1999-1, defiende que el nacido únicamente pueda conocer los datos genéticos. Afirma en pág. 4: «La forma de compaginar el derecho a la intimidad del donante con el derecho a conocer el origen genético sólo puede encontrarse por medio de una fórmula que permita la investigación sobre este último, excluyendo la identidad del donante. Así se recoge en el art. 5.5.2 LTRA».

²⁰ GONZÁLEZ MORÁN, «Aspectos jurídicos de la procreación asistida», en GAFO, *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, págs. 111 y ss.

— Derecho a conocer la identidad del donante, sin consecuencias jurídicas. El profesor RIVERO HERNÁNDEZ entiende que este derecho excede de la relación jurídico-familiar, afecta a un derecho fundamental de la persona que se puede incluir entre los protegidos por el artículo 10 de la Constitución Española (en apoyo a su argumentación, apunta que en Alemania, el derecho a conocer la filiación biológica se considera como un derecho fundamental vinculado a la inviolabilidad de la persona, no condicionado por criterios utilizados para las acciones de filiación)²¹. Defiende la superioridad de los derechos fundamentales, en los siguientes términos: «Con dos clases de personas podría entrar en conflicto tal interés y derecho del hijo. De un lado, con los padres jurídicos, [...] Podría hablarse, en cuanto a ellos, de un derecho a su intimidad personal y familiar, y de un interés familiar a una estabilidad afectiva sin interferencias, digno de protección. Por otro lado, puede entrar en conflicto también con el donante, temeroso de que el hijo llegue a reclamarle algo, o a quien pudiera desagradar sencillamente que se sepa su participación y el que es causa de la herencia biológica del nacido (también aquí el derecho a la intimidad).

»Mas en ambos casos, como en todo conflicto de intereses, debe ceder al menos ante el más valioso. Y me parece bastante clara la superioridad del interés del hijo respecto del de sus padres y respecto del que pueda invocar el donante, a quien nada, sin embargo, puede serle reclamado. Sin olvidar que los derechos fundamentales de la persona, en cuyo terreno creo que se halla el que ahora nos ocupa, son superiores y anteriores axiológica y jurídicamente —en la protección que les dispensa nuestro Ordenamiento jurídico— a los de la familia y a los que no merezcan aquella calidad»²².

Esta línea ha sido seguida por la Ley Sueca 1140/84. El Informe del Grupo de Trabajo del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87) sugirió esta posibilidad a los Estados.

Este conocimiento de la verdad se aconseja en supuestos hasta cierto punto «similares». Es el caso de la adopción, materia en la que se han

²¹ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 161, en la nota 19 afirma; «Quiero recordar, en ese sentido, que, aunque no se identifica totalmente con lo que vengo diciendo, en Alemania se considera como un derecho fundamental, vinculado a la inviolabilidad de la persona, el derecho a conocer la propia filiación biológica o sanguínea (NEUMANN DUESBERG), y para DURIG, los medios identificadores de la persona —entre los que está el *Blutmassige Abstammung*— pueden incluirse entre los derechos que protegen la personalidad, protegidos a su vez por el art. 2.1 de la Grundgesetz. Ello muestra el estado de la cuestión y su valoración en otros meridianos jurídicos, lo que creo que avala la tesis que propongo».

²² RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 162.

realizado estudios acerca de la conveniencia de informar al adoptado de la verdad de su origen.

Un importante sector doctrinal es contrario al anonimato del donante ²³.

Con fundamento en estudios realizados por sociólogos y psicólogos, en los que se observaba la necesidad que el hijo tiene de veracidad y sinceridad acerca de su origen biológico, el Comité sueco determinó que «no debe ocultarse al así nacido su origen real, y que debe permitírsele, por lo menos a partir de la mayoría de edad reclamarlo y conocerlo» ²⁴. Este derecho a conocer el origen biológico se considera como un derecho de la personalidad, que tiene su fundamento en la propia dignidad humana y su desarrollo (artículo 10 de la Constitución) ²⁵.

En este sentido, BLASCO GASCÓ afirma: «la determinación de la filiación no deriva del conocimiento o no del progenitor sino de una elección del legislador: ante dos hechos de los que derivar la relación de filiación concede primacía a uno. Por tanto, no se quiera ver en el anonimato del donante (cuasi sacralizado en la LTRA) su “inmunidad e irresponsabilidad” respecto de su acto y en relación con el ser que posiblemente venga al mundo, sino en la determinación y criterios que establece el ordenamiento jurídico» ²⁶.

²³ Vide los citados por RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 161; GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. V, 2.ª, pág. 231; BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), pág. 408 y los allí citados.

²⁴ Informe sueco para la preparación de la ley de inseminación artificial, recogido en Documentación relativa a la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, incluida en el Dossier del Senado, págs. 196 y ss. En el mismo sentido se expresan el Informe del Instituto de la Mujer del Ministerio de Cultura, recogido en la Sesión de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas, de 23-10-1985, Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1985, II Legislatura, N.º 346, pág. 10642; ABEL FABRÉ y HORTAL ALONSO, en la Sesión de dicha Comisión de 27-11-1985, Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1985, II Legislatura, N.º 376, pág. 11487. Como manifestación del derecho a conocer su origen, se ha constituido recientemente la asociación de adoptados para defender este derecho. Vide QUESADA GONZÁLEZ, «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico», *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio 1994, pág. 275. De hecho, esta autora, en la página 263 de dicho artículo, recuerda que en Derecho catalán de siempre se reconoció el derecho a conocer el propio origen biológico.

²⁵ Cfr. VIDAL MARTÍNEZ, «La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida», *Revista General del Derecho*, septiembre 1994, pág. 9531.

²⁶ BLASCO GASCÓ, en «La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, 1991, pág. 708 y en *Derecho de Familia*, (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), págs. 407-408.

Así pues, el legislador, teniendo en cuenta los bienes jurídicos en conflicto atribuirá la paternidad jurídica a quien considere que debe cumplir el rol social y jurídico de padre ²⁷.

2. LOS ARGUMENTOS PARA DEFENDER EL ANONIMATO

Son los siguientes:

2.1. Desde un punto de vista psicológico

a) El anonimato fortalece la relación parental de la pareja receptora respecto del hijo, impidiendo toda relación del hijo con el donante ²⁸.

b) El conocimiento del donante puede llevar a resultados contrarios a la protección integral de los hijos ²⁹.

c) Su finalidad sería evitar la eventualidad de remordimientos de conciencia en el donante o en el receptor, y en concreto, que alguien abuse de la situación por el chantaje utilizando los sentimientos de las personas intervinientes ³⁰.

²⁷ LIPARI, ya en 1986, teniendo en cuenta dicho conflicto, entiende que los intereses de la pareja que recurre al expediente de la donación por un extraño con la finalidad de tener hijos, son de tal categoría que no ponen fuera de juego el interés del hijo para indagar sobre su padre biológico». Cfr. LIPARI, «La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive», *Rassegna di Diritto civile*, 1986, núm. 3, pág. 577.

²⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 181, considera: «La IAD debe aceptarse, como fortalecimiento de la relación parental de la pareja receptora —matrimonial o estable— respecto del hijo y la ruptura absoluta en la relación con el donante, cuya identidad debe quedar en el anonimato y sólo desvelarse características de éste en beneficio del hijo».

²⁹ HIGUERA UDÍAS ya lo proponía en la Sesión de 27 de noviembre de 1985 (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1985, II Legislatura, N.º 376, Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana, Presidente: Don Marcelo PALACIOS ALONSO, págs. 11469 y ss.). En este mismo sentido, GAFO en la misma Sesión mencionada (*op. et loc. cit.*) y en *Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, págs. 111-112. Este argumento es fuertemente criticado por PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 33 en cuanto pretende presentar a la víctima como protegido.

³⁰ FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación, Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Biblioteca Comares de Derecho y Ciencias de la Vida, Granada 1999, pág. 103.

2.2. Desde un punto de vista médico

De este modo se garantiza la protección del secreto profesional³¹.

2.3. Desde un punto de vista práctico

a) Es un medio para garantizar la existencia de donantes (quienes no pretenden tener un hijo), y en consecuencia la subsistencia de estas prácticas³².

b) Permiten el nacimiento de personas que de otra manera no habrían llegado a nacer³³.

2.4. Desde un punto de vista jurídico

a) Las declaraciones constitucionales sobre investigación de paternidad son un instrumento para la protección de los niños, permitiendo así la reclamación de la paternidad de su progenitor en determinados supuestos en los que históricamente no era posible. No pensó el legislador en las técnicas de reproducción asistida, sino que se redactó en atención exclusiva a las formas naturales de procreación³⁴.

³¹ GAFO, *Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, pág. 112, afirma: «Será obligación de estos centros garantizar el secreto de los favorecidos si éstos así lo desean, y el de los donantes de gametos en todo caso». En esta línea se dirigen las conclusiones a las que ha llegado la Comisión Especial de Estudio de la Inseminación Artificial y Fecundación *in vitro* Humanas del Congreso de los Diputados. En este sentido, AGALLOPOULOU, «Biomédecine, Famille et Droits de l'Homme selon le Droit Hellénique», Congrès International de l'Association Internationale de Droit de la Famille: *Biomédecine, Famille et Droits de l'Homme*, Oxford, UK, 27-30 août 1999, pág. 23, afirma que el anonimato del donante está garantizado por el secreto médico.

³² HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en «Nuevas técnicas de procreación artificial: consecuencias jurídicas», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 4, octubre 1986, págs. 496-500. En el mismo sentido RUIZ VADILLO, *Aspectos jurídicos de la inseminación artificial*, I Symposium Nacional sobre inseminación heteróloga y bancos de conservación de semen, Cruces (Baracaldo), 1979. Curiosamente, a esto alude la STC 116/1999.

³³ PALACIOS, *Reproducción Asistida, Discurso y Recurso*, Editorial Stella, Gijón, 1990, pág. 66, afirma: «utilización de donantes con fines procreadores [...] las técnicas de reproducción asistida aplicadas a una pareja, casada o no, no rompen el vínculo entre padre, madre e hijo: este vínculo estaba roto previamente e irreversiblemente, al no existir el hijo, sin posibilidad para procrear. Quiere ello decir, que sin la ayuda de las técnicas, el hijo nunca hubiera podido llegar a existir, y son las técnicas las que, al menos, parcialmente, establecen el vínculo entre los tres».

³⁴ LACRUZ BERDEJO, en la Sesión de 28 de noviembre de 1985 (Transcripción mecanográfica, pág. 41), afirmaba: «por consiguiente el derecho de cada hijo a conocer a su pa-

b) Se considera como medio para evitar que el donante ejercite una eventual acción de reclamación de filiación extramatrimonial³⁵.

c) El derecho a conocer los orígenes no se considera un derecho fundamental³⁶.

dre, debe interpretarse en la Constitución como establecido en un momento en el que no se pensó en esto. Creo que el anonimato es de regla; creo que este parecer lo comparten muchos informes [...] El legislador constitucional no pensó en esto, no escribió para esto, y es un caso que se debe regular con otros parámetros tomados de los intereses en conflicto en otras situaciones». Cfr. MONTES PENADES, Informe presentado a la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados, 1985 (argumento criticado por PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, págs. 31-32); GAFO, *Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, pág. 112; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «La filiación inducida y las clasificaciones legales», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 122, afirma: «Es evidente que ni el art. 39 de la Constitución ni el art. 127 del CC establecieron la investigación de la paternidad pensando en los donantes que posibilitan las técnicas de fecundación asistida y concretamente la utilización de semen ajeno a una pareja. Existe pues base suficiente para defender una interpretación de dichos preceptos en la que quede limitada dicha investigación a los casos de fecundación natural»; LACRUZ BERDEJO, «La Constitución y los hijos artificiales», *AC*, 1987 pág. 2034, sitúa el artículo 39 de la Constitución como solución a las injusticias derivadas de la rígida aplicación de la presunción de paternidad y de la situación de los hijos extramatrimoniales. Afirma: «El artículo 39 de la Constitución está redactado a la vista de esos problemas concretos y en consideración a ellos. Es el antecedente y programa vinculante de una nueva disciplina de la filiación, tal como se ha plasmado luego en la reforma del Código civil de 1981; disciplina que ahora, y en oposición frontal al pasado inmediato, de una parte, permite al marido impugnar o desconocer su propia paternidad en relación con el fruto del vientre de su mujer; de otra, faculta al hijo para impugnar su propia filiación paterna; y, finalmente, y acaso en esto es en lo que más se fijó el legislador, concede acción a la mujer soltera para reclamar los deberes de la paternidad del hombre que la dejó embarazada». En este mismo sentido, ROCA TRIAS, en «Filiación asistida y protección de derechos fundamentales», *Derecho y Salud*, 1999-1, pág. 4, afirma: «La paternidad, está pues concebida como una forma de protección, funcionalmente y para ello hay un medio: la investigación de la paternidad. Pienso, por tanto, que ésta no se concibe como un derecho del hijo cuya finalidad sea el conocimiento de la identidad de los padres, sino como un derecho concebido para que se descubra quién es el obligado a prestarle la protección que le es debida, según dispone el mismo art. 39.3 CE. La investigación es, por tanto funcional y sólo será necesaria cuando el hijo no tenga atribuida la protección adecuada». Ahora bien, el Código Civil permite la impugnación de la paternidad matrimonial para reclamar la no matrimonial, según lo dispuesto en su artículo 134.1, aun cuando se trate de un supuesto en que el hijo goza de la protección debida.

³⁵ LLEDÓ YAGÜE, «Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de reproducción humana», *La Ley* 1985, pág. 2.

³⁶ POUSSON-PETIT, «Rapport général: PMA dans les Pays Romanistes», Congrès International de l'Association Internationale de Droit de la Famille: Biomédicine, Famille et Droits de l'Homme, Oxford, UK, 27-30 août 1999, págs. 31-32.

Algunos autores defienden el anonimato salvo que exista pacto en contrario³⁷. Otros proponen medidas paliativas que permiten proteger al nacido, manteniendo el anonimato. Así, por ejemplo, se ofrece información sanitaria por parte del centro médico³⁸ y, en todo caso, si existe riesgo para la vida se podría identificar al donante³⁹.

3. ARGUMENTOS EN CONTRA DEL ANONIMATO DEL DONANTE

Me parece interesante comenzar este apartado desde el planteamiento propuesto por PANTALEÓN. Afirma que «lo más frecuente al

³⁷ ZANNONI, «La genética actual y el Derecho de Familia», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Diciembre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º II, pág. 55. En este punto ZANNONI propone el anonimato, salvo que exista acuerdo de todos los interesados en contrario. Afirma: «Reserva de datos: Debe establecerse que los datos personales, historia clínica, etc., relativos a donantes de gametos, serán debidamente archivados y conservados por la autoridad sanitaria, pero no podrán ser revelados sino en las condiciones que fije la ley. Esta, a su vez, debería garantizar tanto a donantes como a receptores que sus respectivas identidades no le serán reveladas al otro, salvo conformidad expresa de todos los interesados o requerimientos del hijo cuando éste haya alcanzado madurez suficiente». No obstante, apunta en la pág. 61 que ya en 1985 se estaba cuestionando al anonimato, «en el entendimiento de que —como ha ocurrido en la adopción— el niño debería estar en condiciones de conocer su origen biológico». Cita en este punto a ANDREWS «¿De quién soy hijo? tuyo, mío, de ellos», en *Psychology Today* (en español), México, agosto 1985. ZANNONI, afirma en la pág. 61, refiriéndose a ANDREWS que «en el Banco de esperma de California del Norte, que comenzó a funcionar en 1982, se explica a los donantes que pueden dejar su nombre y dirección para ser entregado al niño cuando éste cumpla dieciocho años, y que más de un 20 por 100 de donantes lo hacen. Es claro que los administradores de bancos de semen temen que la exigencia de revelar sus nombres pudiese disuadir a la mayoría de potenciales donantes. Sin embargo, una encuesta realizada por ROBY ROWLAND, de la Universidad de Deakin, en Victoria (Australia) revelaría que el 60 por 100 de los donantes consultados dijeron que no veían ningún problema en que el niño se relacionara con ellos luego de cumplir los dieciocho años. Este porcentaje refrendaría, para ROWLAND —según lo dice LORI ANDREWS— «la opinión de quienes alegan que, al igual que en el caso de la adopción, los niños nacidos gracias a la inseminación artificial con semen de donante deben tener acceso a la información acerca de sus padres biológicos».

³⁸ LLEDÓ YAGÜE, «Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: Francisco Lledó y Yagüe), Marzo 1994, págs. 377-378, afirma: «[tal anonimato, [...], no debe ser obstáculo para que el establecimiento habilitado al efecto conserve los antecedentes y las condiciones biológicas del dador de los gametos, en cuanto puedan interesar al mejor desarrollo de la vida del futuro recién nacido, quien, por razones de salud, puede tener acceso a los datos biológicos que de su progenitor consten en el establecimiento».

³⁹ LLEDÓ YAGÜE, *op. ult. cit.*, pág. 378, afirma: «si fuera necesario conocer o revelar la identidad del donante, es más, incluso conocer su propia ascendencia genotípica cuando el hijo padeciera una enfermedad congénita transmitida genéticamente, es decir, vía donante de gametos, debe ceder al secreto y consiguientemente poner a disposición de los interesados los informes biológicos pertinentes, sin que en ningún caso dicha circunstancia implicara para el citado donante ninguna atribución de responsabilidad paterno-filial, o, dicho en términos más concluyentes, ninguna consecuencia legal imputable a aquél».

reflexionar sobre estas cuestiones es preguntarse: ¿Le diría yo al niño que no soy su padre?, cuando lo que en propiedad habría que preguntarse es: ¿Cómo me sentiría yo, si llegara a saber que un médico ha destruido toda la documentación sobre mis orígenes y que ya no voy a tener nunca posibilidad de conocer nada al respecto?»⁴⁰.

3.1. Desde un punto de vista psicológico

a) Se considera una contradicción que el hijo pueda conocer características genéticas, y no la identidad del donante. La reacción de algunos que sepan que han nacido de inseminación artificial con intervención de donante, será conocer su origen, y negarle ese derecho puede provocar graves problemas psicológicos⁴¹.

b) El interés del niño, —desde este punto de vista psicológico—, no obliga a revelar su origen pero sí obliga a no impedirle acceder al mismo⁴².

c) La necesidad que el hijo tiene de veracidad y sinceridad acerca de su origen biológico⁴³.

⁴⁰ PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 33. En el mismo sentido, cfr. EWERLÖF, «Swedish Legislation on Artificial Insemination», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 65 y ss.

⁴¹ RAMÍREZ NAVALÓN, «Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ambito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas», *Revista General del Derecho*, 1987, pág. 6562.

⁴² Cfr. ABEL FABRÉ y HORTAL ALONSO en la Sesión de 27 de noviembre de 1985 (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1985, II Legislatura, N.º 376, Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas, Presidente: Don Marcelo PALACIOS ALONSO, págs. 11469 y ss). En este mismo sentido, DELEURY, «Le droit de la procréation artificielle au Québec», en BOURG, (Textes réunis par), *L'infertilité: Procréation médicalement assistée, Adoption, Filiation, Questions éthiques, psychologiques juridiques et scientifiques*, De Boeck Université Bruxelles, 1992, pág. 102, afirma: «Des propos qui permettent d'affirmer que si l'intérêt de l'enfant ne commande pas toujours qu'on lui révèle le secret de ses origines, cet intérêt commande tout autant qu'on ne l'interdise pas». Esta idea la recoge de nuevo BOURG, *op. cit.*, en pág. 148.

⁴³ El Comité Sueco, en su Informe para la preparación de la Ley de inseminación artificial determinó que «no debe ocultarse al así nacido su origen real, y que debe permitir-sele, por lo menos a partir de la mayoría de edad reclamarlo y conocerlo». *Vide* este Informe sueco en Documentación relativa a la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Senado, Secretaría General, Dirección de Estudios y Documentación, págs. 196 y ss.

d) La prohibición de conocer la raíz genética puede producir malestar individual y social ⁴⁴.

3.2. Desde un punto de vista médico

a) La finalidad de conocer al donante es que el nacido pueda obtener información médica, habitualmente incompleta ⁴⁵.

b) No existe secreto profesional del médico respecto del donante ⁴⁶.

⁴⁴ SANCHO REBULLIDA, «Los estudios y las líneas previsibles de la futura regulación española», en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Editorial Trivium, Madrid, 1988, pág. 109, afirma respecto del anonimato: «Este tratamiento puede ser considerado contradictorio con lo proclamado en el artículo 39.2 de la Constitución: “La Ley posibilitará la investigación de la paternidad” y con los arts. 127 y concordantes del Código Civil que, tras noventa y dos años de imponer un absurdo y anacrónico anonimato, ha permitido, tras la reforma de 1981, la libre investigación de la paternidad y de la maternidad, mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Poco habrá durado la apertura de tal reforma si prospera la tesis de la permisión de donación de gametos y embriones y la del anonimato de los donantes. [...] Los textos examinados permiten al hijo conocer las características de su progenitor, pero no su identidad. [...] Pero a mí, esta posibilidad aún me parece más cruel para con el hijo, que puede llegar a verse atormentado con las conjeturas y sospechas que nazcan de este conocimiento de las características del donante, y de su posible concurrencia en algún amigo de sus padres. El Informe se plantea, para desecharla, la consideración de que “el ser humano, llegada la mayoría de edad, debe conocer todo, incluida la identidad de sus progenitores, pues de otra forma el anonimato podría vetar un derecho fundamental a conocer la raíz genética y conduciría a ocasionar malestar individual y social por la ignorancia del origen. Sin duda, la donación sin anonimato da facilidades al hijo para reclamar la filiación extramatrimonial en cualquier momento”. Y la Recomendación 49 prescribe que los donantes sean advertidos “de la posibilidad de que el o los hijos nacidos de su donación deseen ampararse en la Constitución y en las leyes para intentar recabar la investigación de la paternidad”».

⁴⁵ SILVA-RUIZ, «El Derecho de familia y la inseminación artificial *in vivo e in vitro*», *Tapia*, Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia de Cáceres, Diciembre 1987, pág. 40. En el mismo sentido en «Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización *in vitro* y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 90, nota 19.

⁴⁶ PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 33, quien considera que «el secreto profesional protege el interés de quien, a fin de posibilitar un diagnóstico correcto, debe proporcionar al médico unos datos personalísimos, que en circunstancias normales no revelaría a los demás. En la base del deber de secreto está, así pues, el estado de necesidad del paciente, que se ve forzado a revelar al médico sus miserias y aflicciones. Nada de esto sucede, sin embargo, en relación al donante de semen. Este no se encuentra en sentido propio bajo tratamiento del médico, no tiene que abrirse y confiarse a él a fin de conseguir un consejo experto relativo a una enfermedad. Puesto que el donante pone su esperma a disposición del médico sin estar en la necesidad de hacerlo, no puede hablarse de secreto profesional digno de protección jurídica».

3.3. Desde un punto de vista práctico

El derecho a conocer los orígenes no impide que haya donaciones. Sin embargo cambia el tipo de donantes, que pasan de ser estudiantes en su mayoría en el caso del anonimato a varones casados con hijos en el supuesto de ausencia de anonimato⁴⁷. Los CECOS solamente admiten hombres casados que han tenido descendencia. Esta decisión se tomó cuando un donante se dirigió al CECOS, con la pretensión de conocer a los nacidos como consecuencia de su donación, ya que con posterioridad a dicha donación quedó estéril, y sin posibilidad de ser padre biológico⁴⁸.

3.4. Desde un punto de vista jurídico

a) La Constitución Española parece garantizar al nacido la posibilidad de encontrar una madre y un padre que pueda considerar como suyos⁴⁹.

b) No parece justo negar a ciertos seres humanos el derecho a conocer quién es su padre biológico⁵⁰. Un anonimato absoluto discrimina a los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida respecto de los nacidos por procreación natural⁵¹.

⁴⁷ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 161. Sin embargo, algunos autores cuestionan si la transparencia total favorece verdaderamente el interés del niño o persigue más bien la erradicación de la fecundación con donante. *Vide* en este sentido, POUSSON-PETTI, «Rapport général: PMA dans les Pays Romanistes», Congrès International de l'Association Internationale de Droit de la Famille: Biomédecine, Famille et Droits de l'Homme, Oxford, UK, 27-30 août 1999, págs. 31-32.

⁴⁸ MANDELBAUM y PLACHOT, *La generación probeta*, URANO, 1993, pág. 633.

⁴⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 216, considera que el hecho de que una ley negase al nacido toda posibilidad de investigar la paternidad sería «probablemente contrario a la CE, [...]», pues el precepto constitucional parece garantizar a todo nacido la posibilidad de encontrar una madre y un padre que pueda considerar «suyos» (biológicos o no).

⁵⁰ GARCÍA CANTERO, «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de Familia» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, J.M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1993, pág. 344: «Tampoco parece justo negar *ab origine* a ciertos seres humanos el derecho a conocer quién es su padre con independencia de que el marido o compañero de la madre haya dado su consentimiento a la inseminación heteróloga».

⁵¹ MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 109 apuntaba: «La exigencia de un anonimato absoluto discrimina a los hijos nacidos a partir de las nuevas técnicas de los demás». En la nota 186

c) El anonimato «no es sino una construcción *ad hoc* que en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada —el hijo y su derecho a la intimidad—, lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de responsabilidades de las restantes personas implicadas en la operación [...] podría llevar[...] a la instrumentalización del hijo, que puede ver cercenado su derecho a conocer quién fue su progenitor biológico o a contar con ese dato para la defensa de sus intereses morales o materiales»⁵². Si se niega al niño el derecho a conocer la identidad del donante, «el niño sería considerado como un objeto y no como una persona»⁵³.

añade: «Situación que contradice los arts. 14 y 39 C.E. y los tratados internacionales que han de tenerse en cuenta según el artículo 10 C. E.: Entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, Declaración de los Derechos del Niño de 1959, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, Carta Social Europea de 1961, que abogan por la no discriminación por nacimiento»; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 114, afirma: «[...] no parece que el anonimato sea inconstitucional atendiendo al artículo 39-2 CE en sí mismo considerado. Sin embargo, sí me lo parece atendiendo a su relación con otro precepto constitucional, que es el artículo 14 CE, donde se consagra el principio de no discriminación por razón de nacimiento: en consecuencia, al nacido de inseminación artificial debiera de permitírsele ejercitar las acciones de reclamación e impugnación de la paternidad en los mismos términos que a todos los demás nacidos de una fecundación natural, y en los que se admita por los tribunales en el caso de la adopción, aunque en estos momentos todavía no existe jurisprudencia que nos permita afirmar el alcance del ejercicio de la acción en relación a la adopción, pero estimo que en todo caso debe de ser el mismo»; BUSTOS PUECHE, en «El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas», *La Ley*, 1992-3, pág. 924, plantea que el nacido por vía natural puede investigar la paternidad, a diferencia del nacido por vía artificial, lo cual entra en conflicto con los artículos 14 y 39 de la Constitución; en *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996, pág. 151 pretende «ofrecer una interpretación correctora de la *mens legislatoris* —no tanto de la *mens legis*, por la ambigüedad denunciada de su texto— que torne constitucionales los preceptos mencionados, sobre la base de distinguir secreto de interdicción de investigar la paternidad, y de limitar la llamada inmunidad jurídico-familiar del donante a los casos en que no media la firme voluntad del hijo de conocer su origen biológico. Además, he sostenido, siguiendo a PANTALEÓN, que no es constitucionalmente posible distinguir entre fecundación natural y fecundación artificial, a la hora de determinar los efectos jurídicos de la relación paterno-filial, de modo que, conocida ésta, producirá los efectos típicos prevenidos en la legislación común, a menos que el hijo ya los haya obtenido por contar con padres legales que le suministren esa asistencia de todo orden que ordena en favor de los hijos —de todos los hijos— el artículo 39.3 de la Ley Fundamental»; VIDAL MARTÍNEZ, «La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida», *RGD*, septiembre 1994, pág. 9532.

⁵² VIDAL MARTÍNEZ, «Las nuevas formas de reproducción humana ante el derecho civil: introducción y panorama general», *RGD*, 1986, págs. 3718-3719; «La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida», *RGD*, septiembre 1994, pág. 9531.

⁵³ VIDAL MARTÍNEZ, «La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida», *RGD*, septiembre 1994, pág. 9531.

El anonimato de los donantes de gametos y preembriones establecido en la Ley 35/88, en la inseminación heteróloga, es contrario al derecho del niño (y de toda persona) a conocer su origen biológico, que forma parte del derecho a la identidad, cualquiera que sea la filiación determinada con arreglo a la Ley.

d) El derecho a conocer la propia identidad se considera como derecho fundamental. Así RIVERO HERNÁNDEZ afirma: «el conocer el propio origen es un derecho fundamental de toda persona, relacionado (en cuanto que la determina) con su identidad de persona concreta y diferenciada de cualquier otra, individual y socialmente; por tanto, también con su propia personalidad, a cuya definición y desarrollo contribuye desde sus primeros estadios y en el futuro. Derecho relacionado igualmente con la dignidad de la persona y con su propia intimidad en sentido positivo, a la que afecta muy directamente. Su fundamento jurídico-constitucional se halla, por tanto, al menos, en los artículos 10 y 18 CE [...] Quiero insistir sobre todo [...] en la contribución del conocimiento del propio origen [...] a la definición biológica y socio-jurídica de la identidad de la persona, del propio ser individual de cada uno como entidad de persona diferenciada de los otros: la personalidad caracterizada por su unicidad (como una e inescindible es la persona), *a priori* o presupuesto de todo lo jurídico, de todos los derechos, incluso los más fundamentales.

»En este sentido, la protección de esa identidad ontológica y jurídica de la persona se sitúa al más alto nivel ético y jurídico, el más próximo a la vida y por encima incluso de todos los otros bienes y valores y derechos fundamentales en tanto que *prius* lógico e imprescindible de los mismos. El derecho al respeto de la dignidad de la persona, a la libertad (cualquier libertad), a la intimidad, al honor, etc., requieren ir referidos a una persona concreta; y ésta viene a su vez definida por su propia identidad o autorreferencia individual y social: ¿quién soy yo, ser libre, persona cuya dignidad y honor merecen respeto y están protegidos, etc.? —puede preguntarse cualquiera—. Si esto parece razonable, cómo no admitir que el primer derecho de toda persona sea el de conocer su propia identidad, quién es, qué datos individuales y sociales lo definen e individualizan frente a “los otros”, de dónde viene (como presupuesto para conocer y definir su itinerario vital, biográfico, en el que se integran todas las demás acepciones jurídicas y derechos)»⁵⁴.

⁵⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, «*¿Mater semper certa est ? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español*», *ADC*, 1997-I, págs. 22-23. En esta línea STARCK («1. Teilgutachten Verfassungsrechtliche Probleme») (Informe al 56 Congreso de Juristas Alemanes), *Die künstliche Befruchtung beim Menschen-Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen*,

e) La investigación de la paternidad es un derecho de los interesados, no existiendo deberes de información de oficio⁵⁵.

f) Se han de defender los derechos fundamentales del nacido y no el interés de un grupo de presión de médicos interesados en la práctica de IAD⁵⁶.

En la práctica algunos nacidos de inseminación artificial con donante han solicitado conocer al progenitor⁵⁷. Posiblemente la solución

Munich, 1986, pág. 24) citado por RIVERO HERNÁNDEZ en la página 23, afirma: «El ser humano se diferencia esencialmente del animal por el conocimiento de su origen; en ello puede verse un elemento de dignidad [...] La dignidad del ser humano consiste precisamente en la unidad de su existencia espiritual y física, que le capacita para una existencia histórica [...]». Si el donante de esperma es anónimo [...] se interviene de manera irreparable en la existencia histórica del niño así procreado, lo que debe ser considerado como una violación de la dignidad del ser humano».

En este mismo sentido RIVERO HERNÁNDEZ —ya en 1989— en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, págs. 161-162, afirmaba: «La relación biológica entre el padre o madre y el hijo tiene gran importancia, pues determina una herencia genética de la que derivan importantes caracteres hereditarios. [...] ello excede del ámbito de la relación jurídico-familiar que es la filiación, para afectar a un derecho fundamental de la persona (emparentado con el derecho a conocer su propio origen y con su dignidad personal), que tiene holgada cabida entre los protegidos por el art. 10.1 de nuestra Norma fundamental. Derecho que no puede estar condicionado por los criterios empleados para las acciones de filiación». El capítulo en que se inserta este texto es redactado por RIVERO HERNÁNDEZ, y apostillado por LACRUZ BERDEJO, quien en dicha obra, pág. 163, crítica esta posición en los siguientes términos: «Hasta aquí, RIVERO, apasionado defensor del conocimiento de la procedencia del hijo. Frente a ello se alza la casi totalidad de los juristas, y también las opiniones de sociólogos y constitucionalistas en buena medida. Y es que la tesis de la intimidad del derecho del niño no puede llevarnos a reconocerle el derecho a conocer su origen en tanto tal origen se deba a la casualidad. El que hace una donación de gametos tiene, por lo demás, derecho a imponer las condiciones, y el que utiliza los gametos ha de respetarlas o abstenerse de su utilización: nunca contradecirlas so pretexto de las necesidades del niño, que son mucho menores de lo que RIVERO se imagina. Es el hombre el que, en un momento inicial de madurez, puede tener curiosidad por conocer su origen, conocimiento que —salvo supuestos rarísimos— de matrimonio entre hermanos de vínculo sencillo que desconocen esta circunstancia obedece a una curiosidad que podrá ser satisfecha por los procedimientos ordinarios, pero no poniendo medios extraordinarios y atropellando lo que los padres quisieron mantener secreto». En la edición de 1997, pág. 531, este párrafo ha sido sustituido por: «Esta posición no es compartida, sin embargo, por otros autores (entre ellos, Lacruz)». LACRUZ BERDEJO también defendió el anonimato en la Sesión de la Comisión Especial de Estudio de la fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas de 28-11-1985, pág. 45 (transcripción mecanografiada); en «La paternidad, la reforma de 1981 del Código Civil y los progresos de la biología», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Octubre 1987, págs. 41 y ss.; en el Prólogo y en el Discurso de Clausura de este Congreso. En la página 43 de la comunicación citada afirma: «Si el ordenamiento admite la paternidad, desvinculada del dato genético y autorizada por la ley como instituto jurídico que tiene base suficiente en la existencia del matrimonio de la madre y la voluntad del marido de ésta de aceptar como suyo al hijo, tal hijo no podrá “investigar” esa paternidad que ya desde el principio no se funda en el dato genético sino en

menos mala para el nacido sea que éste pueda conocerlo. No obstante, reconozco las objeciones expuestas para defender el anonimato.

Incluso se afirma: «El anonimato supone un absoluto desprecio por los derechos fundamentales de los futuros seres fruto de las técnicas de reproducción asistida»⁵⁸.

la voluntad y el afecto. Hay entonces una verdadera paternidad legal, aunque no genética; un vínculo de parentesco en primer grado creado por la ley sobre bases distintas de la procreación. Correlativamente, no habría lugar a una "acción de impugnación de la paternidad" cuando la generación ha sido ya sustituida por otros motivos».

En la misma línea, QUESADA GONZÁLEZ, «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico», *Anuario de Derecho Civil*, Abril-junio 1994, págs. 286 y 299 y ss. En pág. 286 afirma: «Intentaré, no obstante, demostrar por qué estimo más conforme con los designios de la Constitución que se permita al hijo indagar la identidad del donante cuando ha mediado una FAD». Añade en la pág. 300: «en nuestro país es posible defender el derecho a conocer el propio origen partiendo del artículo 10 CE.» Afirma: «No me parece, sin embargo, del todo oportuno fundamentar el derecho al conocimiento de la ascendencia biológica, en el supuesto de FAD, en el artículo 39.2 CE, porque entiendo que este precepto piensa en una investigación de la paternidad encaminada a hacer posible la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones inherentes a la paternidad derivada de la cohabitación».

En similar sentido, HERNÁNDEZ GIL, Francisco «El derecho del niño a su identidad personal», *Revista de Estudios del Ministerio Fiscal*, 1995, III, págs. 586-587, afirma:

«1.º La Constitución no recoge entre los derechos fundamentales el derecho a la identidad personal.

2.º El derecho a la identidad personal forma parte del contenido de otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución como los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. También se vincula a los valores fundamentales de la dignidad de la persona y del desarrollo de la personalidad.

3.º Los elementos que integran el derecho de identidad personal del niño, expresamente mencionados en la Convención, están regulados en nuestro ordenamiento jurídico.

4.º El anonimato de los donantes de gametos y preembriones establecido en la Ley 35/88 en la inseminación heteróloga es contrario al derecho del niño (y de toda persona) a conocer su origen biológico, que forma parte del derecho a la identidad, cualquiera que sea la filiación determinada con arreglo a la Ley.

5.º Aparte de constituir norma jurídica de aplicación directa, la Convención tiene en nuestro Derecho una función interpretativa de singular importancia atribuida por el artículo 10.2 de la Constitución. A tenor de este precepto las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España sobre la materia. La Convención vincula también a los órganos jurisdiccionales para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas, y significa que la actividad interpretativa deberá realizarse de acuerdo con el espíritu y finalidad que se derivan de sus normas.

6.º Con independencia de las acciones de filiación, creemos posible el ejercicio de una pretensión encaminada a la determinación de la paternidad o maternidad para conocer el origen biológico de la persona, como elemento integrante del derecho a la identidad.

7.º La protección jurisdiccional del derecho a la identidad personal, en la medida en que puede formar parte del contenido de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, encuentra fundamento en las disposiciones de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo. También es posible la protección constitucional del derecho a la identidad. El Tribunal Constitucional interpreta en sentido amplio los derechos del art. 18.1 de la Constitución (que son los repetidos derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen) y entiende que

4. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD

El artículo 5.5 de la LTRA es, según algunos autores, inconstitucional respecto de los siguientes preceptos constitucionales:

- Artículo 10, entendiendo que «se degrada al niño a la condición de objeto, de medio involuntario de fines ajenos, cuando, a fin de fomentar las donaciones de semen, se consagra legislativamente la posibilidad de ocultarle su origen de manera sistemática»⁵⁹.

deben aplicarse en relación con el art. 10.1 que proclama la dignidad de la persona fundamento del orden político y de la paz social. Por esta razón, el derecho a la identidad del niño, como derivado de la dignidad de la persona, puede afirmarse que cuenta con la tutela constitucional».

Ciertamente, se puede constatar que existe un amplio sector doctrinal que no acepta el anonimato del donante en el marco de nuestro Derecho civil.

⁵⁵ SIMÓ SEVILLA, «La Medicina moderna de la procreación en el Derecho de Familia y en el Derecho sucesorio», Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995, pág. 136 afirma: «El no compartir el principio del anonimato no quiere decir necesariamente, como sugiere el Informe parlamentario, que “el ser humano, llegada la mayoría de edad, debe conocerlo todo”. El establecimiento de una especie de deberes de información de oficio ha sido rechazado por nuestra doctrina; por el contrario, debe mantenerse en todo caso que corresponda exclusivamente a iniciativa de los interesados la investigación de la paternidad, aun a riesgo de que la filiación determinada legalmente no se corresponda con la real»; *vide* en el mismo sentido PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 33.

⁵⁶ PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 33.

⁵⁷ A título de ejemplo *vide Acepresa* de 13 de abril de 1994, págs. 1 y s. (traducción de la noticia publicada en *Newsweek* de 7-3-1994). En dicho texto, Margaret R. Brown reclama el derecho a conocer a su padre biológico. Afirma: «soy una persona engendrada por inseminación artificial con esperma de donante, nunca conoceré la mitad de mi identidad. ¿A qué tanto secreto? ¿Quién metió en la cabeza de mi familia la idea de que mis raíces biológicas no importaban? No se puede negar a nadie el derecho a conocer sus orígenes biológicos [...] Los defensores de la fecundación artificial alegan que en la paternidad la biología es irrelevante [...] Pero en un mundo donde la historia es una asignatura obligatoria y las bibliotecas contienen secciones dedicadas a la genealogía, no entiendo cómo alguien puede privar conscientemente a otro de algo tan básico y esencial como su herencia [...] Lo más asombroso, a la vista de la importancia que da la sociedad actual a los derechos de los niños, es que en la inseminación artificial se actúa en interés de la intimidad de los padres y del médico, en vez de en interés del niño (...) Ni siquiera se plantea si el hijo tiene derecho a conocer a su padre biológico (...) Parece que nadie pensó que quizá yo querría conocer la otra mitad de mi constitución genética. Pero un hijo no es una mercancía ni una propiedad: es una persona que tiene sus propios derechos».

⁵⁸ PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 20.

⁵⁹ PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 32; RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*,

- Artículo 14 de la Constitución, ya que se hace de peor condición al nacido por técnicas de reproducción asistida que al nacido por fecundación natural, en cuanto se le impide al primero conocer la verdad biológica⁶⁰.

- Artículo 15, referido a la integridad física, ya que sólo un peligro para la vida del hijo permite excepcionar la regla del anonimato; y a la integridad moral en cuanto que la imposibilidad de conocer el propio origen puede provocarle trastornos psíquicos que afecten al desarrollo de su personalidad⁶¹.

- Artículo 18, en cuanto afecta al derecho de intimidad personal y familiar del niño. El derecho a la identidad forma parte del contenido de otros derechos fundamentales: honor, intimidad y propia imagen⁶².

- Artículo 39.2, debido a que se niega la posibilidad de investigar la paternidad. Como es sabido, este artículo establece que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad»⁶³. Algunos autores deducen de

Elementos de Derecho civil, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 161; GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. V, 2.º, pág. 231; VIDAL MARTÍNEZ, «La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida», *RGD*, septiembre 1994, pág. 9531; QUESADA GONZÁLEZ, «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico», *Anuario de Derecho Civil*, Abril-junio 1994, pág. 300; HERNÁNDEZ GIL, Francisco, «El derecho del niño a su identidad personal», *Revista de Estudios del Ministerio Fiscal*, 1995, III, págs. 586-587; VIDAL PRADO, «El derecho a conocer la filiación biológica (Con especial atención a la filiación materna)», *Revista Jurídica de Navarra*, 1996, n.º 22, pág. 277.

⁶⁰ MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 109; BUSTOS PUECHE, «El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas», *La Ley*, 1992-3, pág. 924; PANTALEÓN, «Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, mayo-agosto 1993, pág. 139; VIDAL MARTÍNEZ, «La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida», *RGD*, septiembre 1994, pág. 9532; BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), pág. 408; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 114.

⁶¹ PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 32.

⁶² VIDAL MARTÍNEZ, «La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida», *RGD*, septiembre 1994, págs. 9532; HERNÁNDEZ GIL, Francisco, «El derecho del niño a su identidad personal», *Revista de Estudios del Ministerio Fiscal*, 1995, III, págs. 586-587; RIVERO HERNÁNDEZ, «*¿Mater semper certa est?* Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español», *ADC*, 1997-1, págs. 22-23.

⁶³ CAMPUZANO TOMÉ, CARBAJO GONZÁLEZ y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación», *AC*, 1985, pág. 297; Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas, *Informe*, (presidida por Marcelo Palacios), Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, Recomendación 49, pág. 115; SANCHO REBULLIDA, «Los estudios y las líneas previsibles de la futura regulación española», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada*

este artículo el derecho del nacido a conocer quién es su padre biológico⁶⁴.

- Artículo 39.3, en relación con el artículo 24.1, ya que el anonimato del donante, consagrado por la ley impide que el nacido pueda reclamar la paternidad de su padre biológico en aquellos supuestos en que ningún varón ejerce los deberes derivados de la paternidad⁶⁵. De esta manera, se impide que los padres presten asistencia si se trata de mujer sola o de mujer con pareja, pero sin consentimiento del varón⁶⁶.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la STC 116/1999, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la LTRA, declara la constitucionalidad del anonimato, como se describe en el apartado III de este capítulo.

por los avances científicos en materia de reproducción humana, Editorial Trivium, Madrid, 1988, pág. 109; MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 109; PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 32; GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 111 y ss.; VIDAL MARTÍNEZ, «La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida», *RGD*, septiembre 1994, pág. 9532; BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), pág. 408; VIDAL PRADO, «El derecho a conocer la filiación biológica. (Con especial atención a la filiación materna)», *Revista Jurídica de Navarra*, 1996, n.º 22, págs. 268-269.

⁶⁴ Es discutido si, en principio, todo menor ha de tener desde el punto de vista jurídico padre y madre (genéticamente, es claro que los tiene). *Vide* en este sentido VIDAL MARTÍNEZ, en sus diversos estudios, Por todos, «La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida», *RGD*, septiembre 1994, págs. 9531-9532. En la nota 40 de dicho artículo afirma: «Merece destacarse que la Ley catalana de filiaciones de 27 de abril de 1991 señala en su preámbulo, como principios rectores, el de libre investigación de la paternidad y maternidad y el de *favor filii* argumentándose consecuentemente que “en principio, todo menor ha de tener padre y madre”». Por su parte, LACRUZ BERDEJO, «La Constitución y los hijos artificiales», *AC*, 1987, pág. 2034, considera que no es una exigencia constitucional.

⁶⁵ PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 32.

⁶⁶ PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 32; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 489; VIDAL MARTÍNEZ, «La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida», *RGD*, septiembre 1994, pág. 9532; BUSTOS PUECHE, «El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas», *La Ley*, 1992-3, pág. 924; BUSTOS PUECHE, «El derecho civil ante el reto de la nueva genética, Editorial Dykinson, Madrid, 1996, pág. 151.

5. EN TORNO A UNA PROSIBLE Y PROPIA ACCIÓN DE INVESTIGACIÓN DE LA PROGENITURA

A juicio de BLASCO GASCÓ, según el artículo 39.2 de la Constitución, la ley puede limitar, pero no prohibir la investigación de la paternidad⁶⁷.

Defiende el derecho del nacido a conocer la identidad del donante, sin identificarlo con la relación de paternidad. El obstáculo con el que se encuentra es que en el Código Civil, la investigación de paternidad es un medio que sólo puede ser utilizado dentro de las acciones de filiación, no de manera separada⁶⁸.

Propone la existencia de una acción de investigación de la paternidad exclusivamente dirigida a identificar al padre genético que no conlleve los deberes de la paternidad. Afirma: «[...] las técnicas de reproducción asistida y, fundamentalmente, los imperativos constitucionales (no sólo el artículo 39.2 sino también el artículo 10 C.E.) creo que revitalizan y actualizan la utilidad de una acción de investigación de la paternidad propia e independiente. Ello permite, a mi entender, la regulación de la inseminación asistida con gametos de donante/s sin vulnerar precepto constitucional alguno porque:

⁶⁷ BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), pág. 408, afirma: «la expresión "posibilitará" puede admitir determinadas restricciones de orden temporal (plazos) o subjetivo (legitimación), pero no habilita al legislador para impedir de manera absoluta la investigación y el conocimiento de la verdad biológica. Igualmente, puede servir para justificar la no existencia de una verdadera y propia acción de investigación de la paternidad, como sucede en la regulación del Código Civil en el que la investigación de la paternidad y de la maternidad se debe realizar "dentro" de las acciones de filiación ex art. 127 C.C.»

⁶⁸ BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), pág. 409 afirma: «Con base en la Constitución, creemos que no hay argumentos bastantes para impedir el anonimato del donante de semen siempre que tal anonimato ceda, en favor del hijo, cuando éste pretenda investigar y conocer su origen genético. En este aspecto, entendemos que tendría derecho a conocer, no sólo "información general de los donantes" ex art. 5-5 LTRA, sino incluso su propia identidad (así, la Ley sueca 1984:1240 sobre inseminación, cuyo artículo 4 establece el derecho del niño concebido como resultado de estas técnicas a ser informado del contenido del informe conservado por el hospital y referente al dador de los gametos, siempre que el niño haya alcanzado suficiente madurez. (En este sentido también E. Roca). Cuestión distinta, insistimos, es que de ello deba derivar necesariamente una relación de paternidad. El problema se plantea en el Código Civil desde el momento en que, como ya hemos dicho, la investigación de la paternidad no se configura como una verdadera, propia e independiente acción sino que se permite, tal investigación, en el procedimiento derivado del ejercicio de una de las acciones de filiación, y éstas buscan declarar o impugnar una filiación. En cambio, no se presentaría tal cuestión si se permitiera una acción de investigación de la paternidad independiente de las acciones de filiación».

a) Posibilita siempre la investigación de la paternidad (artículo 39.2 C.E.), sin derivar de su resultado necesariamente una relación de filiación entre el ser nacido fruto de tales técnicas y el dador de los gametos.

b) Posibilita al ser nacido mediante tales técnicas conocer la verdad biológica y la identidad de su progenitor, permitiéndole así el libre desarrollo y ejercicio de su personalidad *ex* artículo 10 C.E.

Obviamente, de esta manera no queda garantizado el anonimato del dador de los gametos, pero ya señalé que, de un lado, tal anonimato no es una exigencia constitucional (ni siquiera podría ampararse, en mi opinión, en el derecho a la intimidad) y, del otro lado, la determinación de la filiación no depende —parece obvio— del conocimiento de la identidad del dador de los gametos. Aún más, ante un posible conflicto de intereses entre el dador (que pretende su anonimato) y el hijo, digamos, genético (que pretende conocer la verdad biológica y la identidad de su progenitor) entiendo que debe prevalecer este último por exigencia constitucional *ex* artículos 39.2 y 10 C.E.»⁶⁹.

⁶⁹ *Vide* en este sentido BLASCO GASCÓ, «Técnicas de reproducción asistida y competencia legislativa autonómica», *Revista General de Cataluña*, n.º 4, 1991, pág. 976. *Vide* también «La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, 1991, pág. 702, afirma: «Garantizar el anonimato de los dadores es posiblemente inconstitucional si significa impedir la investigación de la paternidad. Pero padre jurídicamente es quien asume tal función o quien determina el ordenamiento jurídico atribuyéndole dicha función, no quien determina la biología. La deseable coincidencia entre verdad biológica y verdad jurídica debe contemplarse desde la perspectiva jurídica (desde contemplarse debe la perspectiva jurídica, *sic*), no desde la biológica. Si no coinciden debe prevalecer la verdad jurídica y social (el concepto de padre es un concepto cultural) sobre la biológica.

Si se entiende que el hijo tiene derecho a conocer su identidad biológica, posiblemente la solución deba articularse mediante la armonización de diversos criterios:

a) Al hijo nacido como fruto de estas técnicas no se le puede imposibilitar la investigación de su origen biológico, incluido la identidad del dador de los gametos.

b) Ni los progenitores (dador) ni los padres (jurídicos) tienen la obligación de poner en conocimiento del hijo la forma de su concepción ni la identidad del dador, en la medida que no está obligado padre alguno, incluidos los adoptivos. Así se reserva, en lo posible, la intimidad de aquéllos y de su familia.

c) Si se conoce la identidad del dador —la cual, como digo, no se debe impedir—, de ello no debe derivar relación de filiación alguna entre éste y el hijo. En este punto se puede y debe escindir inexorablemente el dato biológico del dato jurídico.

Las soluciones pueden ser varias: abstracción hecha de la inseminación homóloga con consentimiento del marido o compañero *more uxorio*, la cual no presenta problemas, se puede optar entre atribuir la filiación solamente a la mujer (lo cual no me parece inconstitucional) o bien pedir el consentimiento expreso al dador para proceder a una determinada fecundación advirtiéndole de su responsabilidad y atribuyéndole, en su caso, la relación de filiación. Es decir, combinando los principios de responsabilidad y consentimiento».

Para BLASCO GASCÓ, en el supuesto de la mujer sola, «la única posible causa de inconstitucionalidad se halla en el hecho del anonimato, [...] porque impide radicalmente y de manera absoluta la investigación de la paternidad (art. 39-2 C.E.), la imposibilita y no se ciñe solamente a limitarla»⁷⁰.

A mi juicio, sería útil una acción de investigación de la progenitura para permitir que el nacido pueda conocer sus orígenes, derecho que se podría fundar en el artículo 10 de la Constitución. Ahora bien, considero que sería más sencillo que el nacido, llegada su mayoría de edad pudiese acceder al Registro Nacional de Donantes para así identificar, en su caso, al donante.

6. APROXIMACIÓN AL ANONIMATO EN DERECHO CATALÁN

En cuanto a la regulación de esta materia en Cataluña, se advierte cronológicamente la siguiente evolución:

El artículo 4 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, según redacción dada por el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio (Departamento de Justicia de la Generalidad), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, establece: «1. Los hijos podrán promover las acciones conducentes a la investigación, prueba y declaración de su filiación y exigir de sus padres el cumplimiento de las obligaciones que tal condición les impone».

La Ley 7/1991, de 27 de abril, del Parlamento de Cataluña, de Filiaciones, en su Disposición Derogatoria, establece: «Quedan derogados los artículos 4.º y 5.º de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña». Dicha ley dedica a las acciones relativas a la filiación el capítulo II (artículos 10 a 18), pero no recoge regla similar al antiguo artículo 4 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

Respecto de esta regulación afirman GETE-ALONSO y BLASCO-GASCÓ: «El principio de libre investigación de la paternidad/maternidad o principio de verdad biológica, que ha sido, desde siempre, el fundamento de toda la legislación catalana en esta materia: la adecuación de la verdad formal u oficial a la verdad biológica. [...] Se plantean dudas respecto de si sigue subsistente la pura acción de investigación de la paternidad que

⁷⁰ BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia*, (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), pág. 410.

recogía el derogado artículo 4 de la CDC. Aquella en la que, aunque debiera ejercitarse junto a la de reclamación e impugnación, se pretendía únicamente la averiguación de la realidad de la generación.[...] La certeza y estabilidad de la relación conyugal —la existencia del matrimonio— se hace prevalecer sobre el principio de verdad biológica.

Finalmente, el mismo quiebra, también, a menos que se admita la subsistencia de la acción pura de investigación, en los casos de reproducción asistida cuando se haya realizado en forma heteróloga en los que prima el principio del consentimiento sobre aquél»⁷¹.

En el vigente Código de Familia de Cataluña, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, no se recoge precepto semejante. Se distingue:

a) Derecho Positivo: No se admite la impugnación de la paternidad en inseminación artificial con donante. Así, el artículo 111.2 establece: *No se admite la impugnación que sólo se base en la fecundación asistida de la madre [...], aunque el padre no sea el progenitor biológico de la persona cuya filiación se impugna*. Como se observa, mediante esta regla específica se prohíbe la acción dirigida a identificar al progenitor.

b) En el Preámbulo se apunta: «Se mantienen, en consecuencia, los principios rectores en los que se inspiró esta normativa y, por lo tanto, el de la libre investigación de la paternidad y la maternidad, con toda clase de pruebas, reconocido históricamente en el derecho catalán desde la Edad Media».

De ello podría deducirse que en Derecho catalán sigue vigente esta acción, aunque cabe preguntarse por qué no se especifica más claramente en un precepto del texto articulado⁷². Quizás pudiera entenderse así, mediante la interpretación de las normas de filiación según *las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña*, como establece el artículo 1 de la propia Compilación.

Sin embargo, de la excepción de la acción de investigación de la paternidad, establecida en el artículo 111.2 para supuestos de intervención

⁷¹ GETE-ALONSO y BLASCO GASCO, *La nueva regulación de la filiación en el derecho catalán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 12-13.

⁷² Adviértase que es doctrina constante del Tribunal Constitucional que las Exposiciones de Motivos carecen de valor normativo, Cfr. las Sentencias números 36/1981, 150/1990, 212/1996, 173/1998.

de donantes, unida a la ausencia de un precepto semejante al antiguo artículo 4 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, se deduce que no está nada claro, a mi juicio, que subsista una propia acción de investigación de la paternidad.

7. DOCTRINA EXTRANJERA

Entiendo que el planteamiento de esta materia en el Derecho alemán resulta de gran interés en cuanto que se considera que el derecho a conocer sus orígenes se vincula a los derechos de la personalidad.

En Alemania no existe ley que garantice de manera general el derecho del niño de conocer la identidad de sus padres genéticos. Sin embargo se mantiene una tradición jurisprudencial con fundamento en razonamientos psicológicos y jurídicos basados en la Constitución. Uno de los méritos de la doctrina y jurisprudencia alemanas es haber sabido traducir la idea de que el derecho a conocer sus orígenes traspasaba ampliamente el dominio de las técnicas de reproducción asistida⁷³.

⁷³ Cfr. FURKEL, «Le droit de l'enfant à connaître ses origines: variations comparatistes» en Actes des Journées d'Études des 5 et 6 décembre 1996, organisées par le Laboratoire d'Études et de Recherches Appliquées au Droit Privé (LERADP) de l'Université de Lille II, *Les filiations par greffe. Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997, págs. 58 y ss.

En Alemania, no existe el parto anónimo. Contra él, se presenta el derecho del nacido a conocer su orígenes.

En la adopción, la identificación de la familia adoptiva por la de origen no está permitida (sólo el consentimiento de los padres adoptivos junto con el del hijo permite esta identificación).

Por el contrario, el anonimato de la familia de origen no está protegido de la misma manera debido al derecho del nacido a conocer sus orígenes.

Se planteó si la madre de un hijo no matrimonial puede ser obligada a revelar el nombre del padre.

a) La jurisprudencia anterior a 1987 contestaba negativamente, teniendo en cuenta el derecho de intimidad de la madre.

b) En 1987 (FamRZ 1987, 1309), una hija, nacida de procreación natural, defiende que su interés de conocer los orígenes es superior al derecho de intimidad de su madre, y así lo admite el Tribunal. Posteriormente, la Corte Constitucional federal ha interpretado esta decisión reconociendo este derecho, con fundamento en el derecho general de la personalidad, entendiendo que el desarrollo del niño puede sufrir por ignorancia de la identidad del padre (FamRZ 1989, 147). Se apoya asimismo en el artículo 6.5 de la Ley Fundamental que prevé que la ley debe asegurar a los hijos naturales los mismos derechos que a los hijos legítimos.

Posteriormente, en Sentencia de 31-1-1989 (FamRZ, 1989, 255), la Corte Constitucional Federal, en nombre del derecho al respeto de la personalidad, se proclama solemnemente la existencia de un derecho al conocimiento de sus orígenes dotado de valor constitu-

En la práctica de las técnicas de reproducción asistida con intervención de donante, se respetaba el anonimato del donante hasta los últimos años. Actualmente se defiende el conocimiento del donante con fundamento en la dignidad del niño ⁷⁴.

Partiendo de la Sentencia de 31-1-1989 ⁷⁵, se pretende que el legislador excluya expresamente el anonimato y prevea un dossier que contenga todas las informaciones que permitan al hijo conocer la identidad del donante. Las promesas de anonimato hechas al donante por el médico y la madre quedan sin efecto porque constituyen, según la teoría del Derecho alemán, un contrato en perjuicio de tercero (niño a quien se sustrae su derecho a conocer sus orígenes). El Informe Benda no admite el anonimato del donante ⁷⁶. En este último Informe se proponen Recomendaciones como las siguientes: El médico constituye dossier con la identidad del donante para garantizar al niño el derecho a conocer sus

tucional. Este derecho implica la posibilidad de conocer la identidad de su progenitor. La Corte pretende garantizar dos prerrogativas:

- a) El derecho de obtener información que permita establecer el origen biológico.
- b) El derecho de proclamar jurídicamente este origen para establecer el vínculo de filiación.

Esta Sentencia no se refiere a un supuesto de técnicas de reproducción asistida con intervención de donante, pero su impacto en las mismas será esencial.

⁷⁴ FURKEL, *op. cit.*, pág. 63, afirma: «La dignité de l'enfant tout d'abord; par l'anonymat du donneur ou la technique du mélange de sperme, on retire à l'enfant, de manière délibérée, la possibilité de connaître ses origines. On le prive ainsi d'un savoir qui, en grande partie, différencie la personne de l'animal. La dignité du donneur exige, par ailleurs, que celui-ci ne soit pas traité comme un instrument, un simple fournisseur de matière première, réduit à un rôle exclusivement biologique.

L'anonymat du donneur, principe inconstitutionnel parce que contraire à la dignité de l'être humain, violerait également l'article 2, alinéa 1 de la Loi fondamentale aux termes duquel "Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité". Le droit à la connaissance de ses origines, parce qu'il aide l'individu à trouver son identité, doit être considéré comme un élément du droit général de la personnalité et chacun doit pouvoir exiger son respect et sa protection».

⁷⁵ FamRZ 1989, 225.

⁷⁶ Cfr. FURKEL, *op. cit.*, págs. 63 y ss. En concreto en pág. 64 afirma: «Or, si la loi du 13 décembre 1990 sur la protection de l'embryon n'évoque même pas l'insémination artificielle et les problèmes relatifs à l'identification du donneur, les deux grands rapports publiés sur le sujet en 1985 (Rapport Benda) y en 1989 (Rapport final du groupe du travail commun de la Fédération et des Länder sur la procréation médicale assistée) se prononcent résolument contre le principe de l'anonymat. Ce dernier rapport formule des recommandations très précises. Pour garantir à l'enfant le droit à la connaissance de ses origines, un dossier contenant l'identité du donneur et un certain nombre d'autres informations doit être constitué par le médecin ayant pratiqué l'insémination artificielle. A l'image de ce qui se passe dans l'adoption, d'après ces recommandations, l'enfant doit pouvoir exiger communications de ces informations à partir de l'âge de 16 ans, et plus tôt lorsque sa santé est en jeu. C'est donc une solution très semblable à la solution suédoise que le droit allemand semble devoir adopter».

orígenes. El hijo tiene derecho a exigir información a partir de los 16 años.

En Alemania, se nota que cada vez más, los Hospitales públicos rechazan practicar las procreaciones heterólogas a causa de los riesgos jurídicos para los donantes, que han aparecido mucho más claramente desde la proclamación en 1989 del derecho a conocer sus orígenes (las personas que desean inseminación artificial la solicitan en Francia).

En Reino Unido el hijo, desde la mayoría de edad, tiene derecho a informaciones no identificantes, como en España.

En cuanto a los riesgos del donante identificado:

- En Suecia no se plantea ningún riesgo, ya que el conocimiento del donante no implica relación de filiación.
- Sin embargo, en Alemania cabe impugnación de paternidad por el marido de la madre y reclamación de la paternidad del donante. No cabe que la madre le exonere en contrato. Por ello, es precisa la reforma del Derecho de Filiación.

Ciertamente, en Alemania y Suecia se preconiza el acceso a la identidad del donante. Sin embargo, muchos suecos que desean recurrir a estas técnicas, van a Finlandia para eludir su ley⁷⁷. Los interesados están de acuerdo en revelar al niño que ha nacido de IAD, pero no identificar al donante. En Francia existen posturas novedosas que abogan por el conocimiento⁷⁸.

⁷⁷ En Finlandia todavía no existe ley. Así KOKKONEN, «Reproducción asistida. La situación legal en Finlandia», en Resumen de Ponencias, pág. 34 del Congreso Mundial de Bioética, organizado por el Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI), y celebrado en Gijón los días 20 a 24 de junio de 2000, manifiesta que la discusión acerca de la admisión legal del anonimato ha retrasado la aprobación de legislación sobre la materia, hasta el momento.

⁷⁸ FURKEL, *op. cit.*, pág. 67 afirma: «J'aimerais terminer par une remarque relative non pas au droit français, mais aux prises de position très novatrices d'un certain nombre de nos auteurs actuels pour lesquels le "temps des racines" semble enfin venu. Je citerai d'abord Geneviève DELAISI DE PARSEVAL, à la fois psychanalyste et spécialiste des questions de bioéthique, très critique à l'égard de nos lois du 29 juillet 1994. Elle écrit: "Notre loi fait fausse route; un enfant né par procréation artificielle avec donneur doit pouvoir connaître le nom de son géniteur biologique". (en DELAISI DE PARSEVAL et VERDIER, *Enfant de personne*, éd. Odile Jacob, 1994, pág. 28). Je citerai aussi un texte récent signé, entre autres, par Jacques TESTART, le biologiste bien connu, Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE, directeur de recherches au CNRS: "L'anonymat des donneurs de gamètes fait peser sur l'enfant le poids d'une ignorance qui peut être dangereuse pour son identité. La loi ne peut faire alliance avec le mensonge. L'enfant doit avoir la possibilité à sa majorité de connaître le donneur"». (Este texto se publicó en Le Monde, 25 de marzo de 1992).

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. RECURSO

Como es sabido, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad ⁷⁹.

Los motivos de inconstitucionalidad alegados por los recurrentes fueron los siguientes ⁸⁰:

1.º Quebrantar la garantía institucional que a la familia otorga la Constitución Española. En concreto, la violación de su artículo 39.2, en cuanto la ley oculta al padre biológico ⁸¹.

2.º Violación del artículo 15 de la Constitución. En concreto, se refiere al estatuto jurídico del embrión y al necesario rango de Ley Orgánica ⁸².

3.º Infracción del artículo 81 de la Constitución, al carecer de carácter orgánico ⁸³:

⁷⁹ Recurso de inconstitucionalidad número 376/1989, promovido por don Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, Comisionado por sesenta y tres Diputados, contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en los siguientes términos: «El Tribunal Constitucional, por providencia de 13 de marzo actual, ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 376/1989, promovido por don Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, Comisionado por sesenta y tres Diputados, contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su totalidad y subsidiariamente, contra el párrafo del apartado II del Preámbulo que dice textualmente: «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», y concordantes, así como contra los artículos 1. 1, 1. 4, 2. 4, 4, 11. 3 y 4, 12. 1 y 2, 13, 14. 3 y 4, 15, 16. 1 y 2, 17, disposición final primera, apartados a) y e), 20. 2, de la Ley, y contra los artículos 6. 1 y 2, en relación con el artículo 5. 1 y 5».

Este recurso ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional por la Sentencia n.º 116/1999, de 17 de junio de 1999 (B.O.E. n.º 162, de 8 de julio de 1999). Se publicó la corrección de errores en el B.O.E. n.º 181, de 30 de julio de 1999, pág. 94. La corrección de errores únicamente se refiere a que donde dice «recurso de amparo» (pág. 68) debe decir «recurso de inconstitucionalidad».

⁸⁰ STC n.º 116/1999, de 17 de junio de 1999 (B.O.E. n.º 162, de 8 de julio de 1999), Antecedente 2.

⁸¹ STC n.º 116/1999, de 17 de junio de 1999 (B.O.E. n.º 162, de 8 de julio de 1999), Antecedente 2.A.

⁸² STC n.º 116/1999, de 17 de junio de 1999 (B.O.E. n.º 162, de 8 de julio de 1999), Antecedente 2.B.

⁸³ STC n.º 116/1999, de 17 de junio de 1999 (B.O.E. n.º 162, de 8 de julio de 1999), Antecedente 2.C.

- a) Por afectar al desarrollo de derechos fundamentales.
- b) Por invadir con ley ordinaria los ámbitos de la garantía penal reservados a L.O. (artículo 20)
- c) Por influir sobre el contenido del derecho de protección integral de los hijos y del derecho de investigación de la paternidad.

En concreto en el punto que se analiza se han de tener en cuenta los motivos 1.º y 3.º.

En el motivo 1.º, y en relación al artículo 39.2 de la Constitución, se afirma: «la técnica no prescinde, no puede prescindir, del padre biológico [...] el supuesto que nos ocupa no trata de proteger tal interés, sino lisa y llanamente de prescindir del vínculo biológico que une a la familia formada por padre, madre e hijo. En particular, el conjunto institucional de las relaciones paterno-filiales constituye un haz de derechos y obligaciones generado desde el momento de la concepción y consolidado con el nacimiento del hijo, y que, en el sistema de la ley, desaparecería desde el momento en que se veda al hijo el conocimiento de quién sea su progenitor. Por ello, la Ley resultaría claramente vulneradora del art. 39.2 C.E., así como del contenido esencial de la protección de la familia a que alude el art. 39.1»⁸⁴.

En el motivo 3.º, referido a la inconstitucionalidad formal de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, por infracción del 81.1 de la Constitución, al carecer de carácter orgánico, en su apartado C, que versa sobre el contenido del derecho de protección integral de los hijos y del derecho de investigación de la paternidad, se afirma: «Privar al hijo del conocimiento de la otra parte de la relación paternofilial, en este caso, el padre, y liberar a éste de las obligaciones que dimanen de su paternidad biológica constituye una clara infracción de la garantía constitucional.

Por otra parte, la investigación de la paternidad aparece como una conquista constitucional, que garantiza el derecho de todo hijo a conocer la persona de su padre, investigación que puede realizarse, como se ha desarrollado en el artículo 147 (*sic*)⁸⁵ del Código civil, mediante pruebas biológicas.

⁸⁴ STC n.º 116/1999, de 17 de junio de 1999 (B.O.E. n.º 162, de 8 de julio de 1999), Antecedente 2.A.

⁸⁵ Parece error mecanográfico. Pretende referirse al artículo 127 del Código Civil, hoy artículo 767 LEC.

La ocultación del padre, como se pretende en el supuesto que contemplamos, infringe esta garantía constitucional»⁸⁶.

Finaliza interponiendo recurso contra la propia Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988, y subsidiariamente contra determinados preceptos, por contradecir los artículos 10, 15, 18, 32, 39 y 81 de la Constitución española.

Según la propia dicción del recurso, «el artículo 10.1 se refiere a la dignidad de la persona y a sus derechos inviolables que le son inherentes, entre los cuales hay que contar los derechos de los hijos.

»[...] el artículo 39 declara con toda rotundidad que estos poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos, y la posibilidad de investigar la paternidad. Asimismo regula los deberes de los padres y la protección de los hijos»⁸⁷.

2. SENTENCIA

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 17 de junio de 1999 (ponente: don Pablo García Manzano), por la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, desestima el mismo en la materia objeto de análisis⁸⁸.

⁸⁶ Consultado en el Archivo del Congreso de los Diputados. (Facilitado por José Eugenio Azpiroz Villar, Vicepresidente de la Comisión de Política Social y Empleo). Este texto no se recoge en la Sentencia n.º 116/1999, de 17 de junio de 1999.

⁸⁷ El Tribunal Constitucional da traslado de la admisión a trámite de este recurso 376/1989 al Congreso de los Diputados (n.º de entrada en el Registro General 42404, el 17 de marzo de 1989).

⁸⁸ Textualmente, el Fallo es el siguiente: «En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido:

1.º Apreciar la desaparición sobrevenida del presente recurso de inconstitucionalidad, en el particular que se refiere a las letras a) y e) de la disposición adicional primera de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, reguladora de las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

2.º Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad promovido contra dicha Ley y, en consecuencia:

a) Declarar que el inciso final de su artículo 12.2 “o si está amparada legalmente”, sólo es constitucional interpretado en el sentido de que las intervenciones amparadas legalmente son las comprendidas en el art. 417 bis del Código Penal, Texto refundido, aprobado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre.

b) Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso inicial de su art. 20.1 “con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley”.

3.º Desestimar el recurso en todo lo demás.»

Esta sentencia cuenta con un voto particular, de 18 de junio, que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que presta su adhesión el Magistrado don Fernando Garrido Falla ⁸⁹.

a) Antecedentes.

Tras referirse a las relaciones paternofiliales y a la investigación de la paternidad, me parece interesante destacar las dos ideas siguientes:

1.^a El supuesto de determinación de la paternidad cuando el gameto masculino procede de donante, se califica en el escrito de alegaciones del Abogado del Estado, como «centro de un complejo conflicto de intereses: por un lado, el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica o sanguínea, que algunos autores [...] consideran como un derecho fundamental vinculado a la inviolabilidad de la persona; de otro, el derecho a la intimidad personal o familiar que corresponde a los padres jurídicos y la protección que el Estado debe dispensar a la estabilidad de las relaciones familiares; en fin, el derecho a la intimidad del donante» ⁹⁰.

2.^a La solución legal, a juicio del Abogado del Estado, «responde a criterios de razonabilidad en este conflicto de intereses» ⁹¹.

Como se observa, el Abogado del Estado se hace eco del derecho de la persona a conocer su filiación biológica, aunque parece que no le concede gran alcance.

b) Fundamentos jurídicos.

La Sentencia se pronuncia acerca del tema que se estudia en el Fundamento Jurídico 15 ⁹². Se refiere a la pretendida inconstitucionalidad

⁸⁹ El Voto particular se articula sobre las siguientes ideas:

1.^a La dignidad de la persona es un valor jurídico fundamental.

2.^a La fórmula de la reserva de Ley Orgánica en la C.E.

3.^a La especial protección de los valores constitucionales por medio de Leyes Orgánicas.

4.^a La dignidad de la persona en la Ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

En este Voto no se alude de manera directa al tema del anonimato del donante, si bien pudiera pensarse que su autor lo incluye en esa genérica mención de la dignidad de la persona. Afirma: «Pero que esta Ley 35/1988 regula materias incluidas, con carácter esencial y de modo directo, en el ámbito de la dignidad de la persona, no me ofrece duda».

⁹⁰ STC n.º 116/1999, de 17 de junio de 1999 (B.O.E. n.º 162, de 8 de julio de 1999), Antecedente 5.

⁹¹ STC n.º 116/1999, de 17 de junio de 1999 (B.O.E. n.º 162, de 8 de julio de 1999), Antecedente 5.

⁹² En concreto, en el Fundamento Jurídico 15 se sostiene: «El último de los argumentos que integra este bloque impugnatorio es el referido a la pretendida incompatibilidad del

del artículo 5.5. de la LTRA respecto del artículo 39.2 de la Constitución.

La Constitución ordena posibilitar la investigación de la paternidad, pero el Tribunal Constitucional entiende que cabe limitar o impedir dicha investigación cuando existan razones para ello.

art. 5.5 de la Ley "La donación será anónima" con lo dispuesto en el art. 39.2 de la Constitución, a saber: "La ley posibilitará la investigación de la paternidad". Sostienen los actores que mediante la garantía del secreto de la identidad del donante la Ley oculta deliberadamente al padre biológico, incumpliendo de este modo el mandato contenido en el citado art. 39.2 C.E.

En efecto, la Constitución ordena al legislador que "posibilite" la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva, la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el art. 39.2 C.E., en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad.

No es éste el caso de la previsión contenida en el art. 5.5 de la ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es el progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.3 de la Constitución.

Habida cuenta de lo expuesto, hemos de rechazar la alegada inconstitucionalidad del art. 5, apartado 5 de la Ley impugnada. Ha de señalarse, en primer término, que el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional, "en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto". Asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos.

Por otra parte, los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohesitar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [orientadas —debe nuevamente recordarse— a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley)], con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones —desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación— puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo».

La prohibición del artículo 5.5. de la LTRA impide revelar la identidad del donante con la finalidad de la mera identificación del mismo. Es distinta de la acción de investigación de paternidad contemplada en el apartado 2.º del artículo 39 de la Constitución, dirigida a cumplir los deberes establecidos por el párrafo 3.º de dicho precepto.

Por ello, el Tribunal Constitucional rechaza la inconstitucionalidad del artículo 5.5 de la LTRA. En concreto, el anonimato no supone imposibilidad de determinar la identidad, pues cabe en supuestos de peligro de vida del hijo o cuando proceda según las leyes penales⁹³. Se facilita información sobre los donantes y considera que: «No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos»⁹⁴.

Califica positivamente los límites establecidos por el legislador para hacer compatible la obtención de gametos con el derecho a la intimidad de los donantes, facilitando así la puesta en práctica de las técnicas de reproducción asistida. Parece que se atribuye una excesiva importancia a esta justificación en cuanto que el Tribunal Constitucional entiende que el anonimato relativo responde a la necesidad de «cohonestar la obtención de gametos y embriones [...] con el derecho a la intimidad de los donantes»⁹⁵. Este derecho entra en conflicto con el derecho de los nacidos por estas técnicas a conocer la identidad del donante, una vez alcanzada la mayoría de edad, y quizás con el previo informe de asistente social.

IV. FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO

Las finalidades del anonimato pueden ser:

- Favorecer la donación que en otro caso sería prácticamente inexistente, si el dador sabe que por el solo hecho de la donación va a contra-

⁹³ En cuanto a la interpretación que debe darse a la posible identificación del donante cuando exista «comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales», se relaciona con la identificación del delincuente (probablemente si donó ocultando enfermedades hereditarias).

Se propone, pues, una interpretación extensiva de los supuestos legales en los que se permite conocer al progenitor. *Vide* en este sentido MONTÉS PENADÉS, «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», *AC*, Diciembre 1994, pág. 958; VIDAL PRADO, «El derecho a conocer la filiación biológica» (Con especial atención a la filiación materna), *Revista Jurídica de Navarra*, 1996, n.º 22, pág. 270.

⁹⁴ STC n.º 116/1999, de 17 de junio de 1999 (B.O.E. n.º 162, de 8 de julio de 1999), Fundamento Jurídico 15 *in fine*.

⁹⁵ STC n.º 116/1999, de 17 de junio de 1999 (B.O.E. n.º 162, de 8 de julio de 1999), Fundamento Jurídico 15 *in fine*.

er responsabilidades jurídicas tan graves como las que derivan de la paternidad, o simplemente que el nacido pretenda conocerlo.

- Procurar el mayor bienestar del niño, en el cual la revelación de ser producto de la inseminación artificial podría producir traumas psíquicos importantes, como consecuencia tal vez de un cierto rechazo social.

Actualmente la donación es anónima. En los formularios firmados por quienes se someten a técnicas de reproducción asistida se garantiza el anonimato, por lo que se podrían plantear problemas si se posibilita el conocimiento de los donantes. En este sentido, como se acaba de ver, el Tribunal Constitucional, resolviendo el recurso interpuesto contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, ha afirmado la constitucionalidad del artículo 5.5 de la misma, y por tanto del anonimato del donante.

Me parece interesante incorporar los datos aportados por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Esta Comisión, prevista en el artículo 21 de la Ley 35/88, y creada por Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo ⁹⁶, ha emitido un Informe Anual, correspondiente al año 1998 ⁹⁷.

La Comisión dedica un apartado al anonimato de los donantes de gametos. No lo analiza, sino que simplemente constata que en la práctica la donación es anónima ⁹⁸.

En el supuesto de que el donante esté vivo, se contrapone la donación de órganos, en la que se potencia la importancia de que el donante conozca al receptor, a la donación de gametos, en que se pretende el anonimato ⁹⁹.

⁹⁶ Real Decreto 415/1997 de 21 de marzo, por el que se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (B.O.E. n.º 70 de 22 de marzo).

⁹⁷ Ministerio de Sanidad y Consumo: Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *I Informe Anual*: Diciembre 1998. Fue presentado en sesión pública el 3 de marzo de 1999 en el Salón de Actos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

⁹⁸ Ministerio de Sanidad y Consumo: Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *I Informe Anual*: Diciembre 1998. En la página 58 se afirma: «No hay ningún dato que haga sospechar que este requisito no se cumple en la donación de gametos».

⁹⁹ *I Informe Anual*, cit. *supra*, pág. 58: «Sin embargo, son apreciables algunas diferencias entre la donación en este caso y la que se estimula en otro tipo de donaciones.

»Con carácter general, lo que se busca es un donante motivado por la solidaridad con sus semejantes, al que hay que tratar en consecuencia. Un ejemplo es el de la donación de órganos, aunque en este caso, por tratarse normalmente de cadáveres, el anonimato se refiere a que la familia del donante no conoce la identidad del receptor, ni ésta la del donante. En realidad, en los países en los que se permite la donación de vivo el donante siempre conoce al receptor, porque es impensable que se haga una donación en la que no media pago alguno si no es para alguien muy allegado. Al donante solidario, en todo caso, hay que tratarlo de un modo especial, contándole para lo que sirve su esfuerzo y mostrándole los resultados,

Añade que una pequeña retribución facilita que se mantenga el anonimato en cuanto que el contrato entre el Centro y el donante concluye cuando el donante ha hecho la donación y ha recibido la cantidad acordada ¹⁰⁰.

Se propone la creación de una tarjeta de solidaridad para potenciar la llamada donación altruista ¹⁰¹.

Ciertamente en este Informe no existe pronunciamiento acerca de la conveniencia o no del anonimato ni respecto de su constitucionalidad.

V. DISCUSIÓN

1. EN TORNO AL ARTÍCULO 39 DE LA CONSTITUCIÓN

Teniendo en cuenta la imposibilidad de determinar la paternidad en algunos supuestos de procreación natural antes de la Constitución, el

aunque sean globales, de su donación. La solidaridad se potencia personalizándola, y todas las campañas de marketing lo utilizan como estrategia.

Del donante de gametos, por el contrario, lo que se quiere es que done y que desaparezca, que no se involucre con la familia a la que ha donado sus gametos».

¹⁰⁰ *I Informe Anual, cit. supra*, pág. 58, «A un donante al que se compensa es fácil hacerle entender que el contrato termina una vez ha hecho la donación y percibido la compensación acordada, aunque ésta sea mínima. A un donante solidario es más difícil hacerle entender este tipo de relación. De manera resumida, cabría decir que una cierta compensación no sólo no dificulta el anonimato, sino que incluso lo favorece.

Este argumento no se considera determinante para la aceptación de alguna compensación en la donación de gametos, pero sí puede señalarse que el anonimato no puede utilizarse como argumento contra la existencia de alguna compensación».

Sin embargo, en Reino Unido se sigue un criterio diverso, ya que se prohíbe cualquier tipo de remuneración. Así lo estableció la «Human Fertilisation and Embriology Authority», que tiene capacidad ejecutiva y es de carácter nacional. De ello da noticia el propio Informe en la pág. 61.

¹⁰¹ En la página 64, se recogen las conclusiones y propuestas referidas a la retribución de la donación de gametos.

En el apartado g) se propone la compensación económica de 5.000 pesetas por la donación de semen y de 100.000 por la de ovocitos.

En el i) se propugna: «Las valoraciones anteriores deben hacerse compatibles con el fomento de los programas de donación altruista ya existentes, sea a través de centros regionales de donación o de otras modalidades organizativas, por considerarlos la opción de futuro predecible. Entre los medios adicionales que podrían contribuir a promover esa forma de donación, se ha sugerido la implantación de una "tarjeta de solidaridad" cuya implantación podría ser común para diferentes programas de donación, y de la que los titulares podrían obtener diferentes compensaciones en especie en áreas no relacionadas directamente con los actos de donación de distinto tipo que pudieran efectuarse».

Obsérvese la posible contradicción entre la calificación de «donación altruista», y el hecho de que quienes realicen tales donaciones puedan obtener —según se indica a continuación— «diferentes compensaciones en especie».

artículo 39 de la misma establece la regla general de que se investigue quién es el progenitor para atribuirle el rol socio-jurídico de padre, es decir se pretende acercar la verdad biológica y la jurídica. La excepción, que ha de estar constitucionalmente fundada, es la limitación de dicha posibilidad. Así, existirán casos en que no es posible materialmente o simplemente por prohibición legal (pensada, en principio, en beneficio del menor) dicha investigación.

En procreación artificial con gametos de donante, la LTRA parte de la distinción entre progenitor y padre. La mujer que se somete a estas técnicas desconoce quién es el progenitor, y por determinación legal, la paternidad corresponde a determinado varón que consintió, quien además no podrá impugnar la paternidad por la intervención de donante.

Siendo así, cabe entender que el anonimato del donante no contraviene el artículo 39.2 porque no impide la determinación de la paternidad, pues ya existe un padre.

No obstante, he de reconocer que podría objetarse que investigar la paternidad significa averiguar quién es el progenitor para atribuirle las obligaciones legales, pues no existe en nuestro Derecho distinción entre padre y progenitor. No basta que exista un padre legal, pues por ejemplo, el nacido vigente la presunción de paternidad tiene una padre legal, y sin embargo, la ley permite su impugnación y la averiguación de la biológica. Así quedará determinada la filiación no matrimonial respecto del varón.

Siendo esto cierto, me parece que en este supuesto, el legislador, además de excepcionar la investigación de paternidad, ha construido un vínculo de filiación por determinación legal, reconociendo un importante valor a la voluntad. Así padre será quien consintió¹⁰². De este modo el anonimato del donante sería compatible con el artículo 39 de la Constitución porque el donante no es padre por determinación legal (artículo 8.3 de la LTRA).

¹⁰² En principio, si no hay varón que consiente las técnicas, el nacido carecerá de padre. Sin embargo, hay que recordar, según se ha expuesto en el capítulo I, que la determinación de la paternidad dependerá de si la mujer está casada o no, de si —estando casada— se produce el nacimiento bajo la presunción de paternidad, así como de si el varón cree que el nacido es su hijo.

2. DISCUSIÓN DE LA SENTENCIA

El Tribunal Constitucional afirma:

1. «la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el art. 39.2 C.E. en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad»¹⁰³. El Tribunal Constitucional parece entender que en este supuesto es desaconsejable que el nacido conozca la identidad del progenitor. A mi juicio, el anonimato entra en conflicto con otros intereses, como el derecho del nacido a conocer al progenitor, y en el caso de la mujer sola, el hijo carece de la debida protección de toda la línea paterna, ni siquiera, podrá reclamar la paternidad respecto a ningún varón, ni tendrá tampoco *status familiae* respecto del progenitor (abuelos, tíos, etc). En este caso, no existirá determinación de la paternidad, a salvo de un posible reconocimiento de complacencia.

2. «el anonimato no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues es posible de manera excepcional»¹⁰⁴. No encuentro razones para que la LTRA limite de esta manera la posibilidad de acceder a la identidad del donante, ya que según el artículo 8.3 de la misma, el hecho de determinar la identidad no supondría atribución de paternidad jurídica. Más aún si se admite que ello ocasiona consecuencias perjudiciales para los hijos¹⁰⁵. En esta argumentación se muestra la protección que la LTRA, y también la STC que resuelve el recurso interpuesto contra la misma, ofrecen a los donantes y usuarios de técnicas de reproducción asistida, aún a costa de asumir perjuicios para el nacido.

3. «los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos [...] con el derecho a la intimidad de los donantes». Parece que se trata de justificar la existencia y práctica de las técnicas de reproducción asistida, más que de plantearse su adecuación al Derecho vigente. En consecuencia, se justifica el artículo 5.5 LTRA como medio para obtener material genético, es decir desde un punto de vista práctico y no jurídico, se da preferencia a la reali-

¹⁰³ STC n.º 116/1999, Fundamento Jurídico 15, 2.º párrafo.

¹⁰⁴ STC n.º 116/1999, Fundamento Jurídico 15, 4.º párrafo.

¹⁰⁵ STC n.º 116/1999, Fundamento Jurídico 15, 4.º párrafo: «No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos.».

zación de las técnicas frente a la regla constitucional ¹⁰⁶. Se justifica este anonimato como medio necesario para obtener el material genético. Quizás no es un argumento suficiente para establecer la regla general de prohibición de conocer a los donantes, ya que dicha limitación puede resultar perjudicial para los nacidos. Probablemente, se debiera permitir *de lege ferenda*, pensando en el interés del nacido, que éste, al llegar a la mayoría de edad, pudiera conocer al donante, previa información de esta posibilidad al donante. La forma concreta podría ser una acción de investigación del origen biológico, basada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Más sencillo sería permitir la identificación del donante mediante el acceso a los datos que deberían constar en el Registro Nacional de Donantes.

El Tribunal Constitucional sitúa la investigación de la paternidad unida a las acciones de filiación. Si se parte de este planteamiento inicial no existe contradicción entre el anonimato del donante y el artículo 39.2, ya que no se pretende investigar la paternidad para atribuir la función jurídico social de padre al donante, pues se trata de un supuesto en que por determinación legal padre será quien consintió y este varón queda privado de la acción de impugnación de paternidad por la intervención de donante, y tampoco cabrá la investigación de otra paternidad. Es decir, el nacido tiene un padre, que es quien consintió la realización de las técnicas a su esposa o en mujer determinada (habitualmente la conviviente). El donante en ningún caso será el padre. Por ello, la regla general de que «los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad» (artículo 5.5.2) no es inconstitucional en relación con el artículo 39.2 de la Constitución, ya que el hijo tiene atribuida su paternidad. Únicamente en el caso de la mujer sola se plantea problema de constitucionalidad, según se ha indicado.

¹⁰⁶ STC n.º 116/1999, Fundamento Jurídico 15 *in fine*: «los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohesitar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [orientadas —debe nuevamente recordarse— a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley)], con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones —desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación— puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo».

Ahora bien, a este planteamiento cabe objetar que:

a) En las acciones de impugnación el nacido tiene padre jurídico, pero se le permite impugnar dicha paternidad en cuanto no coincide con la biológica, ya que se basa en la responsabilidad por la procreación. Lo que se pretende es que la verdad jurídica coincida con la biológica. De ahí que haya datos para defender que el padre a que se refiere el artículo 39.2 de la Constitución es el biológico.

b) En los supuestos de mujer sola no existe padre jurídico. Sin embargo la LTRA se basa en la asunción de la paternidad por la voluntad, distinguiendo padre biológico (donante) de padre jurídico (como rol social). No es claro que lo permita la Constitución, pero el Tribunal Constitucional lo ha admitido en cuanto señala que el donante no es padre, es decir separa biología de filiación.

Ciertamente, según la interpretación del artículo 39.2, realizada por el Tribunal Constitucional, el anonimato no plantea problema de constitucionalidad, en principio. El Tribunal Constitucional añade que en el supuesto de utilización de técnicas de reproducción asistida por mujer sola, el nacido nunca podrá ejercer acción de reclamación de filiación. Aun cuando no se garantice un padre a cada nacido, parece que de una interpretación conjunta del artículo 39.2.º y 3.º, debe deducirse, al menos, la posibilidad de tener un padre, sobre todo porque en este caso es conocido desde el principio. Insisto, en el supuesto de mujer sola, el anonimato se opone al artículo 10, —en cuanto le impide conocer al progenitor (donante)— y a los artículos 39.2.º —ya que no podrá ejercerse ninguna acción de investigación de paternidad para reclamarle el ejercicio de esta función jurídico-social— y 3.º —dado que se impide la posibilidad de que el padre pueda prestar asistencia a su hijo, ya que se suprime toda relación con la línea paterna—.

Así pues, entiendo con carácter general, que el anonimato del donante es difícilmente compatible con el artículo 10 de la Constitución, aún cuando el Tribunal Constitucional haya declarado su constitucionalidad ¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Recuérdese que en el Fundamento Jurídico 15 de la STC n.º 116/1999, de 17 de junio de 1999 (B.O.E. n.º 162, de 8 de julio de 1999), se afirma: «Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es el progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una

Ciertamente este precepto constitucional es citado en la interposición del recurso, pero no de una manera directa en relación al presente tema.

En el Voto particular se recuerda que el Tribunal Constitucional en STC 53/85 caracterizó la dignidad de la persona como «germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes» (F. J. 3.º). En el apartado 3 de la STC 116/99 se afirma: «Tronco del árbol de derechos inviolables, germen o núcleo de ellos, la dignidad de la persona es un valor constitucional que exige la máxima protección de los poderes públicos en un Estado de Derecho [...] La dignidad de la persona, germen de los derechos inviolables inherentes a ella, ha de estar protegida, en cuanto valor constitucional fundamental, por las máximas garantías propias de las Leyes Orgánicas. Insisto en lo antes afirmado: no resulta lógico negar al tronco la cobertura constitucional que se otorga a las ramas».

Considero que los recurrentes deberían haber insistido con mayor énfasis en la incompatibilidad del anonimato con el artículo 10. Aun más, visto el fallo de la Sentencia que entiende la acción de investigación como medio dirigido a la determinación de la paternidad, probablemente la vía más eficaz para defender una posible acción de investigación de progenitura propia y separada de las acciones de filiación, sea dicho artículo 10 de la Constitución.

Esta sentencia del Tribunal Constitucional plantea dificultades de coherencia respecto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999. La Sentencia del Tribunal Constitucional reconoce la constitucionalidad del anonimato del donante, es decir el nacido no puede conocer al varón de quien procede genéticamente. En otro ámbito, la Sentencia del Tribunal Supremo considera derogados por inconstitucionalidad sobrevenida los artículos que permitían el parto anónimo de la mujer, con fundamento en la dignidad del ser nacido y en el derecho a conocer sus orígenes respecto de la mujer. ¿Es que el nacido por técnicas de reproducción asistida carece de estos derechos? Considero que ha de realizarse un esfuerzo para integrar estas dos Sentencias, ya que el pretendido derecho a conocer sus orígenes parece reconocido en la interpretación que el Tribunal Supremo realiza de nuestra Constitución, y sin embargo no resulta dicho derecho de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional. En este sentido pretendo poner de mani-

mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.3 de la Constitución».

fiesto, con BERCOVITZ, que «la articulación de los procedimientos que son competencia del Tribunal Constitucional no garantiza en todos los casos la posición preeminente que le corresponde como intérprete supremo de la Constitución»¹⁰⁸.

3. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD

Se debe distinguir el derecho a conocer al progenitor del derecho a identificar para reclamarle derechos derivados de la filiación.

El tema del anonimato es previo. No afecta al estudio de la paternidad, ya que padre, a efectos jurídicos, es aquel que la ley reconoce como tal. La regla general es la aproximación entre la verdad biológica y la jurídica. Para ello se facilita el ejercicio de las acciones de filiación. Sin embargo, cuando existe filiación derivada de técnicas de reproducción asistida con intervención de donante, adquiere preponderancia el consentimiento de quienes van a someterse a tales técnicas.

El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de nuestra Constitución, ha establecido que el anonimato del donante es constitucional respecto del artículo 39.2, entendiendo la acción de investigación de la paternidad inserta en las acciones de filiación, para así atribuir (a quien

¹⁰⁸ Vide BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Control de constitucionalidad», Portada de *Aranzadi Civil*, Junio 1998, n.º 6, pág. 10. realiza esta afirmación en relación al siguiente supuesto: «Me refiero a la célebre sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio, (RTC 1997, 126) sobre las sucesiones nobiliarias. Se trataba de saber si la preferencia en razón del sexo, que la legislación preconstitucional permite con respecto a las sucesiones nobiliarias, es o no contraria al art. 14 de la Constitución. Como es sabido, el Tribunal Constitucional se inclinó por rechazar la inconstitucionalidad sobrevenida de esa legislación como consecuencia de la regla de preferencia del varón sobre la mujer. Pero también es sabido que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo había venido manteniendo hasta ese momento la tesis contraria, creando así en la práctica una *jurisprudencia constitucional* frente a la que no cabía recurso directo alguno. La parte perjudicada por ella carecía de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional basado en una interpretación incorrecta y en la consiguiente aplicación indebida del art. 14 de la Constitución. No existe recurso de amparo frente a la aplicación indebida, por excesiva, de los artículos de la Constitución protegidos por aquél. Tan es así que el control realizado en este caso por el Tribunal Constitucional, con respecto a la interpretación y aplicación correctas del art. 14 de la Constitución, no habría sido posible si la Audiencia Provincial de Madrid no hubiese planteado la cuestión de inconstitucionalidad, impidiendo así que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo pudiera seguir manteniendo la mencionada doctrina». En el caso que se plantea son dos supuestos distintos: en uno de ellos, el Tribunal Supremo reconoce el derecho del nacido a conocer a su madre en procreación natural; en el otro el Tribunal Constitucional no reconoce el derecho del nacido a conocer al varón de quien procede, cuando se utilizan técnicas de reproducción asistida con intervención de donante.

se le reclame) los correspondientes derechos y deberes derivados de la filiación. Así pues, se interpreta como derecho a investigar la paternidad para determinar la filiación, no como derecho a conocer los orígenes. En consecuencia, el anonimato no plantea problema de constitucionalidad, respecto de dicho artículo 39.2. Sin embargo podría dudarse de su constitucionalidad en relación al artículo 10 de nuestra Constitución, que no ha sido directamente alegado en el recurso (respecto del anonimato del donante), según se deduce de la estricta dicción de la Sentencia.

En la situación actual, entiendo, frente a la Sentencia del Tribunal Constitucional, que el anonimato del donante entra en conflicto con los siguientes artículos:

1.º El artículo 10 de la Constitución ¹⁰⁹, ya que en la dignidad de la persona considero que se incluye el derecho a conocer a los progenitores. Considero que el anonimato se opone más bien al derecho a conocer los orígenes, que podría fundarse en el artículo 10 de la Constitución.

2.º El artículo 14 de la Constitución ¹¹⁰, ya que se produciría discriminación en cuanto que los nacidos por procreación artificial con gameto de donante no podrían investigar su paternidad biológica, a diferencia del resto que estaría legitimado para ello.

3.º El artículo 15 de la Constitución ¹¹¹:

a. En cuanto que la integridad física podría quedar menoscabada, ya que la garantía legal del anonimato sólo se excepciona en el supuesto de peligro para la vida del hijo y no en casos que pueden ser relevantes, desde ese punto de vista de la integridad física, aunque no exista riesgo para la vida.

¹⁰⁹ Artículo 10.1 de la Constitución: *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden público y de la paz social.*

Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ —ya en 1989— en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, págs. 161-162 y FURKEL, *op. cit.*, pág. 63,

¹¹⁰ Artículo 14 de la Constitución: *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

¹¹¹ Artículo 15 de la Constitución: *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos ni degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*

b. En relación a la integridad moral, que podría quedar afectada si entendemos que incluye el conocimiento de la identidad de los progenitores.

4.º El artículo 39.2 de la Constitución¹¹² en cuanto impide radicalmente y de manera absoluta la investigación de la paternidad, la imposibilita y no se ciñe sólo a limitarla en los supuestos de utilización de las técnicas por mujer sola. Este supuesto sería dudoso, ya que como regla general no puede decirse que la Constitución garantice un padre a cada nacido, pero es discutible que la Constitución permita que una persona no pueda tener un padre, o mejor se le prive de toda la línea paterna, y ello se consienta así desde el inicio y para siempre. Obsérvese que el supuesto de madre soltera en procreación natural es distinto, pues queda abierta la posibilidad de investigación de paternidad, y de su determinación. Ciertamente, cabría la posibilidad de un reconocimiento de complacencia, con las consiguientes limitaciones (como por ejemplo el riesgo de que prospere una acción de impugnación). Además no se olvide que en técnicas de reproducción asistida el donante es oficialmente conocido (por el Centro) en el momento de la donación.

Algunos autores han deducido del rechazo del recurso que en España el niño no disfruta del derecho fundamental a ser cuidado por sus dos padres en los supuestos de la fecundación artificial de mujer sola¹¹³. Este pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional no respeta la obligación (exigida por la Corte Europea) de que cada Estado posibilite a todo nacido disfrutar de un padre y una madre legales. Este derecho es reconocido por el artículo 7 de la Convención de Derechos del Niño en el sentido de reconocer que existe un padre genético y el nacido tiene derecho a conocerlo en la medida que sea cognoscible (realmente). Sin embargo este derecho a conocer al padre genético no tiene un carácter absoluto, pues se reconoce un valor considerable a la

¹¹² Artículo 39.2 de la Constitución: *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

¹¹³ Vide POUSSON-PETIT, «Rapport général: PMA dans les Pays Romanistes», Congrès International de l'Association Internationale de Droit de la Famille: Biomédecine, Famille et Droits de l'Homme, Oxford, UK, 27-30 août 1999, pág. 32 afirma: «Dans l'arrêt Marckx rendu contre la Belgique, en 1979, la Cour européenne a déduit de l'article 8 de la Convention européenne l'obligation positive des États contractants de prévoir dans leur législation nationale les dispositions permettant à tout enfant de jouir dès sa naissance d'une vie familiale normale c'est à dire d'avoir un père et une mère légaux (Arrêt Marckx, 13 juin 1979, Série A, v. 31, pág. 21 § 45). Cette dernière condition n'est pas remplie en cas d'assistance médicale à la procréation».

voluntad. Así, por ejemplo se limita el plazo de impugnación de la paternidad legalmente determinada si existe posesión de estado. De este modo se fortalece la seguridad jurídica.

5.º El artículo 39.3 de la Constitución ¹¹⁴, ya que en los supuestos de utilización de estas técnicas por mujer sola (mujer no casada y que no convive *more uxorio* con varón, o cuando, estando casada no consta consentimiento eficaz del marido, o, en su caso, de un determinado varón) se imposibilita el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos.

Ahora bien, la realidad es que el anonimato del donante no sólo se mantiene, sino que se fortalece con el fallo del Tribunal Constitucional.

VI. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Considero que una acción de investigación de la paternidad propia, y separada de las acciones de filiación podría facilitar el conocimiento del donante y satisfacer a quienes consideran que la regulación actual —aun cuando el Tribunal Constitucional ha declarado su constitucionalidad— es contraria a la Constitución. En este sentido, ha de observarse que:

1. Permitiría que el nacido pudiese conocer al progenitor. Así se solventarían los problemas de inconstitucionalidad referidos al artículo 10, si en dignidad incluimos el derecho a conocer a los progenitores para el libre desarrollo de la personalidad.

2. Tampoco se plantearía problema con el artículo 14, ya que todos los nacidos, independientemente de la forma de su concepción tendrían la posibilidad de conocer a sus progenitores. Queda, pues, eliminada la discriminación por razón de la forma de nacimiento.

3. La posibilidad de conocer al progenitor permite una mejor protección de la integridad física del nacido, así como de la integridad moral, que incluye dicho conocimiento de los progenitores.

4. De este modo, la acción de investigación de la paternidad respetaría el artículo 39.2 de la Constitución, es decir la identificación del progenitor o padre biológico permite una regulación acorde con dicho precepto constitucional.

¹¹⁴ Artículo 39. 3 de la Constitución: *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

5. Incluso podría pensarse en su coherencia con el artículo 39.3 en el supuesto de que la mujer se someta a técnicas de reproducción asistida con consentimiento del varón, ya que el nacido tendría la filiación que el Derecho le reconociese, y separadamente, la posibilidad de conocer al progenitor. Quedaría no obstante, la falta de protección de los nacidos de mujer sola, según se ha indicado. Sin embargo, desde una interpretación literal de este artículo podría afirmarse que el problema es previo. El Derecho no atribuye la función jurídico social de padre a nadie en el supuesto de mujer no casada. En consecuencia, parece que no es exigible. El artículo 39.3 obliga a los padres a prestar asistencia, pero no garantiza la atribución de un padre para cada nacido. Ciertamente, en la Constitución los padres tienen unas determinadas obligaciones respecto de los hijos, pero en este supuesto no existe, en principio padre jurídico a quien reclamar su ejercicio. El nacido no podría reclamar la paternidad, por lo que difícilmente es compatible con el artículo 14 de la Constitución, ya que los concebidos por procreación natural tienen abierta esta vía.

Probablemente la solución mejor para el nacido fuese que en el supuesto de mujer sola, se informase previamente al donante, para que, en su caso, asumiese la paternidad para determinar la filiación.

Entiendo que el derecho al conocimiento del origen biológico se debería construir sobre el fundamento de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución). Creo que los órganos competentes deberían impulsar la posibilidad de conocer al donante sin modificar los datos de filiación para todo el territorio nacional, a semejanza de algunos Derechos forales, si se admitiese en Cataluña.

Un modo más sencillo de que el nacido pudiese conocer al donante sería legitimándole para acceder al Registro Nacional de Donantes.

VII. RECAPITULACIONES

El anonimato protege el derecho a la intimidad de los padres y de los donantes frente al derecho del hijo a conocer a su progenitor.

La mayoría de las legislaciones —española y extranjeras— establecen el anonimato del donante.

Un sector de la doctrina ha discutido vivamente su admisibilidad, atendiendo a razones psicológicas, médicas, prácticas y jurídicas. Así, ha

argumentado la inconstitucionalidad de la regulación que la LTRA establece respecto del anonimato, con fundamento en los artículos 10, 14, 15, 18 y 39 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha considerado acorde con la Constitución Española el anonimato del donante, en la Sentencia de 17 de junio de 1999, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LTRA. Esta Sentencia reconoce, pues, la imposibilidad de conocer al progenitor, como regla general. Sin embargo, tres meses después, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 no permite el parto anónimo de la mujer, con fundamento en la dignidad del ser nacido y el derecho a conocer sus orígenes. Desde una perspectiva de coherencia de nuestro ordenamiento jurídico, sería deseable que ambos Tribunales acercasen sus posiciones en esta materia.

La LTRA preveía la creación de un Registro Nacional de Donantes, en el que deberían constar determinados datos de interés, entre los que se encontraba la identidad del donante. Se han desarrollado las normas que regulan su funcionamiento, pero no existe en la práctica, debido a la oposición médica, temiendo que suponga un riesgo para el anonimato del donante, totalmente respetado actualmente en la realidad.

El anonimato del donante puede considerarse contrario al derecho a conocer los orígenes, con posible fundamento en el artículo 10 de la Constitución, en cuanto protege el derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad del nacido.

La filiación derivada de procreación *post mortem*

En este capítulo, comienzo por describir la situación de esta técnica en la realidad y en la jurisprudencia, así como su admisibilidad en la doctrina (I), posteriormente analizo la regulación jurídica española (II), y finalizo con las conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

1. CONCEPTO

En sentido amplio podrían incluirse como procreación *post mortem* los supuestos en que tras la muerte del varón se insemina o realiza fecundación *in vitro* con su material reproductor, o aquéllos en que, habiéndose realizado fecundación *in vitro* con material reproductor del varón, en vida de ambos, el embrión se implanta tras la muerte del varón¹, cumpliendo los requisitos legales.

Ante la pregunta de cuál es la razón de que surjan estas técnicas, ha de recordarse que el avance de las técnicas biomédicas permite la congelación de los gametos masculinos y de los embriones; no así en cambio, la de los gametos femeninos².

¹ En este sentido parece entenderse en la práctica. Así lo afirma BOADA PALÁ, en «Ley española de reproducción asistida. Problemática actual desde el punto de vista médico», en *Bio-ética 2000*, (Coordinación: PALACIOS), Ediciones Nobel, Gijón, 2000, pág. 299: «se autoriza bajo las condiciones que en él se detallan que pueda inseminarse a una mujer con muestras de semen de su marido que se hubieran congelado con anterioridad a su fallecimiento e igualmente, que puedan transferírsele embriones que habían estado crioconservados, por no transferidos al útero, en un proceso de fecundación *in vitro* anterior».

² La congelación de gametos femeninos no ha alcanzado todavía el desarrollo necesario en numerosos centros, por lo que mayoritariamente los Centros proceden a la crioconservación de gametos masculinos y embriones. Con carácter general, ha de recordarse que cuando se dice que se realiza la implantación de embriones, ha de entenderse transferencia, pues el profesional médico no puede implantar. Únicamente transferir, y esperar que el embrión implante o no, es decir que se produzca el éxito o fracaso de la técnica.

Por razones diversas, algunos varones deciden consentir la procreación *post mortem*, y ser padres después de su muerte, si la mujer decide someterse a tales técnicas. Así, por ejemplo, este procedimiento es utilizado en ocasiones por enfermos de cáncer que se han de someter a tratamiento de quimioterapia, que produce esterilidad. Por ello, los médicos proponen a estos enfermos la congelación de sus gametos para que, en un futuro puedan ser padres. Ciertamente se pueden dar dos supuestos:

a) Si el enfermo mejora, sus gametos deberán permanecer crioconservados por un periodo probablemente superior al establecido por la ley³, y será padre durante su propia vida. Este supuesto es frecuente, pero no es fecundación *post mortem*.

b) Si el enfermo fallece, habrá podido consentir, según lo previsto en la ley, la fecundación *post mortem* con sus gametos o, en su caso la implantación de embriones procedentes de fecundación *in vitro* con su material genético, y en consecuencia asumir la paternidad. Estamos en este caso ante la procreación artificial *post mortem*, de la que no conozco ningún caso en la práctica en España.

Así pues, la procreación artificial *post mortem* se plantea en nuestro país porque técnicamente puede realizarse y legalmente está permitida, aun cuando la demanda social de la misma es escasa⁴.

2. TERMINOLOGÍA

Las expresiones más utilizadas son:

a) Fecundación *post mortem*⁵. Se refiere básicamente al supuesto en que el varón consiente la utilización de sus gametos para después de su muerte.

³ El artículo 11.4 establece: *Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes*. La Comisión Nacional de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su Informe de 1998, propone la ampliación de este plazo, ya que puede darse el tratamiento en un niño, y en consecuencia la crioconservación deberá ampliarse hasta la edad fértil en que decida tener un hijo. *Vide* Ministerio de Sanidad y Consumo: Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *I Informe Anual*: diciembre 1998.

⁴ Tras realizar una consulta a diversos facultativos, han manifestado que no les ha sido solicitada la procreación *post mortem* legalmente regulada. En algún supuesto, tras un accidente de tráfico en que ha fallecido el varón, la conviviente solicitó congelación de los gametos masculinos para someterse posteriormente a una inseminación artificial, supuesto no permitido por la ley, y que no se realizó. Solamente he encontrado un supuesto que accedió a los Tribunales. Lo describo en el apartado 6. Cfr. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 22 de febrero de 2001, n.º 474, pág. 9.

⁵ *Vide*, a título de ejemplo, SERRANO ALONSO, «El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*», Ponencia presentada al II Congreso

En sentido estricto excluye la posibilidad de implantar en la mujer el embrión formado antes de la muerte del varón, ya que no se produciría la fecundación *post mortem*.

b) Fecundación artificial *post mortem*⁶. A semejanza del apartado a), en principio únicamente incluiría la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* realizadas después del fallecimiento del marido⁷.

c) Procreación artificial *post mortem*⁸. Incluye la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, realizada tras la muerte del varón, así como la transferencia del embrión concebido en vida de sus padres.

De conformidad con nuestro Derecho, el término fecundación *post mortem* se adecúa a los supuestos contemplados en que se produce la fecundación tras la muerte del varón, aun cuando, en la práctica también se incluye la transferencia *post mortem* de embriones preexistentes en el momento de la muerte del varón.

Por ello, me parece que el término procreación artificial *post mortem* es el adecuado para incluir los supuestos en que la fecundación se produce tras la muerte del varón que consiente y aquellos en que simplemente se realiza la transferencia de los embriones existentes antes del fallecimiento de dicho varón⁹. Utilizo el término fecundación como término legal, aun cuando considero incluidos los supuestos descritos anteriormente.

3. DELIMITACIÓN

A) Antes de la entrada en vigor de la LTRA, se incluían dentro de la procreación *post mortem* los siguientes supuestos:

Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 365.

⁶ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 166.

⁷ Vide RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 167.

⁸ CORRAL TALCIANI, «La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho», *RGLJ*, julio 1988, págs. 5 y 12.

⁹ Recuérdese la siguiente distinción:

Transferencia de embriones: Acción de trasladar embriones al interior del útero.

Procreación: Acción y efecto de engendrar.

Fecundación: Unión del óvulo maduro y el espermatozoide con fusión del material genético de sus núcleos.

«1.º Inseminación artificial de la mujer con semen del marido o conviviente ya difunto.

2.º FIV con óvulos de la mujer previamente fallecida y semen del marido o conviviente supérstite.

3.º Implantación de un embrión (concebido en vida de sus padres genéticos mediante FIV y criopreservado posteriormente) en el útero de la madre después de la muerte del marido conviviente varón.

4.º Implantación de un embrión criopreservado (concebido con gametos de la mujer difunta) en el seno de una tercera mujer después de la muerte de la madre genética, por disposición del marido o conviviente supérstite.

5.º Embrión criopreservado, no destinado a la donación, cuyos padres genéticos mueren, siendo transferido a (*sic*) implantado en otra mujer»¹⁰.

Otros aun reconociendo que caben distintos sentidos del término «fecundación *post mortem*»¹¹, sólo admiten «en rigor», «la inseminación en mujer viuda con semen de su marido fallecido; o implantación en la viuda de embrión fecundado por semen del muerto»¹².

B) Una vez que entró en vigor la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, es discutido el sentido de fecundación *post mortem*. Algunos autores incluyen dentro de la misma los casos de inseminación artificial de una mujer con semen de su marido o varón de la pareja fallecido y de implantación en la mujer de un embrión formado con su óvulo y el semen de su mari-

¹⁰ CORRAL TALCIANI, «La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho», *RGLI*, julio 1988, pág. 12.

¹¹ Obsérvese que técnicamente fecundación *post mortem* significaría que obligatoriamente debe producirse la muerte del varón antes de que se haya producido la fecundación. Téngase en cuenta la distinción entre fecundación y transferencia.

¹² SERRANO ALONSO, «El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 377. Previamente afirma: «La expresión “fecundación *post mortem*” puede ser tomada en varios sentidos, que a los efectos de este estudio se reducen a los siguientes:

a) Referirse al supuesto en que el donante de semen o los donantes del embrión hayan fallecido antes de su empleo, y se procede con posterioridad a su utilización o implantación en mujer receptora.

b) Implantación en mujer viuda de un embrión humano ajeno; es decir, en cuya formación no ha tomado parte el esposo fallecido; supuesto éste que estimo debe ser asimilado al de mujer soltera, separada o divorciada, y, por lo tanto, como ya he indicado admitida su posibilidad legal, la consecuencia que se producirá será el carácter no matrimonial del hijo nacido».

Sin embargo, tras estas citas afirma que únicamente analiza el supuesto mencionado en el texto.

do o compañero fallecido¹³. Otros, ajustándose a la LTRA la limitan a los supuestos en que efectivamente la fecundación se produce después de la muerte del marido¹⁴. Incluso algunos proponen su aplicación en el supuesto de declaración de fallecimiento¹⁵.

Técnicamente fecundación *post mortem* sería la realizada tras el fallecimiento del varón. Ahora bien, obsérvese que jurídicamente —cuando la fecundación no va seguida del comienzo de la gestación—, el momento relevante es el de la transferencia después de la muerte, pues de ella dependerá que el nacimiento del hijo se produzca dentro de los plazos señalados por la Ley para la fecundación *post mortem*¹⁶.

Desde un punto de vista estricto, considero que en fecundación *post mortem* se incluye la inseminación artificial o fecundación *in vitro* realizada en la mujer tras la muerte del varón, en todo caso con su material genético, sin olvidar que en la práctica también se incluye la transferencia *post mortem* de embrión formado en vida del varón. Podría defenderse que en una interpretación amplia de la ley, se comprendiese este último supuesto. Además se protegería mejor al embrión¹⁷.

¹³ GÓMEZ DE LA TORRE, «Fecundación *post mortem*», AC, 1992, pág. 45. Obsérvese que este concepto es posterior a la LTRA, y tiene en cuenta el supuesto permitido por la Ley.

En parecido sentido, pero añadiendo el requisito de la estabilidad si no existe matrimonio, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», AC, 1988-2, págs. 3029 afirma: «A grandes rasgos se puede decir que, la fecundación artificial *post mortem* consiste en inseminar a la mujer con espermatozoides de su marido o compañero estable ya fallecido, con el propósito de que engendre un hijo de ambos. También se puede llevar a cabo esta técnica transfiriendo a la mujer un embrión formado por su óvulo o el semen del varón muerto». Excluye, pues, la fecundación *post mortem* con gameto masculino donado y la que se realice con material genético de la mujer muerta».

¹⁴ Por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAS, en *Comentarios al Código Civil II*, v. 1.º, Libro Primero (Títulos I a IV), coordinados por RAMS ALBESA, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pág. 293, afirma: «El precepto contempla la fecundación *post mortem* (son significativas a este respecto las alusiones al material reproductor del varón, es decir, a los gametos masculinos; el embrión no debe ser ya calificado como material reproductor); no, por tanto, los eventuales casos de implantación *post mortem* de un embrión que ya existía como tal antes del fallecimiento del marido (o del varón)».

¹⁵ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 95.

¹⁶ Algunos autores consideran que la expresión fecundación *in vitro post mortem* es impropia, ya que lo relevante es que la transferencia (no la fecundación) se realice después de la muerte. Cfr. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, Brylant, Bruxelles, 1997, pág. 772.

¹⁷ En el Informe del Consejo de Europa (CONSEIL DE L'EUROPE, «Assistance Médicale à la procréation et protection de l'embryon humain. Étude comparative sur la situation dans 39 pays», Strasbourg, 2 juin 1998, CDBI/INF (98) 8, Provisoire, págs. 46-47), se observa que en algunos países, como Alemania, se admite la transferencia de embrión fecundado viviendo su marido para, de este modo, proteger el embrión, pero no se admite la inseminación artificial *post mortem*.

En este sentido, advierto que no contemplo los siguientes supuestos:

a) La utilización del material genético de la mujer por su marido o compañero¹⁸. Aun cuando pudiera parecer, en aplicación del principio de igualdad, que se debería contemplar el supuesto del viudo o compañero que solicita la transferencia del material genético de su mujer o compañera, tras la muerte de ésta, excluyo este supuesto, ya que sería precisa la contratación de la maternidad de sustitución, prohibida expresamente por el artículo 10 de la LTRA, no admitida por un amplio sector doctrinal y criticada por mí en el capítulo dedicado a la maternidad al que me remito, y en el que ofrezco datos para que se puedan solucionar satisfactoriamente los problemas de determinación de la maternidad. Por ello me parece coherente exponer únicamente el supuesto al que me he referido *supra*.

b) El supuesto de utilización de material genético de donante¹⁹. No está contemplada por la ley esta posibilidad. Se trataría de la utilización de las técnicas por la mujer sola, ya que no se regula la posibilidad de que el varón consienta la procreación *post mortem* con material genético ajeno. Por ello, no cumpliría el fin de la procreación *post mortem* consistente en el deseo de tener un hijo del varón fallecido²⁰ ni se derivaría ninguna consecuencia respecto de la filiación del nacido, que es nuestro objeto de estudio.

c) El supuesto de muerte del donante. No es relevante para determinar la filiación del nacido. Podría serlo, en su caso, respecto a un eventual derecho del nacido a conocer a su progenitor, derecho que sería imposible si la fecundación tiene lugar después de la muerte del donante. Ahora bien, sería imposible conocerle personalmente, pero podría saberse, en su caso, quién es, y disfrutar de la familia paterna²¹. Obsérvese que el supuesto es distinto de aquél en que sobreviene la muerte del donante tras la realización de la práctica.

¹⁸ Vide en este sentido GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 128.

¹⁹ En este supuesto, según GÓMEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 129, «no existe propiamente fecundación *post mortem* cuando la mujer, ya viuda, sea fecundada mediante gametos de donante». No obstante, puede suceder que una vez fallecido el varón, la mujer se someta a IAD dentro de los plazos legales. Si nace, vigente la presunción de paternidad, sería similar a la fecundación heteróloga sin su consentimiento. En este caso, el marido sería, en principio, el padre legal. Ahora bien, cabría la impugnación, que probablemente prosperaría si llega a conocerse que el varón no consintió IAD y que el nacido no procede del varón, como exige la LTRA.

²⁰ Vide en este sentido HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», AC, 1988-2, pág. 3029.

²¹ Cfr. VILA-CORO BARRACHINA, «El padre referencial», *Actualidad Administrativa*, 1994-5, págs. 49 y ss.

4. ADMISIBILIDAD

En la doctrina se discute si la fecundación *post mortem* debe ser prohibida o permitida, y en este último caso si el nacido debe tener derechos sucesorios o ha de ser privado de los mismos. Nuestra LTRA permite la fecundación *post mortem* cumpliendo determinados requisitos y reconoce al nacido como hijo de quien consintió con todos los derechos correspondientes, incluidos los sucesorios (artículo 9 LTRA)²². Sin embargo en el Proyecto de la misma no se le reconocían tales derechos sucesorios²³. Veamos los argu-

²² RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 167. Frente a quienes defienden que el nacido no debe disfrutar de derechos sucesorios respecto de su progenitor afirma: «creo que confunde cosas y se mueve en planos diferentes; priva sin razón suficiente al nacido de derechos sucesorios respecto de la persona a quien debe la vida, no sólo por acto de decisión suya, sino también en el orden biológico. Nacido un ser por IA *post mortem*, la cuestión principal radica en determinar su filiación y saber si es hijo del fallecido, o no. Si se estima que no cabe tenerle por hijo por las razones que fuere, no ha lugar a pensar en derechos sucesorios respecto de esa persona. Pero si puede estimarse que el así nacido es hijo del fallecido, no es lógico que se le prive de tales derechos (es más, creo que sería inconstitucional)». Este autor no la defiende porque considera que no es deseable. Se decanta por la admisibilidad condicionada a ciertos requisitos.

²³ Optaban por este planteamiento:

a) El Informe Warnock en las Recomendaciones 61 y 64, cuyo texto es el siguiente: Recomendación 61: «Debe introducirse una legislación que prevea que cualquier niño a partir de una IAC (inseminación artificial del cónyuge) y que no estuviese en el útero en la fecha de la muerte de su padre, no sea tenido en cuenta para sucederle o heredarle».

Recomendación 64: «Debe promulgarse una legislación que prevea que cualquier niño nacido como resultado de una FIV, utilizando un embrión congelado y depositado en un banco, que no estuviese en el útero en la fecha de la muerte de su padre, no sea tenido en cuenta para sucederle o heredarle».

Estas Recomendaciones proceden de los apartados 10.9 —que comienza proponiendo su prohibición— y 10.15 de dicho Informe.

b) Siguiendo el Informe Warnock, en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, en las Recomendaciones 13 y 61 se afirma:

Recomendación 13: «Deberá legislarse que el hijo nacido por IA con semen del marido o varón de la pareja estable, o por FIVTE con un embrión congelado originado con semen de aquéllos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquéllos no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o de la herencia del fallecido»

Recomendación 61: «Los gametos de un miembro de una pareja estable o matrimonio, ya fallecido, podrían ser utilizados por el otro y para lograr su propia descendencia, pero en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido».

c) En la Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados, se refieren a esta materia los siguientes artículos:

Artículo 9.2: «Los hijos nacidos por estas técnicas con material reproductor del varón, cuando este material no esté en el útero de la mujer con la que está vinculado por matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte del varón, no serán tomados en consideración a fines de sucesión o herencia del fallecido».

Artículo 9.3: «Los hijos nacidos con material reproductor de la mujer, cuando éste fue utilizado por el marido o varón de la pareja que aquélla constituía después de que haya fallecido, no serán tomados en consideración a efectos de sucesión o herencia de la fallecida».

mentos que aporta la doctrina para defender o desaprobar esta técnica. Han sido alegados, en un breve espiguelo, los siguientes (de alcance y valor bien diferente):

4.1. Argumentos para defender la fecundación *post mortem*

Entre éstos, se pueden citar los siguientes: Pretensión de prolongar la vida de su padre, con un deseo de inmortalidad²⁴; posibilidad de ser padre tras la muerte provocada por una enfermedad, como el cáncer, que requeriría tratamiento que produjera esterilidad (razón por la cual se habían congelado previamente los gametos)²⁵; premuerte del marido²⁶; ausencia de preceptos constitucionales

Artículo 10.9: «Mientras permanezcan en depósito, los preembriones no tendrán ningún derecho jurídico hereditario, y tampoco si se utilizan después del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja o matrimonio».

Respecto a la posible fecundación *post mortem* con material de la fallecida en el útero de otra mujer, ha de advertirse que encubre una maternidad subrogada, prohibida con carácter general. Como se observa, el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas no contempla esta posibilidad. Sin embargo la Proposición de Ley sí permitía este supuesto. Posteriormente fue advertido por la Nota del Letrado, en su apartado 7 —consultado en la documentación del Senado, relativa a la elaboración de la LTRA)—. En la tramitación parlamentaria se admitió la enmienda 371, que proponía la supresión de este apartado. En el Informe de la Ponencia, el artículo 9.3 recibió nueva redacción. No se pretenda objetar que supone una discriminación, ya que el hombre podrá ser padre después de su muerte y la mujer no tiene esta posibilidad. Considero que no se contraría el artículo 14 de la Constitución, ya que son dos conceptos distintos la maternidad y la paternidad. Recuérdese que la maternidad se determina por el parto, y obviamente, es imposible la fecundación *post mortem* con gametos de la mujer, pues ya no sería el parto el criterio determinante de la maternidad.

Desde una perspectiva contraria a la fecundación *post mortem*, LACRUZ BERDEJO, en «Informe sobre Inseminación Artificial y otros extremos semejantes», pág. 10, presentado a la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, afirma: «La fecundación *post mortem* debería estar administrativamente prohibida y, si se produjera, no debería conceder derechos sucesorios, salvo sentencia judicial en pleito contra el Ministerio Fiscal y los herederos del difunto».

Parece aceptar este planteamiento CLAVERÍA GOSÁLVEZ, «Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 231 y ss.

²⁴ RUBELLIN-DEVICHI, «Jurisprudence française en matière de droit civile» *Personnes et droits de famille, Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1984, N.º 3, pág. 706; MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 248; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 82.

²⁵ MARTÍNEZ CALCERRADA, «La inseminación artificial y su problemática jurídica» en *Derecho Médico*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 512 y ss.

²⁶ MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 517, afirma que el marido no hubiese podido tener hijos cuando a ello tenía derecho, como argumento para defender la fecundación *post mortem*.

que lleven a la prohibición aun considerando que no es deseable²⁷; derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad, protegido por el artículo 10 de la Constitución²⁸; la no exclusión de los deberes paternos previstos por el artículo 39 de la Constitución²⁹; la voluntad del padre, en vida era procrear³⁰, etc.

²⁷ Cfr. la interesante argumentación de RIVERO HERNÁNDEZ, en «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, págs. 877 y ss. En concreto, en pág. 882 afirma: «no encuentro a nivel constitucional norma explícita o directamente favorable ni desfavorable, a la fecundación p.m. Si no es contraria a la Constitución, tampoco puede apoyarse su práctica o exigibilidad, como derecho subjetivo invocable, en ningún precepto claro y directo, salvo el aludido principio general de libertad personal. Entiendo que ésta es materia cuya regulación es contingente y queda a discreción del legislador, que debe resolver según criterios de política jurídica (oportunidad, pragmatismo social), admitiéndola o no, y dándole en su caso el contenido y alcance que le parezca oportuno, dentro, claro está, del respeto de los derechos fundamentales de la persona y límites que la propia Constitución establece».

Por ello es cuestión de política jurídica y queda a discreción del legislador ordinario. *Vide* en este sentido, por todos, la fundada argumentación del profesor RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 167, y más extensamente en «La fecundación artificial *post mortem*» *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pág. 875. En todo caso, se exigen determinados requisitos relativos fundamentalmente al consentimiento del varón, y al plazo, analizados en el apartado de los requisitos, al que me remito. En este sentido, MAZEN, «L'insémination artificielle: une réalité ignorée par le législateur», *JCP*, 1978, I, 2899, n.º 20, manifestaba que la autorización o prohibición de la fecundación *post mortem* era «avant tout un choix de politique législative». En el mismo sentido, RUBELLIN-DEVICHI, «Jurisprudence française en matière de droit civile» *Personnes et droits de famille*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1984, N.º 3, pág. 705, afirma: «On s'abstiendra volontairement, en tant que juriste, de porter un jugement de valeur sur l'opportunité d'un accueil de l'insémination *post mortem*, ou de l'insémination d'une femme seule; dans la mesure où l'on ne peut l'interdire, ni l'empêcher, il faut s'en tenir à ce que chacun décide en son âme et son conscience».

²⁸ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 84, afirma: «Aquí nos enfrentamos con dos intereses contrapuestos, el de la mujer al libre desarrollo de la personalidad y el del futuro concebido a tener dos padres. Ante tal conflicto de intereses me inclino claramente por el primero por dos motivos: a) que la existencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad no ofrece dudas, en cambio el derecho a tener padre y madre sí, y b) que aun admitiendo la existencia de este último derecho, no nos encontramos ante ningún titular del mismo ya que estamos ante un no concebido» En contra, RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pág. 881, quien entiende que de este precepto no se puede inferir un derecho absoluto a la maternidad por venir éste limitado por el interés y los derechos de los demás.

²⁹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 85, afirma: «esas responsabilidades que menciona el art. 39.3 C.E. no se eluden totalmente en el caso de IA *post mortem*, puesto que cuando ésta se realiza con el consentimiento del marido fallecido, expresado en escritura pública o testamento, y dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento, tal generación produce los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. Por lo tanto, el nacido llevará el nombre de su padre, tendrá derechos hereditarios y tendrá una familia paterna a la que solicitar alimentos en caso de necesarios».

³⁰ PALACIOS ALONSO, *Biolegislación española y Consejo de Europa*, Editorial Stella, Gijón, 1989, pág. 86, afirma: «El hijo nacido *post mortem* tiene padre legítimo, el marido o compañero de la madre, cuya voluntad en vida era la de procrear, por lo que no puede decirse que el hijo “está condenado a nacer sin padre”; se trata por el contrario de un hijo cuyo padre ha muerto, alguien que deseaba expresamente ser padre y tener un hijo, ese hijo».

4.2. Argumentos en contra de la fecundación *post mortem*

Se han alegado los siguientes: el hecho de nacer un hijo premeditadamente huérfano, desde la concepción, no es beneficioso para el nacido³¹; posible existencia de intereses económicos de la mujer por administrar los bienes del marido premuerto³²; ausencia de pareja, respecto de la cual se deba remediar la esterilidad³³; el hecho de que habitualmente la posi-

³¹ HORTAL ALONSO: «Aspectos éticos de la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro* humanas», Informe presentado a la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y de la Inseminación Artificial Humanas, pág. 4; MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 196; HAUSER, «Jurisprudence française en matière de droit civil» Personnes et droits de famille, *RTDC*, 1991, N.º 21, pág. 310, afirma: «Ce goût d'éternité, reflète d'une époque bien orgueilleuse, est de tous côtés injustifiable. Le résultat d'un enfant sans père, comme le remarquent la plupart des spécialistes, ne satisfera personne sinon la prétention égoïste du défunt et la nostalgie pathologique de la mère».

³² Así, por ejemplo, téngase en cuenta el supuesto de un matrimonio sin hijos en el que el marido fallece sin testamento. En este caso los bienes del marido los heredarían sus padres. Sin embargo si ha consentido que sus gametos sean utilizados para realizar una fecundación *post mortem* —cumpliendo los requisitos legales— en la esposa, y ésta prospera, los bienes corresponderán al hijo, y los administrará la mujer. Si después fallece el hijo sin haber realizado testamento, será su madre, en principio, quien reciba los bienes. VIDAL MARTÍNEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español*, Universidad de Valencia, Editorial Civitas, S. A., Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pág. 147, se refiere a evitar así posibles «apetencias sucesorias». En este mismo sentido, LEMA AÑON, *Reproducción, poder y derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pág. 379 afirma que «la necesidad de que el causante haya prestado su consentimiento elimina la posibilidad de un intento de manipulación de la sucesión por parte de la cónyuge supérstite».

³³ RUBIO CARDIEL, «Contestación a las cuestiones formuladas por el Ilmo. Sr. presidente de la Comisión Parlamentaria en la sesión de 23-X-85», Informe presentado a la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, pág. 8. En este sentido, en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, página 90, se consideraba que las técnicas de reproducción asistida van dirigidas esencialmente a combatir la esterilidad en el matrimonio. Con la muerte del marido, este vínculo desaparece y ya no tiene sentido referirse a remediar el problema de esterilidad de la pareja. Así se manifiesta también LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 192-193; CORRAL TALCIANI, «La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho», *RGLJ*, julio 1988, pág. 21. Del mismo modo, HERRERA CAMPOS, *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1991, pág. 41: «A mi entender, la inseminación *post mortem* no tenía que haber sido aceptada por la ley de 22 de noviembre de 1988. El hijo es concebido, en el supuesto de haber utilizado el semen depositado en el banco de espermas, cuando el productor del semen ya ha dejado de existir; con ello se está condenando a un ser que viene al mundo a luchar con desventaja con referencia a los demás; *a priori* se está atribuyendo la concepción de un hijo a un padre que ya no existe. No se debería de aceptar la demanda de la viuda solicitando la propiedad del semen; porque éste no puede ser objeto de sucesión; si se dice que la mujer tiene derecho a tener un hijo, también se puede afirmar que el hijo tiene derecho a tener un padre y una madre. Se me puede argumentar que el hijo nacido a través de la inseminación *post mortem* tiene padre legítimo, es decir, tendría por padre al marido de su madre, cuyo deseo cuando vivía era el de procrear, y se trataría en este caso de un hijo cuyo padre ha muerto, que no es lo mismo que nacer sin padre; pero pienso que este argumento tiene poco valor y que, para los efectos prácticos, el hijo estaría condenado desde el momento de su concepción a no "tener" padre».

bilidad de tener hijos exige como regla general la vida de ambos miembros de la pareja, al menos en el momento de la concepción³⁴; derecho del hijo a tener padre y madre (fundado en el artículo 10 de la Constitución)³⁵; graves problemas jurídicos de filiación y sucesorios³⁶; contra-

³⁴ Frente al argumento sentimental (demasiado utilizado en estos debates, en los supuestos de muerte accidental del marido después de la congelación), se debe tener en cuenta que si en una pareja sin problemas de esterilidad muere el marido...la mujer ya no puede tener hijos, aunque no hubiesen tenido con anterioridad. Así se plantea el interrogante de por qué ha de ser de otra manera en las parejas afectadas de esterilidad. Además si se admitiese la fecundación *post mortem* sería preciso ir hasta el final de la lógica y aceptar que todas las parejas tengan la posibilidad de congelar esperma o embriones...porque nunca se sabe lo que puede suceder. RUBELLIN DEVICHI califica estos supuestos de infierno jurídico, en «Jurisprudence française en matière de droit civil» Personnes et droits de famille, *RTDC*, 1994, págs. 580-581.

³⁵ GAFO, «Problemática ética de las nuevas formas de reproducción humana» en *La fecundación artificial. Ciencia y ética*. Colección Matrimonio y Familia, PS Editorial, Madrid, 1985, pág. 91, afirma: «Es verdad que existen bastantes seres humanos que, por distintas circunstancias, tienen que vivir desde el nacimiento o edades muy tempranas careciendo de uno de sus padres. Pero la existencia de estas situaciones no justifica el que *a priori* se llame a la vida a un ser al que le va a faltar uno de sus progenitores [...] La existencia de los dos progenitores va a jugar un papel muy importante en el troquelado de la personalidad del niño o de la niña; le va a posibilitar el tener muy cercanos modelos de identificación y de complementariedad dentro de su propio ámbito familiar». Cfr. también GAFO en *Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, pág. 63; RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pág. 877, tras referirse al derecho del hijo a familia estable frente al derecho de la mujer a su libertad, apunta: «El hijo nacido por inseminación artificial tiene derecho, en efecto, a tener padre y madre, es decir, a ser igual en ese aspecto a los nacidos de forma natural. Mas —puede responderse—, sin dejar de ser cierto eso, las cosas no son tan sencillas, y quizás el derecho del hijo en ese terreno no es tanto el de tener padre y madre como *dos* seres que le acompañen físicamente, sino a que ambos le proporcionen una serie de cosas (mínimas condiciones para un correcto desarrollo físico y espiritual, afecto, estabilidad emocional»; Informe del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87), principio 7.3, según el cual «La procreación artificial con esperma del marido o compañero fallecido no debe ser permitida»; EWERLÖF, «Swedish Legislation on Artificial Insemination», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 67, 82-83; LLEDÓ YAGÜE, en *Acciones de filiación*, Edilex, Madrid, 1987, pág. 254, donde afirma: «La futura regulación sobre la materia habría de prohibir los supuestos de la inseminación artificial *post mortem*. No se permitiría la inseminación en la pareja paciente, cuando uno de los miembros de la misma hubiera fallecido; en estos casos no podría seguirse el tratamiento, puesto que el recurso a la técnica habría perdido su razón de ser. Además, parece que repugna a la conciencia social que quedase al arbitrio o discrecionalidad del cónyuge superviviente el momento de proceder a la operación inseminatoria. Aunque fuera genéticamente de la pareja, al ser concebido y nacido después del fallecimiento del varón, la determinación legal de la filiación del hijo sería la de extramatrimonial» y en *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 192-193; CORRAL TALCIANI, «La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho», *RGLJ*, julio 1988, pág. 21, afirma: «No puede primar el deseo egoísta de tener un hijo por sobre los intereses y derechos de éste a nacer en el seno de una familia constituida por padre y madre. [...] Esta norma no puede aplicarse [...] a los eventuales progenitores, sino al niño proyectado, que merece que se le trate como persona con derecho a la realización más plena posible de su personalidad»; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 158; VIDAL MARTÍNEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español*, Universidad de Valencia,

dicción con el artículo 39.3 de la Constitución (*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*)³⁷ y con el artículo 39.4 del mismo texto legal (*Los niños*

Editorial Civitas, S. A., Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, págs. 144 y ss.; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», *AC*, 1988-2, pág. 3030; GÓMEZ DE LA TORRE, «Fecundación *post mortem*», *AC*, 1992, pág. 47, afirma: «La justificación de esta prohibición se basa en que, de una parte, el hijo se vería así condenado a nacer y vivir sin padre, lo que va contra su interés y bienestar, preocupación y principio fundamental en esta materia y, de otra, que este tipo de fecundación puede crear problemas en orden a la filiación del nacido y a los derechos sucesorios (de éste en relación con otros interesados) de la persona cuyo fallecimiento se toma en consideración»; GAFO en *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, pág. 145.

MEULDERS-KLEIN, «Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1988, pág. 667, fundamenta el derecho de cada niño de tener padre y madre en los artículos 8 y 14 de la Convención Europea de salvaguarda de Derechos del Hombre y de libertades fundamentales. Sin embargo, MASSAGER, *op. cit.*, pág. 464, lo critica en cuanto que prohibir la inseminación artificial *post mortem* bajo el pretexto de que el niño no podrá disfrutar de una vida familiar normal supone reconocer oficialmente el prototipo de familia perfecta, compuesta por dos padres vivos y unidos y limitar el acceso a procreación médicamente asistida a este modelo familiar. Añade: «Tout schéma familial dérogeant porte atteinte à l'intérêt de l'enfant et doit, dès lors, être prohibé. De là à interdire le divorce au nom de l'intérêt de l'enfant, il n'y a qu'un pas».

³⁶ GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 228, afirma: «La ley en su artículo 9.1 dicta una prohibición general [...] Dijérase que, consciente el legislador de la necesidad de respetar las reglas de sucesión *mortis causa*, así como de las posibilidades reproductoras después de la muerte del padre biológico, ordena no atribuir ningún efecto legal a la fecundación *post mortem*. Pero esta muestra de sensatez legislativa se desmiente a continuación al disponer en el artículo 9.2: *El marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial*»; GÓMEZ DE LA TORRE, «Fecundación *post mortem*», *AC*, 1992, pág. 47. Sin embargo este argumento es criticado por RIVERO HERNÁNDEZ en el sentido de que no es inconveniente que la herencia quede pendiente como en el hijo póstumo. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pág. 877.

³⁷ PANTALEÓN, en «Procreación artificial y responsabilidad civil», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 282-285; en «Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, mayo-agosto 1993, págs. 154-155. En «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueves para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 31, afirma que «el nacido por esta técnica sólo tendrá una preciosa pretensión indemnizatoria contra su madre y el médico que llevó a cabo la fecundación *post mortem*». Cfr. también CORRAL TALCIANI, «La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho», *RGLJ*, julio 1988, págs. 22-23; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», *AC*, 1988-2, pág. 3027; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 496, nota 17, afirma: «Muerto el varón, la aplicación de las técnicas daría lugar a hijos que nacerían sin la conveniente protección

gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos)³⁸, etc.

Ciertamente ante la muerte de un varón, es comprensible el deseo de su mujer (o compañera) por tener un hijo suyo, incluso con fundamento en un pretendido derecho al libre desarrollo de la personalidad, hijo que de algún modo prolongue la vida del varón (ante una muerte temprana de éste). Aho-

del padre. Además, de reconocerles respecto del padre derechos sucesorios, resultaría que el camino de las herencias dependería de la voluntad de la mujer (aceptando o no la concepción) (cf. art. 670). Es prudente, por todas esas razones, que se prohíba a los Centros las prácticas de inseminación artificial o de fecundación *in vitro*, una vez que haya muerto el varón. Con una excepción: si a la muerte del varón estaba formado el preembrión, pues no hay entonces razones suficientes que justifiquen que la viuda no pueda gestarlo.

»Pero estas normas prohibitivas deben tener una sanción adecuada a su naturaleza: medidas disciplinarias, responsabilidad, preclusión —pasado el tiempo— de derechos hereditarios. Y, en cambio, es radicalmente injusto que si, no obstante las prohibiciones, el hijo viene al mundo, se niegue al nacido el *status* de hijo, con los efectos consiguientes (nacionalidad, parentesco con hermanos y parientes paternos, impedimentos matrimoniales, herencias, etc.). La venida al mundo del nuevo ser se ha podido producir no sólo con el consentimiento de sus padres biológicos, sino, además, sin culpa de nadie (cuando al aplicar las técnicas se ignora la muerte del marido). En todo caso, el nuevo ser viene al mundo sin culpa suya. ¿Por qué negarle el *status* de hijo respecto del padre fallecido? Como en los viejos tiempos se intentan reprimir las conductas ilícitas a costa de los hijos. Los resultados son claramente inconstitucionales por estar abiertamente en contradicción con los principios de protección integral de los hijos, de posibilidad de investigación de la paternidad y del principio de igualdad de los hijos y de no discriminación (cf. arts. 14 y 39 Const.).»; HERRERA CAMPOS, *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1991, pág. 46, afirma: «En el caso de permitirse la inseminación de la viuda u otra mujer con el espermatozoide de una persona ya fallecida, se estará permitiendo que nazca un niño que no va a tener un padre que cumpla las funciones que le asigna al art. 39-3 de la Constitución»; FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación, Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Biblioteca Comares de Derecho y Ciencias de la Vida, Granada 1999, página 118.

La fecundación *post mortem* impide que un varón asuma las obligaciones asistenciales. En este sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 130, considera que se refiere al deber de asistencia del artículo 39 en un sentido genérico, «es decir, a los que asumen dicha responsabilidad; no hay por qué concluir que se refiere al padre y madre en cada caso concreto»; REVERTE critica este planteamiento, ya que considera que PANTALEÓN configura la fecundación *post mortem* como ilícita. Entiende REVERTE NAVARRO, «Consideraciones desde el punto de vista del derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Universidad de Murcia, 1992, pág. 32 que «acaso la ilicitud podría sostenerse si la ley no hubiera permitido dicha fecundación».

³⁸ En este precepto, se afirma que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Así, por ejemplo, la Declaración de Derechos del Niño en cuyo principio 6 se establece que «siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material». En el principio 9 se añade: «El niño deberá ser protegido contra toda forma de abandono».

Actualmente debe tenerse en cuenta la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en vigor en España desde el 5 de enero de 1991. Su artículo 7 establece: *El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*.

ra bien, hemos de observar que estos argumentos están pensando en la situación e intereses de los padres.

En principio, y con carácter general, es beneficioso tener padre y madre. Es cierto que el hijo, en el supuesto que analizo, nacerá huérfano a sabiendas de ambos progenitores. Por otra parte, pueden existir intereses económicos de otras personas (fundamentalmente, la madre, como administradora, en su caso, de los bienes de su hijo), que sean causa relevante para el nacimiento del hijo, por lo que el sujeto de protección deviene objeto para satisfacción de intereses de otros. Se trata pues, mediante estos argumentos, de proteger al hijo.

Para evitar consecuencias de decisiones no suficientemente pensadas, creo que debiera establecerse un plazo (o moratoria, por ejemplo de un mes) de reflexión a contar desde la fecha del fallecimiento del varón, en el que la mujer no pueda someterse a fecundación *post mortem*. Pienso que esta moratoria protege de igual modo a los padres y al hijo, en la medida que pretende evitar la precipitación —en una situación difícil, cual es la muerte del marido o compañero— en la toma de tan graves decisiones.

Desde el punto de vista del Derecho, no existe prohibición radical y expresa de la fecundación *post mortem* por la Constitución (tampoco por la LTRA, como se verá detalladamente más adelante). Aun cuando podría defenderse la prohibición porque el padre no prestará asistencia al nacido, debe observarse que tampoco la presta en otras ocasiones:

a) Por ejemplo en el supuesto de utilización de técnicas por la mujer sola con semen de donante. El nacido no tendrá padre desde su nacimiento ni derecho a reclamar la paternidad respecto de nadie —tampoco del donante—, es decir carece de familia paterna —a salvo de un posible reconocimiento de complacencia—. Ahora bien, en el supuesto de fecundación *post mortem*, cumpliendo los requisitos legales, el nacido gozará de familia paterna.

b) Tampoco presta asistencia el varón que tiene un hijo por fecundación natural, con mujer no casada con él, y no lo reconoce. El hijo, o la mujer tendrá la posibilidad de reclamar la paternidad y de conocer a su padre para el caso de que no se produzca el previo reconocimiento. La Constitución protege a la madre soltera. En fecundación *post mortem* más bien se trata de una viuda.

Entiendo que se trata de unas prácticas no deseables, pero no me parecen definitivos los argumentos dirigidos a defender su prohibición con fundamento en la Constitución, aun cuando, insisto, hubiera sido aconsejable que el legislador hubiese optado por su prohibición.

5. SITUACIÓN FÁCTICA

No hay datos sobre su utilización, pero no parece ser muy practicada ni la fecundación *post mortem* de acuerdo con la LTRA, ni aquella que no se adecúe a dicha regulación y plantee, por ello conflicto. Recientemente he conocido un supuesto en que una viuda solicita autorización judicial para ser inseminada con semen de su marido premuerto —por faltar consentimiento específico—, supuesto que es objeto de análisis en el apartado siguiente. En el Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida de 1998 no se alude a la fecundación *post mortem* específicamente³⁹.

³⁹ A nivel nacional, *vide* Ministerio de Sanidad y Consumo; Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *I Informe Anual*: Diciembre 1998, págs. 19-20. Únicamente se hace referencia a cuál ha de ser el destino de los embriones congelados una vez transcurridos los plazos legales, ya que actualmente se mantienen, ignorando su destino final.

El artículo 11 de la LTRA establece: «[...]3. Los preembriones sobrante de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años.

4. Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes.

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida propone la modificación legal que posibilite su destino a la experimentación o la destrucción. Sin embargo en Votos particulares, en páginas 107-115, ATIENZA, GAFO y VILA-CORO, sugieren la donación.

Actualmente se firma un documento en el que se prevé el destino para caso de fallecimiento de un miembro de la pareja o de los dos. Fuera de nuestro país ya se incluía esta cláusula. Así, en Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, N.º 357, Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, Sesión celebrada el miércoles, 6 de noviembre de 1985, pág. 10913, el Dr. BARRI RAGUÉ afirma: «[...] el Grupo de Edwards en Inglaterra, que es pionero, en cada caso en que congelan embriones firman un contrato con la pareja acordando qué es lo que quiere que se haga con aquellos embriones en una serie de supuestos: cuando la mujer queda embarazada, si la pareja se divorcia, si fallecen los dos, si fallece un componente de la pareja. Es un acuerdo individual en cada caso entre el banco de embriones y la pareja que está haciendo la cesión de aquellos embriones».

Recientemente, en agosto de 2000, se ha aprobado en Gran Bretaña la utilización de preembriones para la llamada clonación terapéutica. De manera similar se ha propuesto en España, pues, al parecer, hay 30.000 embriones congelados, destinados, en principio, a la destrucción, que podrían ser utilizados con dichos fines, lo que ha suscitado una viva polémica entre los distintos profesionales que trabajan en estas técnicas.

A nivel autonómico, me refiero a Cataluña por contar por regulación propia y diversa de la establecida por la LTRA, así como por disponer de Informes técnicos relativos a esta materia desde el año 1993.

En los Informes catalanes no se aborda directamente la fecundación *post mortem*. Nos pueden acercar los datos del Registro de Reproducción Humana Asistida de Cataluña (Registre de reproducció humana assistida a Catalunya, Informe tècnic, Servei d'Informació i Estudis, Direcció General de Recursos Sanitaris, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Sanitat y Seguretat Social). Dentro de los supuestos de mujer que no convive en pareja (a título de ejemplo, el 56,7% en 1997) pudiera pensarse que se incluyen los de mujer sola y fecundación *post mortem*.

Por otra parte en la Exposición de Motivos de la Ley de Filiaciones catalana de 1991 se afirma que en la realidad se dan nacimientos procedentes de fecundación *post mortem* en los siguientes términos: «Parece oportuno regular asimismo las cuestiones de filiación para el caso de los nacimientos a consecuencia de fecundación asistida *post mortem*, puesto que, sin ignorar los delicados problemas de índole ética y de política jurídica que dicha inseminación plantea, se pueden

6. RESOLUCIONES JUDICIALES

En la realidad española no he encontrado ningún supuesto referido a la realización de fecundación *post mortem*, prevista por el artículo 9 de la LTRA. Sin embargo, he encontrado un caso relativo a esta materia que ha accedido a los Tribunales (once años después de la publicación de la LTRA) por incumplirse algún requisito o plantearse algún conflicto. Parece, pues que la regulación legal ha precedido en esta materia a la realidad práctica, es decir la ley ha regulado supuestos que todavía no se habían planteado en la práctica, al contrario de lo que sucede habitualmente.

Se trata de un caso en que una viuda solicita ser inseminada con semen de su marido premuerto. En este caso, el marido solicitó la congelación de su material genético el 2 de noviembre de 1998 para poder ser padre cuando se recuperase de leucemia —debido a que su tratamiento puede producir esterilidad—, y falleció repentinamente, pasados unos días, el 29 de noviembre por causa distinta. El marido no había prestado su consentimiento en escritura pública o testamento, para que tras su muerte, fuese inseminada su esposa, «porque nadie les había informado»⁴⁰.

presentar, y en la realidad se dan, dichos nacimientos. Conviene que el derecho diga quiénes son el padre y la madre de los nacidos a consecuencia de fecundación asistida *post mortem*, para evitar los problemas suplementarios que crearía la no regulación de dicha cuestión. Por otro lado, sin perjuicio de las medidas de prevención o limitación que sea preciso tomar, en su caso, en la regulación administrativo-sanitaria de las técnicas de procreación asistida, en una Ley civil sobre la filiación se puede abordar el régimen de procreación asistida, y es preciso hacerlo, incluso en los supuestos de fecundación asistida *post mortem*, con los requisitos mínimos que el legislador considere exigibles para tomarla en consideración, lo que puede contribuir a controlar su práctica y a reconducirla a unas condiciones aceptables».

En el Preámbulo del Código de Familia de Cataluña se afirma: «La filiación por naturaleza se regula específicamente en el título IV, tomando como referencia lo dispuesto actualmente en la Ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones.

»Se mantienen, en consecuencia, los principios rectores en los que se inspiró esta normativa y, por lo tanto, el de la libre investigación de la paternidad y la maternidad, con toda clase de pruebas, reconocido históricamente en el derecho catalán desde la Edad Media; el del *favor filii*, sin discriminación tanto si se trata de un hijo o hija dentro del matrimonio como fuera de éste; la inclusión, dentro de la filiación por naturaleza, de la que deriva de las técnicas modernas de la fecundación asistida, comprendida la fecundación *post mortem*». Del texto no se deduce claramente si se trata de una afirmación genérica o si se ha producido este supuesto en España. En los documentos consultados no he encontrado ningún supuesto de fecundación *post mortem* realizada en España. En este sentido, BOADA PALÀ, Coordinadora del Programa de FIV en el Institut Dexeus, y miembro de la Comisión Asesora para la Reproducción Humana Asistida en Cataluña y de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, afirmaba en febrero de 2000 —en contestación a la carta que le dirigí para consultarle sobre este aspecto— que no tenía constancia de ningún caso de inseminación *post mortem* en nuestro país, en todo caso en dicho Instituto no ha habido ninguno. Únicamente han tenido dos casos de defunción del marido teniendo embriones congelados, pero en ninguno de ellos se ha solicitado la transferencia embrionaria.

⁴⁰ Así consta en el Hecho Primero del Auto del Juzgado de Ferrol n.º 3, de 22 de noviembre de 1999.

Posteriormente, mediante expediente de jurisdicción voluntaria, la viuda solicita ante el Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Ferrol que se conceda autorización judicial para ser inseminada con el semen de su esposo. Además aporta prueba testifical de parientes cercanos (padres y hermana del fallecido) para acreditar la intención de ambos cónyuges de tener un hijo.

El Juez del Juzgado de Primera Instancia de Ferrol autoriza la inseminación artificial por Auto de 22 de noviembre de 1999 porque entiende que los requisitos exigidos por el artículo 9.2 (consentimiento formalmente manifestado y plazo de seis meses desde el fallecimiento) no son necesarios para la realización de la fecundación *post mortem* —aspecto en el que se centra la petición de la esposa—, sino para la determinación de la filiación respecto del marido fallecido ⁴¹.

No obstante, este Auto es apelado por el Ministerio Fiscal ante la Audiencia Provincial de La Coruña, que solicitó la revocación de la resolución recurrida en la que se concedía la autorización judicial para que la viuda se sometiese a fecundación *post mortem*.

Según la Audiencia Provincial de La Coruña, los requisitos exigidos por el artículo 9 de la LTRA (consentimiento formal y plazo) se exigen para que «tal material orgánico pueda ser utilizado, y es entonces y sólo entonces, además, cuando la filiación queda determinada como consecuencia del mismo» ⁴². Por ello, en Auto de 3 de noviembre de 2000 se revoca el dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Ferrol, con fundamento en la ausencia de dichos requisitos. En el Fundamento de Derecho sexto advierte que la ley permite la fecundación *post mortem* cumpliendo unos requisitos «que no han sido observados, y que no pueden, en consecuencia, ser suplidos mediante el consentimiento de los parientes más próximos o una autorización judicial, al exigirse a tal efecto la expresión de un consentimiento de naturaleza personalísima, y sobre el cual debió ser informado el cónyuge premuerto al someterse a la extracción correspondiente para el depósito de su semen» ⁴³.

Como ya he indicado en el capítulo dedicado al estudio de la determinación de la paternidad, sería conveniente que el consentimiento para someter-

⁴¹ En este mismo sentido se manifestaba CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 89.

En el Razonamiento Jurídico Cuarto del Auto citado se añade: «este Juzgador no tienen duda de la conveniencia de permitir a doña [...] ser inseminada con el semen de su fallecido esposo, por ser una petición razonable e intensamente querida por la solicitante, aceptada implícitamente por el fallecido y deseada por todo el entorno familiar, además de jurídicamente correcta».

⁴² Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña de 3 de noviembre de 2000, Fundamento de Derecho Quinto.

⁴³ Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña de 3 de noviembre de 2000, Fundamento de Derecho Sexto.

se a las técnicas de reproducción asistida se prestase ante Notario, de tal modo que éste informase no sólo de los requisitos para la realización de las técnicas en vida, sino que también le preguntase al varón si autoriza la fecundación *post mortem*. De este modo quedaría claramente manifestada la voluntad del varón. Además advierto que no es lo mismo congelar material genético para ser padres en vida que autorizar a la viuda para que nazca un hijo tras la muerte del varón. El Auto, objeto de análisis, no se refiere a que el marido pretendiese tener un hijo «superpóstumo» tras su fallecimiento, sino más bien al contrario, es decir cuando se recuperase. Hay que advertir que el tiempo transcurrido desde el fallecimiento del varón (29 de noviembre de 1998) hasta la resolución judicial (3 de noviembre de 2000) es, aproximadamente de 2 años. De ahí, la conveniencia de evitar conflictos judiciales, mediante la intervención del Notario, según he indicado, para informar y recoger con claridad la voluntad del varón.

Sin embargo, en Francia se plantearon conflictos judiciales respecto de esta materia, en el tiempo en que esta materia no estaba regulada expresamente ⁴⁴.

A continuación analizo cinco supuestos destacables procedentes de los Tribunales franceses en un tiempo en que este país no contaba con regulación para esta materia ⁴⁵, ya que debido a la complejidad de la misma, se discutió en diversos Congresos, y se realizaron importantes Informes, pero se estableció una moratoria para dar una regulación específica, concretada en la Ley n.º 94-654 de 29 de julio de 1994, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal, que no admite la fecundación *post mortem*.

1. En primer lugar cabe mencionar la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Créteil ⁴⁶. Se plantea el posible derecho de la mujer a la fecundación *post mortem*.

Alain Parpalaix, afectado por un cáncer testicular deposita su espermatozoides ⁴⁷

⁴⁴ Como se indica en el Informe de Francia presentado al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, pág. 247, en Francia en un principio se admitió la fecundación *post mortem*, en las resoluciones judiciales. Posteriormente se rechazó por la Ley de 1994, ya que se exigía proyecto parental para la utilización de la técnicas de procreación médicamente asistida. Por tanto, si uno de los miembros de la pareja fallece, se procede a la donación o destrucción.

⁴⁵ Más extensamente en MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles. Brylant, Bruxelles, 1997, págs. 424 y ss. y 772 y ss.

⁴⁶ Tribunal de Grande Instance de Créteil, 1 août 1984, JCP, 1984, II, 20321.

⁴⁷ TORTORICI, *Giurisprudenza di Merito*: Tribunal de Grande Instance de Créteil, 1 agosto 1984-Pres. Daussy- P.M. Leseq, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1984, pág. 1065, considera que el contrato por el que una parte se compromete a ceder el propio semen puede ser regulado análogicamente como el contrato de cesión de la propia sangre.

en el CECOS⁴⁸ de Kremlin-Bicêtre de 7 de diciembre de 1981, aconsejado por su médico, debido a los riesgos de esterilidad provocados por el tratamiento de quimioterapia al que iba a ser sometido. De este modo, podrá ser padre en su momento mediante la inseminación artificial realizada con sus gametos. Posteriormente contrae matrimonio *in extremis* con Corinne Richard el día 23 de diciembre de 1983 y fallece el día 25 de dicho mes.

A comienzos de febrero, Corinne reclama al CECOS el espermia conservado y el profesor David, director del Centro y presidente de la Federación Francesa de CECOS responde que debe solicitar instrucciones de la autoridad de tutela de los CECOS, es decir del Ministerio de la Salud. El Secretariado de Estado dio una respuesta negativa. Posteriormente el Tribunal de Grande Instance de Créteil autorizó dicha pretensión por Sentencia de 1 de agosto de 1984, si bien no prosperó el embarazo.

Tras esta sentencia los CECOS han introducido a petición del Ministerio de Sanidad en los contratos de autoconservación de espermia una cláusula estipulando que el marido o conviviente debe estar vivo y consentir en el momento de inseminación de su esposa o compañera.

Este pronunciamiento fue criticado por la doctrina francesa aduciendo que no debería haberse entregado el depósito de espermia a la esposa del difunto, pues parece que el depósito de espermia y el matrimonio *in extremis*, consentido por un moribundo, indican que la voluntad de procrear está ausente. En este sentido se considera que los esfuerzos se han de dirigir a paliar la esterilidad de parejas vivas, sin realizar propiamente un juicio de valor sobre la admisibilidad de la inseminación *post mortem*, pero se propone suprimir los efectos sucesorios para evitar que algunas viudas o convivientes soliciten estas técnicas con fines hereditarios⁴⁹. Ahora bien, no ha de olvidarse que, de este modo, será el nacido quien carezca de derechos, como consecuencia de los actos de otras personas.

⁴⁸ CECOS: Centros de Estudio y de Conservación del Espermia. TESTART, en *La procréation artificielle*, Debate, Madrid, 1994, pág. 112 (versión castellana de *La procréation médicalisée*, Flammarion, 1993), afirma: «Es la estructura francesa más importante (veinte centros federados) para la recogida, la conservación y la concesión de espermia».

⁴⁹ RUBELLIN-DEVICHI, «Jurisprudence française en matière de droit civil» Personnes et droits de famille, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1984, N.º 3, pág. 706, afirma: «Cette solution est la seule qui soit satisfaisante: si l'on ne peut empêcher un mort d'être donneur de sperme, alors qu'il n'aurait peut-être plus désiré sa paternité, que l'on attache pas au moins à la transmission de son patrimoine génétique, les effets de droit successoral découlant de sa paternité».

Au lendemain de la publication du jugement de Créteil, une vingtaine d'épouses ou de concubines notoires veuves, pour employer les termes utilisés par la proposition de loi de M.M. Caillavet et Mézard, 'réclamaient' d'être inséminées: Qu'on ne mélange pas au moins les questions d'héritage avec ce qui est, paraît-il, une preuve merveilleuse d'amour».

2. En segundo lugar debe ser mencionada la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Toulouse de 26 de marzo de 1991⁵⁰.

Tras catorce años de matrimonio, el marido afectado por un tumor testicular, realiza un depósito de esperma en el CECOS Midi-Pyrénées de Toulouse, teniendo en cuenta los riesgos de esterilidad derivados del tratamiento de quimioterapia al que se va a someter. Firma un contrato denominado "Autoconservación de esperma" cuyo quinto párrafo estipula que el esperma extraído no podrá ser utilizado más que en su presencia con su consentimiento. Tras su muerte, la viuda solicita al CECOS la restitución del esperma de su marido, y ante la negativa de éste, recurre al Tribunal de Grande Instance de Toulouse, que rechaza la solicitud de la viuda y ordena, pasado el plazo de tres meses, teniendo en cuenta una posible apelación, la destrucción del esperma por el CECOS.

Como se observa, son soluciones diversas debidas posiblemente al hecho de que, en ausencia de legislación, en este último supuesto, se excluía expresamente la inseminación *post mortem* mediante un pacto entre las partes. Además el Tribunal recuerda que no existe legislación y que el pronunciamiento de Créteil no tiene valor de precedente obligatorio.

3. En tercer lugar hay que aludir a la Sentencia del Tribunal de Grande Instance d'Angers de 26 de marzo de 1991⁵¹.

En este caso un matrimonio se somete a fecundación *in vitro*, y nacen dos gemelos. Los esposos pretenden tener un tercer hijo mediante la implantación de los embriones sobrantes de la fecundación *in vitro* anterior. Se realizan dos tentativas que fracasan y el marido fallece tres días después de este segundo intento. La viuda decide continuar el proyecto parental iniciado por los esposos. El último embrión es implantado un año después de la muerte del marido. Nacido este hijo, que fue concebido como los dos gemelos, en principio no tiene filiación paterna por no ser aplicable la presunción de paternidad. La madre reclama la filiación respecto del padre como hijo legítimo. El Tribunal lo acepta con fundamento en el respeto a la vida privada y el seguimiento del proyecto parental en curso⁵². El argumento fundamental consiste en que —teniendo en cuenta que el hijo concebido durante el matrimonio es legítimo— se considera que la concepción ha tenido lugar en el

⁵⁰ Tribunal de Grande Instance de Toulouse, 26 mars 1991, *JCP*, 1992, II, 21807, pág. 66.

⁵¹ Tribunal de Grande Instance d'Angers, 10 novembre 1992, *Dalloz*, 1994, Som. com., pág. 30.

⁵² Tribunal de Grande Instance d'Angers, 10 novembre 1992, *Dalloz*, 1994, Som. com., pág. 30, afirma: «L'épouse ayant fait le choix, qui relève de sa liberté de conscience, d'une grossesse après le décès de son compagnon, pour respecter la volonté de son mari qui souhaitait un troisième enfant[...]».

momento de la fecundación *in vitro*. En consecuencia existe posesión de estado preconcepcional respecto del marido, que permite calificar al nacido de hijo legítimo del marido.

Este planteamiento es discutido en la doctrina. Algunos autores lo aceptan basándose en que la fecundación se ha producido durante el matrimonio, y simplemente se ha retrasado la gestación. Otros consideran que es una interpretación incorrecta de la ley, ya que es preciso que el hijo nazca en un determinado plazo para que sea aplicable la presunción de paternidad.

4. En cuarto lugar, debe ser considerado el supuesto planteado ante el Tribunal de Grande Instance de Toulouse, en el que un matrimonio comienza un procedimiento de fecundación *in vitro* en 1984 en el Hospital Regional de Grave. Tras siete intentos sin éxito, en 1990, los esposos se someten a fecundación *in vitro*, y se congelan dos de los cuatro embriones obtenidos, y firman un documento en el que consta expresamente: «La transferencia no podrá ser realizada más que en presencia de ambos cónyuges»; «en caso de disolución de la pareja los embriones serán destruidos». Tras la pérdida de los dos embriones inicialmente implantados, fallece el marido, y la mujer pretende la transferencia de los embriones congelados. El Tribunal deniega dicha petición con fundamento en la ausencia de consentimiento del marido premuerto, mediante sentencia de 11 de mayo de 1993.

La esposa recurre ante el Tribunal de Apelación de Toulouse, que confirma la decisión del primer tribunal mediante Sentencia de 18 de abril de 1994, y ordena la destrucción de los embriones congelados.

La esposa interpone recurso de casación, y la Corte de Casación francesa, mediante Sentencia de 9 de enero de 1996 confirma el carácter ilícito de la fecundación *post mortem*, teniendo en cuenta la regulación francesa de 1994.

5. En quinto lugar, cabe citar la Sentencia de Tribunal de Rennes de 30 de junio de 1993⁵³.

En el año 1991, una pareja se somete a un tratamiento de fecundación *in vitro*. Tras sucesivos fracasos, en 1992 los esposos firman un contrato con la siguiente cláusula, propuesta por el CECOS de l'Ouest: «La restitución no se efectuará más que con el consentimiento renovado de ambos miembros de la pareja que suscribe». En julio de 1992, los esposos solicitan un nuevo intento, pero en dicho mes los laboratorios intervinientes están cerrados. El 1 de agosto fallece el marido, y desde el 20 de agosto la esposa solicita al CECOS la implantación de los embriones congelados. EL CECOS tarda en

⁵³ Tribunal de Grande Instance de Rennes, 30 juin 1993, JCP, 1994, 22250.

contestar, y la esposa se dirige al Tribunal de Rennes, que invita a las partes a someter la decisión a los jueces de Toulouse, tras el pronunciamiento de 11 de mayo de 1993. Por sentencia de 30 de junio de 1993, el Tribunal de Rennes rechaza la petición de la viuda, pero ordena la conservación de los embriones.

La viuda solicita la ejecución de la convención firmada y ofrece aportar por vía testimonial el consentimiento de su marido. El Tribunal entiende que para que sea válido el contrato es preciso admitir que los embriones objeto del contrato no son personas. Así concluye que el contrato es válido, pero que el compromiso del CECOS se limita al supuesto en que los dos miembros de la pareja estén vivos. El Tribunal entiende que los testimonios no prueban que el marido consintiese fecundación *in vitro* posteriormente a su muerte.

Por otra parte la viuda justifica su petición alegando la autoridad parental que pretende tener sobre los embriones, lo que lleva a contemplarlos como persona. Sin embargo, el Tribunal considera que no son sujeto de derecho respecto de sus progenitores.

Finalmente, el CECOS, rechazando someterse a esta decisión judicial, ha restituido, por su propia iniciativa los embriones congelados a la viuda, y se han transferido sin éxito.

De todo ello se deduce que existen diferencias de planteamiento entre las autoridades judiciales, en unos casos facilitando, y en otras denegando la utilización de la fecundación *post mortem*, en momentos en que no existía legislación. Por ello, se produjeron resoluciones judiciales diversas, alguna de las cuales no ha sido cumplida, como he señalado anteriormente. Por otra parte, la autoridad ética, el Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y de la Salud admitía la fecundación *post mortem*⁵⁴.

Respecto al Derecho positivo, considero muy conveniente que exista regulación de las técnicas en Francia en cuanto que ofrece seguridad jurídica. Sin embargo, a mi juicio, no es muy acertado su contenido: Si muere un miembro de la pareja, el sobreviviente será consultado acerca de si consiente el acogimiento del embrión por otra pareja (artículo 8 de la Ley n.º 94-654, de 29 de julio de 1994, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y

⁵⁴ Téngase en cuenta la relevancia, en Francia, de los «Avis» (Dictámenes) emitidos por el Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y de la Salud, en concreto el N.º 40, de 17 de diciembre de 1993, sobre transferencia de embriones tras la muerte del cónyuge o conviviente, *Journal International de Bioéthique*, 1995, vol. 6, n.º 1, págs. 67 y ss.

en el diagnóstico prenatal)⁵⁵. Ahora bien no es posible la transferencia *in utero* a la viuda. Posiblemente esta regulación no sea favorable para proteger el embrión, aun cuando reconozco que es coherente con el planteamiento general de estas técnicas en Francia, en cuanto que su utilización debe responder a un proyecto parental, y deben estar vivos los dos miembros de la pareja.

II. REGULACIÓN JURÍDICA

En la doctrina se suscitó «si puede el varón disponer el destino de su semen para después de su muerte» y «si la mujer puede disponer del semen de su marido difunto, tomándolo del cadáver y si algunos parientes o herederos, o los poderes públicos, pueden tomar el semen del cadáver sin necesidad de otro consentimiento»⁵⁶. La ley se refiere al primero. En relación a él, algunos autores consideraban que no cabía ver motivo de objeción a la libre disposición *mortis causa* del marido en favor de su viuda (calificada como facultad marital) si es aceptable la donación de gametos⁵⁷. Se analizan a continuación los supuestos permitidos por la LTRA, excluyendo otros supuestos, posibles técnicamente, pero no admitidos por dicha LTRA⁵⁸.

⁵⁵ Su dicción es la siguiente: *Se insertará tras el capítulo II del título I del libro II del Código de la Salud Pública, un capítulo II bis del siguiente tenor: [...] Artículo L. 152-4 [...] En caso de fallecimiento de un miembro de la pareja, el supérstite será consultado por escrito sobre si consiente que los embriones conservados sean recibidos por otra pareja con arreglo a los requisitos previstos en el artículo L. 152-5.*

⁵⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 218.

En el Informe del Consejo de Europa (En CONSEIL DE L'EUROPE, «Assistance Médicale à la procréation et protection de l'embryon humain. Étude comparative sur la situation dans 39 pays», Strasbourg, 2 juin 1998, CDBI/INF (98) 8, Provisoire, págs. 76-77), se afirma: Con la finalidad de practicar una asistencia médica a la procreación es lícito extraer espermia y óvulos de un cadáver en la legislación de Hungría (si no se opuso en vida, pues las disposiciones legales de trasplante de órganos se aplican a los gametos), Reino Unido (siempre que se prestasen en vida los consentimientos requeridos legalmente) y Estados Unidos —se limita al espermia, ya que respecto de los óvulos no se especifica—. Únicamente se tiene conocimiento de la extracción de gametos en Estados Unidos, y de la posterior obtención de embriones.

⁵⁷ Vide GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 133.

⁵⁸ Así, por ejemplo, fecundación *in vitro post mortem* con semen de donante. Vide RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, págs. 896 y ss. y en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 170.

MERINO GUTIÉRREZ, «Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida», Comunicación presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en*

1. LEY SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA
DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1988

1.1. Artículo 9

1.1.1. Apartado 1.º

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

La doctrina ha dado dos interpretaciones de este precepto:

a) Unos entienden que «el artículo 9.1 prohíbe con carácter general la utilización *post mortem* de las técnicas de reproducción asistida, o, lo que es lo mismo, que “el material reproductor (del marido) no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”»⁵⁹.

b) Otros consideran que simplemente se impide que se atribuyan los correspondientes derechos y deberes derivados de la filiación, pero que se permitiría la procreación *post mortem*⁶⁰.

Me parece que se prohíbe la fecundación *post mortem* con carácter general y el párrafo 2.º es una excepción, en que se permite su realización si se cumplen determinados requisitos, como veremos en el apartado siguiente. En

materia de reproducción humana, Madrid, 1988, pág. 429; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 164, admiten transferencia *post mortem* del embrión resultante de donación de óvulos y semen del marido en la mujer o conviviente.

⁵⁹ GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), página 235.

⁶⁰ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 89. En este sentido en el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de El Ferrol de 22 de noviembre de 1999, Razonamiento Jurídico Tercero se afirma: «Este Juzgador no comparte la interpretación del art. 9.2 de la Ley 35/88 que consta en las actuaciones: dicho artículo no establece que sea preciso para la inseminación artificial el consentimiento del fallecido en escritura pública o testamento, ni que el material reproductor se utilice en los seis meses siguientes al fallecimiento. Lo que dice dicho artículo es que tales requisitos son imprescindibles para un cierto caso: “no podrá determinarse legalmente la filiación” [...] El artículo 9.2 [...] no es aplicable cuando la mujer, como es este el caso, no centre su petición en el fenómeno jurídico de determinar legalmente la filiación, sino que la centre en el deseo de tener un hijo con semen de su fallecido esposo».

este sentido, me parece adecuada la sistemática de este artículo. Sin embargo, a mi juicio no es muy acertado su contenido ya que impide atribuir la filiación paterna matrimonial al nacido incumpliendo algún requisito. No me parece adecuado que el artículo 9.1 establezca tal prohibición por determinación legal, ya que no podrá determinarse otra filiación respecto del así nacido, —a salvo un posible reconocimiento de complacencia—.

Este artículo 9.1.º es criticado por las siguientes razones:

a) Parece que sólo es aplicable a los matrimonios y excluye a las parejas de hecho⁶¹. Entiendo que así resultaría de una aplicación estricta de este precepto, pero ha de observarse que sólo en el caso de filiación matrimonial se atribuye la filiación al marido por la presunción de paternidad —piénsese en la fecundación *post mortem* realizada inmediatamente después de la muerte del varón, en la que se produce el nacimiento dentro del plazo previsto para la aplicación de dicha presunción de paternidad—. Además este precepto parece dirigido a evitar una falsa atribución de paternidad al marido fallecido, salvo que concurren los requisitos establecidos por los párrafos siguientes del artículo 9.

b) Su falta de claridad para el supuesto de que el material reproductor no se encuentre en el útero de la esposa en el momento de su muerte⁶². Es dudo-

⁶¹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 85-86, afirma: «Lo primero que deducimos de su lectura es que es aplicable sólo a los matrimonios, y no a las parejas que conviven de hecho. Pero incluso en relación a los matrimonios, poco aporta este precepto, pues si el semen ya estaba en el útero de la mujer en el momento de la muerte del marido es que la inseminación ya se había practicado, con lo cual la inseminación no sería *post mortem*, sino en vida, y dando como fruto un hijo póstumo, que nacería antes de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio por muerte y que, en consecuencia, se beneficiaría de la correspondiente presunción de paternidad».

⁶² CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 86 considera: «Por otra parte aporta una cierta confusión porque, de no darse el presupuesto fáctico del mismo (que el material reproductor del marido no se halle en el útero de la esposa en el momento de su muerte), lo que parece indicar el art. 9-1 LTRA, no es que una técnica de reproducción asistida con carácter *post mortem* es imposible, sino simplemente que no podrá determinarse la filiación, ni producirse otros efectos». Insiste en las páginas 89-90 en el sentido siguiente: «El art. 9 n.º 1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida es un precepto que, en mi opinión, lo único que aporta es confusión al resto de la norma jurídica.[...] Mejor hubiera sido que el art. 9 n.º 1 no hubiera visto la luz por dos motivos: 1) porque por mandato legal se impide que se pueda determinar la filiación del así nacido, con lo que se le está discriminando por razón de las circunstancias que rodean a su nacimiento, lo que hace a este precepto merecedor del calificativo de inconstitucional; 2) porque nos reconduce de alguna manera a una situación semejante a la que existía cuando no había en absoluto regulación de la IA *post mortem*, permitiéndonos al igual que hacíamos entonces estudiar la posibilidad de que se lleve a cabo sin límite de tiempo, en base a un negocio jurídico civil en el que no constando la negativa expresa del productor del semen tampoco conste expresamente su consentimiento. Nos preguntamos, entonces, si el art. 9 n.º 1 de la Ley abre la puerta a la IA *post mortem* en base a un negocio jurídico de naturaleza civil como es el depósito de semen o el legado del mismo».

so si la consecuencia es que se prohíbe la fecundación *post mortem* en todo caso o si se permite la técnica, pero se impide la determinación de la fecundación respecto del marido fallecido. Entiendo que se aclara en los párrafos siguientes.

c) El término «fecha». Se afirma que debería decir: «que las técnicas deberían haberse realizado antes del fallecimiento del marido»⁶³. Parece que en la práctica es bastante improbable que se plantee este conflicto por las siguientes razones:

1.^a Podría entenderse en el sentido de que se refiere al momento posterior a la muerte del varón. De hecho, no iría contra el espíritu de la ley entender que se refiere a dicho momento.

2.^a En una interpretación estricta del artículo 9.1, que exige que el material reproductor de éste (marido fallecido) se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, entiendo que no se produciría conflicto para el supuesto que contemplamos (que se produzca la muerte del varón el mismo día que la transferencia de material genético, pero con posterioridad a la realización de las mismas). Considero que se incluiría en el supuesto del artículo 116 del Código Civil, aplicable con carácter general, ya que el nacimiento se produciría dentro del plazo de trescientos días a contar desde el fallecimiento del varón. Ciertamente sólo será aplicable para el caso de matrimonio, ya que fuera de él no rige la presunción de paternidad, según la regulación de nuestro Código Civil. Por otra parte, se podría probar que la inseminación o, en su caso, la transferencia se produjo antes del fallecimiento, mediante el correspondiente expediente médico.

Hay que advertir que en este precepto se prohíbe la realización de fecundación *post mortem*, y por ello contempla el supuesto de utilización de las técnicas durante la vida del varón.

1.1.2. Artículo 9.2.º, 3.º y 4.º

2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para*

⁶³ GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 133.

fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

3. *El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.*

4. *El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.*

De estos apartados del artículo 9 LTRA, se deducen los siguientes requisitos y efectos:

A) *Requisitos*

a) *Previo consentimiento*

Este consentimiento reviste los siguientes caracteres: formal y revocable —no siendo necesario un plazo de convivencia en el caso de pareja no casada—, además de estar exento de vicios.

Este consentimiento es una declaración de voluntad de ser padre, ya que no se conoce si la mujer aceptará en su momento someterse a dichas técnicas ni si éstas tendrán éxito, es decir el varón manifiesta su voluntad de ser padre, pero es dudoso que el hijo nazca. Podría defenderse que en todos los supuestos existe voluntad de reconocer.

1.º *Formal*

La LTRA exige que el consentimiento se preste en escritura pública o testamento⁶⁴. Algunos autores consideran que el testamento ha de ser abierto en todo caso⁶⁵. Sin embargo, otros entienden que es válido cualquier tipo de testamento, incluso el ológrafo⁶⁶.

⁶⁴ La regulación de la fecundación *post mortem* —técnica permitida en Reino Unido— exige el consentimiento informado previo y por escrito del donante de gametos. Se produjo un supuesto —matrimonio Blood— en que no existía tal consentimiento, por lo que inicialmente se denegó la posibilidad de fecundación *post mortem*, pero posteriormente, en apelación, se permitió la realización de la fecundación *post mortem*, teniendo en cuenta la presunta intención de la pareja de tener descendencia. Cfr. SHENFIELD, «Panorama de la reproducción asistida en el Reino Unido: Regulación y efectos», en *Bioética 2000*, (Coordinación: PALACIOS), Ediciones Nobel, Gijón, 2000, págs. 281-283.

⁶⁵ GÓMEZ FERRER SAPIÑA, «Aspectos negociales en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, pág. 344, afirma: «La posibilidad admitida debe considerarse excepcional, tal y como resulta, además, del artículo 9.1;

Me parece que la segunda opinión se ajusta mejor a la dicción del artículo 9, ya que la ley no distingue. No obstante, *de lege ferenda*, sería deseable que el consentimiento se prestase en testamento notarial abierto, ya que es el que más se aproxima a la escritura pública, en cuanto a su publicidad e intervención del Notario. De este modo, se garantizaría una mayor seguridad jurídica mediante la intervención de un profesional que ofrecería una mayor información y garantías para quien toma la decisión de consentir una fecundación *post mortem*.

Además en dicho consentimiento, que ha de estar ausente de vicios, se ha de identificar a la mujer que podrá ser fecundada con el material reproductor del varón.

2.º Revocable

Es discutida en la doctrina la ubicación de este precepto, ya que parece que se refiere a la revocación del consentimiento para la realización de las técnicas en general⁶⁷, por lo que debería haberse incluido en un artículo previo, y no como un apartado del precepto dedicado a regular la fecundación

por ello, mientras que los consentimientos para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida basta con que se manifiesten por escrito, cuando se trata de fecundación *post mortem* la Ley exige que se presten ante Notario, garante de legalidad, que por su actuación convierte en indubitado el consentimiento. Por ello, hemos afirmado que el testamento a que se refiere el artículo 9 es el abierto notarial, pues de lo contrario carece de sentido exigir escritura pública y no un escrito cualquiera como en el artículo 10.8 de la Proposición de Ley. Si el legislador pasa de exigir un simple escrito a demandar que el consentimiento conste indubitadamente en escritura pública, parece lógico pensar que el testamento ha de reunir idénticas garantías". Añade que en el testamento cerrado, «lo público es el acta, no el testamento».

⁶⁶ VIDAL MARTÍNEZ en VIDAL MARTÍNEZ (coordinador), BENÍTEZ ORTÚZAR y VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 113, apunta: «A nuestro entender, la palabra testamento comprende cualquiera de sus tipos»; GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, página 134, critica este requisito en los siguientes términos: «Menos coherente me parece la exigencia legal de escritura pública o testamento para esta disposición. No se entiende bien por qué resulta válido, en general el contrato de donación de gametos o de preembriones, por escrito y secreto, y se precisa, en este supuesto (salvo en el caso de testamento ológrafo) la máxima solemnidad y publicidad». Posiblemente esta diferencia de criterio se deba a que en el caso que se analiza, la consecuencia es la atribución directamente de la filiación. GÓMEZ SÁNCHEZ insiste en que bastaría un documento en que conste «su deseo de que, en caso de muerte, fuera utilizado para fecundar a su viuda. Si el documento expedido por el centro autorizado es válido para la generación en otros supuestos, no parece que deba resultar insuficiente para la fecundación *post mortem*. Cosa distinta es que, si en dicho documento no consta la voluntad del marido, la fecundación no pueda producirse tras el fallecimiento de éste»; SIMÓ SEVILLA, «La Medicina moderna de la procreación en el Derecho de Familia y en el Derecho sucesorio», Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995, pág. 114.

⁶⁷ De este modo se interpreta por ejemplo en los formularios de la Clínica Inmaculada Concepción de Granada.

post mortem. En este sentido, advierte RIVERO HERNÁNDEZ: «Por su situación, parece que está pensada esta norma para la fecundación *post mortem*; mas es evidente que lo mismo cabe predicar de los consentimientos previstos en la ley para otros casos»⁶⁸.

Según GÓMEZ SÁNCHEZ, la «literalidad del precepto permite varias interpretaciones:

a) Que el consentimiento a que se refiere el artículo 9.4 de la LTRA es el de la viuda y que, en consecuencia, ésta, como el resto de las mujeres receptoras (art. 2.4), puede evitar la aplicación de las técnicas reproductivas [...].

b) Que la ley contempla la posibilidad de que el marido revoque el consentimiento (mejor, la autorización) para que su viuda sea fecundada con su material genético. Esta interpretación aportaría un nuevo argumento a la posible inconstitucionalidad de la irrevocabilidad general de las donaciones [...], ya que introduciría un elemento de diferenciación no razonable ni justificado, a mi juicio, entre el donante y el marido en relación con la fecundación *post mortem*.

»La literalidad del precepto parece más coherente con la primera de las interpretaciones, si bien, en mi opinión, el legislador se refería a la segunda hipótesis. Con todo, la redacción del apartado 4 del artículo 9.º resulta seriamente discutible, pues el marido, más que consentir que su mujer sea fecundada [...], autoriza a que sea utilizado su material genético en la fecundación de aquélla, ya que es sobre este material genético sobre el que puede decidir y no sobre la libertad de decisión de la mujer. Además, como la revocación, obviamente, sólo puede ser realizada en vida, es difícil ver los supuestos en los que tal revocación procedería»⁶⁹.

A mi juicio se refiere al consentimiento del marido para que su mujer se someta a técnicas de reproducción asistida con los gametos de dicho varón, y de este modo asumirá la paternidad mediante el cumplimiento de los requisitos legales previstos. Entiendo que el supuesto es distinto al del donante, ya que éste no asume ninguna obligación derivada de la filiación, por lo que no encuentro razones para fundar la posible inconstitucionalidad por el tratamiento legal diferente que se da al donante y al marido.

⁶⁸ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 168.

⁶⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 136. Respecto de la interpretación contenida en el apartado b), entiendo que parece una diferenciación razonable ya que el Derecho atribuye la filiación al marido en principio. Sin embargo la LTRA en el artículo 8.3 excluye expresamente la determinación legal de la filiación respecto del donante.

En cuanto a la forma, posiblemente si se refiere a la utilización de las técnicas en general, baste la revocación en documento privado, pues así se prestó el consentimiento. Sin embargo para la revocación del consentimiento dirigido a la fecundación *post mortem* probablemente sea necesaria la escritura pública.

La regulación legal no especifica si la revocación del consentimiento ha de realizarse en la misma forma que se prestó (escritura pública o testamento), o si basta un documento privado. Mayoritariamente, la doctrina entiende que es posible la revocación en documento privado. Así por ejemplo REVERTE afirma: «dado el criterio restrictivo que entiendo debe adoptarse en la fecundación *post mortem*, sería válida y eficaz la revocación en simple documento privado»⁷⁰.

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988 no exige expresamente para la revocación escritura pública o testamento, lo cual produce cierta inseguridad jurídica. Por ello, considero *de lege ferenda* —y para asegurar el cumplimiento de la voluntad del difunto— que es más aconsejable que la revocación se realice en la misma forma que se prestó el consentimiento y que conste nota de revocación en el documento de autorización para la realización de fecundación *post mortem*. Así se evitará que la mujer pueda presentar documento público de prestación de consentimiento que no responda a la voluntad del difunto, si éste había revocado en otro documento.

En este sentido el artículo 738 del Código Civil establece que *El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino en las solemnidades necesarias para testar*.

Además la revocación se debería notificar a la mujer receptora, y, en su caso, al Centro en que está depositado el denominado «material reproductor»⁷¹.

⁷⁰ REVERTE NAVARRO, «Consideraciones desde el punto de vista del derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Universidad de Murcia, 1992, pág. 33. También admite revocación en cualquier forma GÓMEZ FERRER SAPIÑA, «Aspectos negociales en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, pág. 344. Incluso se llega a afirmar que no tiene siquiera que ser expresa. Así OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Comares, Granada, 1993, pág. 402 y SIMÓ SEVILLA, «La Medicina moderna de la procreación en el Derecho de Familia y en el Derecho sucesorio», Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995, pág. 114.

⁷¹ Cfr. SIMÓ SEVILLA, «La Medicina moderna de la procreación en el Derecho de Familia y en el Derecho sucesorio», Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995, pág. 114.

A ello se añade la siguiente dificultad: ¿qué sucede si el varón autoriza la fecundación *post mortem* en testamento y posteriormente revoca el testamento?

a) Unos autores consideran que ha de prevalecer el primer testamento a semejanza del reconocimiento de hijo no matrimonial (artículo 741 del Código Civil) ⁷².

b) Otros entienden que son supuestos distintos y ha de entenderse revocado el consentimiento, salvo que existan indicios que eludan esa revocación, como depositar y congelar su semen con finalidad procreadora en su esposa ⁷³.

Se trata de un supuesto de interpretación de la voluntad revocatoria, a la que me refiero brevemente. Conviene recordar que la revocación puede definirse como «la declaración de voluntad del testador por la que determina la ineficacia del anterior negocio jurídico testamentario» ⁷⁴.

La revocación puede ser expresa si el testador se limita a revocar simplemente sus disposiciones anteriores, o tácita, si testa de nuevo.

El artículo 739 del Código Civil establece: *El testamento posterior revoca de derecho al anterior siempre que sea perfecto, salvo que el testador exprese en el nuevo su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.*

Según la dicción literal de este precepto, parecería que queda sin efecto el anterior testamento. Sin embargo, teniendo en cuenta que el Código Civil no exige que la forma sea expresa, se admite también que sea deducida del nuevo testamento. Por ello, la jurisprudencia admite la compatibilidad de los dos testamentos cuando no exista revocación expresa ⁷⁵. Así afirman Díez PICAZO y GULLÓN que «en el supuesto de una pluralidad de testamentos, y ante la ausencia de una voluntad expresa del testador acerca de la subsisten-

⁷² LLEDÓ YAGÜE, «La impugnación de la paternidad en el Código Civil después de la reforma introducida por la Ley de 13-5-1981», págs. 498-499, tesis citada por MARTÍNEZ CALCERRADA, «La inseminación artificial y su problemática jurídica» en *Derecho Médico*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 534. Podría objetarse que el reconocimiento de hijo no matrimonial es una declaración de ciencia. Sin embargo, en fecundación *post mortem*, el consentimiento del varón es más bien declaración de voluntad de ser padre, pero es preciso que la mujer decida someterse a la fecundación *post mortem* autorizada por su marido. Además, el carácter irrevocable del reconocimiento de hijo no matrimonial tiene un sentido familiar, —como manifiesta LUNA SERRANO, *op. cit.*, pág. 255— que en principio no concurre en la autorización del varón para procreación *post mortem*.

⁷³ MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. et loc. cit.*

⁷⁴ Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, v. IV, Madrid, Tecnos, 1992, págs. 448-449.

⁷⁵ LUNA SERRANO, *op. cit.*, pág. 250 afirma: «Se entiende que hay expresa conservación cuando hay revocación parcial, que simultáneamente es una parcial declaración de subsistencia».

cia de los anteriores o del anterior al último, debe acudir a la interpretación de la voluntad testamentaria, a fin de averiguar si el testador quiso la compatibilidad»⁷⁶.

ALBALADEJO considera que «cuando no esté clarísimo el carácter complementario del testamento posterior (pues si sí está claro se ve la voluntad de mantener el anterior), casi es preferible que se pida, como hace nuestro Código, que si el testador quiere mantener también el anterior, lo diga, ya que sin decirlo no se ve que lo quiera»⁷⁷.

De este modo, en relación al supuesto en que un varón haga testamento en el que autorice la utilización de su material genético, y posteriormente realice otro, puede suceder:

a) Si no se dice nada en el nuevo testamento, y por tanto son compatibles, se entiende que no ha existido revocación de la autorización del varón consintiendo la fecundación *post mortem*.

b) Si se afirma expresamente que se mantiene, no plantea dudas.

c) Si se revoca expresamente, la revocación surtirá todos sus efectos.

Ahora bien, pudiera pensarse que si un varón deposita semen, presta consentimiento para procreación artificial *post mortem*, luego revoca sin conocimiento de la mujer y nace un niño (es decir la mujer actúa creyendo que existe consentimiento del varón autorizándole a utilizar estas técnicas), podría defenderse que sería hijo del varón, con fundamento en las reglas generales del Código Civil, que se inspiran en el principio de veracidad —aproximación de la verdad jurídica a la biológica—, y en este supuesto es conocido que el material genético procede del varón que consintió fecundación *post mortem*.

Si se autoriza la procreación *post mortem* en escritura pública, debería presentarse ésta para que el Notario pusiese una nota haciendo constar su revocación. En este caso se ofrecería cierta seguridad jurídica, mediante la notificación a la mujer y al Centro correspondiente. Sin embargo si la mujer no ha sido notificada debidamente puede someterse a procrea-

⁷⁶ Díez PICAZO y GULLÓN, *op. ult. cit.*, pág. 449. En el mismo sentido LUNA SERRANO, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. V, Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1993, pág. 251, afirma: «Valen ambos testamentos, el anterior y el posterior, manteniéndose lo dispuesto en aquél en todo lo que no sea contradictorio con éste».

⁷⁷ ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. V, Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1997, págs. 366-367.

ción *post mortem*, creyendo que la inicial autorización del varón sigue vigente⁷⁸.

De lege ferenda sería deseable que la autorización para procreación artificial *post mortem* se prestase en testamento notarial abierto, y que para someterse a estas técnicas la mujer presentase la certificación de defunción del varón, la del Registro General de Actos de Última Voluntad, y el testamento o los testamentos (si éstos son compatibles) correspondientes. De este modo, se ofrecería una mayor seguridad jurídica todavía que con la escritura pública. A mayor abundamiento sería conveniente que el Notario tuviese la obligación de notificar la revocación a la mujer autorizada por el varón y al Centro médico en que se depositó el semen⁷⁹. Así se evitarían los supuestos en que la mujer, una vez fallecido el varón, pretendiese acudir al Centro médico solicitando el semen del varón para tener un hijo siendo que el varón revocó en simple documento privado. Si no existe un obligado a notificar al Centro y a la mujer, es posible, que no se cumpla la voluntad del varón —a sabiendas o por ignorancia—. La prueba será complicada, pues, una vez fallecido el varón ¿quién podrá demostrar que revocó el consentimiento frente a la mujer que presente escritura pública o testamento en que prestó el consentimiento para que la mujer se someta a fecundación *post mortem* con sus gametos? A falta de dicha prueba, y según la ley, se le atribuirá la paternidad respecto del nacido.

3.º Convivencia

La ley no requiere ningún presupuesto de convivencia en pareja no casada. Tampoco en el supuesto de matrimonio, pues no distingue si hay o no separación.

b) Material genético del marido

En primer lugar analizamos qué ha de entenderse por material genético, y a continuación qué derecho puede corresponder a la mujer sobre el mismo.

Respecto del primer aspecto, algunos autores incluyen los gametos y el embrión formado⁸⁰.

⁷⁸ Piénsese que se presentó una escritura para que se hiciese constar la revocación en ella, pero la mujer tenía otra en la que no se hizo constar tal revocación, y no fue localizada por causas diversas para notificarle la revocación.

⁷⁹ Obsérvese que mediante el Registro General de Actos de Última Voluntad, sabemos con certeza los testamentos abiertos otorgados y se puede conocer su contenido.

⁸⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, «Fecundación *post mortem*», AC, 1992, pág. 59; REVERTE NAVARRO, «Consideraciones desde el punto de vista del Derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Universidad de Murcia, 1992, pág. 33, expresa: «Aunque el art. 9.1 habla

Otros consideran que se incluye el espermato, pero no el embrión, textualmente, aunque parece acorde con el espíritu de la ley admitir la transferencia del embrión⁸¹.

Algunos autores incluyen sólo los gametos⁸². Únicamente admiten el preembrión cuando no exista en el momento de la muerte del marido.

de "material reproductor" del marido parece que junto al supuesto de inseminación artificial se puede incluir el de implantación *post mortem* del embrión obtenido con los gametos de los esposos»; VIDAL MARTÍNEZ, en VIDAL MARTÍNEZ (coordinador), BENÍTEZ ORTÚZAR y VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998, afirma en la página 113: «A nuestro entender, [...] la expresión "material reproductor" incluye —en el contexto legal— tanto al semen criopreservado como a los preembiones obtenidos mediante el mismo». Matiza a continuación: «Sin embargo, entendemos que como consecuencia de la protección constitucional a la vida humana, no puede depender el destino de los preembiones obtenidos mediante el consentimiento de marido y mujer de una posterior revocación del mismo, si la mujer consiente en la implantación de éstos, y ello pese a la dicción del artículo 9.4». Ya antes de la LTRA, parece que se manifiesta en este sentido el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, «Problemas civiles que plantea la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro*», (Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado), Suplemento n.º 3/1986 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1986, pág. 28.

⁸¹ SERRANO ALONSO, «Aspectos de fecundación artificial», AC, 1989, pág. 397 afirma en este sentido: «[...] la Ley se refiere al "material reproductor del marido", con lo que parece que está pensando en la utilización del procedimiento de inseminación artificial con semen del esposo fallecido [...] sin embargo, estimo que dentro del tal "material reproductor" debe incluirse el embrión obtenido con óvulo y semen de marido y mujer». Con parecido planteamiento, CÁRCABA FERNÁNDEZ, en *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, separa el estudio de la inseminación artificial de la fecundación *in vitro post mortem*. Respecto a esta última, afirma en la página 164: «Las dudas surgen ante la posibilidad de transferencia de embriones creados *in vitro* a partir de semen del varón fallecido, y criopreservado, porque el art. 9 LTRA habla de "material reproductor" del marido o conviviente, y si es evidente que dentro de este concepto se incluye el espermato, no lo es tanto que se incluya al embrión, porque éste ya es el producto del material reproductor, y no sólo del varón, sino también de una mujer.

«Dicho embrión, criopreservado, puede proceder genéticamente del marido o conviviente y de la esposa o mujer con la que convive. En tal caso, aunque considera que la expresión "material reproductor" es más restringida que la de embrión, creo que el espíritu de la ley aconseja admitir la transferencia *post mortem* del embrión a la mujer sobreviviente, siempre y cuando se cumplan los requisitos de consentimiento y tiempo señalados en la Ley». No obstante, algún autor entiende que para la transferencia de embrión formado por gametos del matrimonio antes del fallecimiento del marido no es preciso el consentimiento de éste, sino que basta la petición de la mujer. Vide también GÓMEZ FERRER SAPIÑA, «Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de Sucesiones», *Revista Jurídica del Notariado*, Enero-marzo 1995, pág. 206.

⁸² GÓMEZ FERRER SAPIÑA, «Aspectos negociales en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, pág. 345, afirma: «[...] el embrión no consideramos pueda ser incluido en la expresión "material reproductor" [...] El artículo 9.2 y 3 de la Ley contemplan la fecundación *post mortem* de la esposa o conviviente *more uxorio* con semen de su marido o varón, pero no la transferencia *post mortem* de preembiones preexistentes: para que se establezca una relación de filiación los gametos masculinos deben ser utilizados para la fecundación en los seis meses siguientes al fallecimiento del varón y que éste lo haya consentido en testamento o documento público.

Considero que, en una interpretación estricta, únicamente han de incluirse los gametos del varón, ya que el preembrión está formado también con el gameto femenino y porque además la Ley se refiere a la fecundación tras la muerte del varón, y únicamente se puede fecundar un gameto, no un preembrión⁸³. Sin embargo ello permite que se planteen situaciones que comparativamente pueden resultar injustas, o poco adecuadas, desde el punto de vista de los padres. Así sucede en los siguientes supuestos:

1.º Si la mujer puede recibir por inseminación artificial los gametos del varón, se congelan los gametos masculinos y posteriormente se realiza la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*, el nacido quedaría incluido en el artículo 9.2 y recibiría derechos sucesorios.

2.º Si el varón ha de congelar sus gametos masculinos y la mujer los femeninos, debido a una enfermedad, teniendo en cuenta que los óvulos no pueden ser congelados con garantías en el momento de su descongelación, sería necesaria la fecundación *in vitro* para posteriormente congelar el embrión. Si se dieron los consentimientos necesarios y se cumplieron las formalidades debidas, probablemente no debiera privarse al nacido de sus derechos. En definitiva, ha de respetarse aquello que se consintió, es decir si el

MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, en *Comentarios al Código Civil II*, v. 1.º, Libro Primero (Títulos I a IV), coordinados por RAMS ALBESA, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, página 293, entiende que material reproductor se refiere únicamente a los gametos del varón, no al embrión. En el comentario al artículo 29 del Código Civil, considera que no es aplicable dicho artículo del Código Civil porque no había sido concebido.

En este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ y PARRA LUCÁN (Coordinado por DE PABLO CONTRERAS), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, Colex, Madrid, 1998, pág. 296, afirma que «los embriones congelados quedan fuera del sistema protector del art. 29 Cc., en tanto no sean implantados».

⁸³ No obstante en el Informe del Consejo de Europa (CONSEIL DE L'EUROPE, «Assistance Médicale à la procréation et protection de l'embryon humain. Étude comparative sur la situation dans 39 pays», Strasbourg, 2 juin 1998, CDBI/INF (98) 8, Provisoire, págs. 46-47), se afirma: La viuda se puede beneficiar de las siguientes técnicas:

a) transferencia de embrión fecundado viviendo su marido, en España y Reino Unido. En Alemania y Suiza se permite con la finalidad de proteger el embrión;

b) la inseminación artificial con esperma del difunto se admite en España y Reino Unido;

c) la fecundación *in vitro* con esperma del difunto está permitida en España y Reino Unido.

Obsérvese que en España, en sede de fecundación *post mortem* se admite unánimemente la que se realiza con gametos del varón tras su muerte. La doctrina discute acerca de si la transferencia de embrión se incluye en este supuesto, o más bien, en el capítulo de paternidad.

En Suiza no se admite la procreación con esperma de un varón fallecido. Cfr. en este sentido HEGNAUER, *Droit suisse de la filiation et de la famille (art. 328-329 CCS)*, quatrième édition, refondue et complétée, adaptée en langue française et mise à jour par MEIER, Stämpfli Editions, S.A., Berna, 1998, pág. 50.

varón consintió —según la dicción legal—, la fecundación *post mortem* con sus gametos en escritura pública, así se deberá cumplir ⁸⁴.

Es distinto, por su causa, el supuesto en que el varón junto con la mujer se someten a técnicas de reproducción asistida para formar su propia familia, y estando congelados los preembriones, fallece el varón, ya que en absoluto el varón pretendía dejar hijos huérfanos de padre a su viuda —además de que no se habrán cumplido las formalidades que la Ley exige para la fecundación *post mortem*, pues no existirá consentimiento específico para la misma—. En este caso, la pareja no se planteó fecundación *post mortem*. Sin embargo, he de reconocer que el supuesto, objetivamente, es el mismo: existe un embrión, formado por material genético de una pareja y el varón ha fallecido. Sería deseable que alcanzase la protección, pero en la práctica existirán dificultades para su transferencia por no existir autorización del varón para la procreación artificial *post mortem*, cumpliendo los requisitos legales. Ahora bien, si a pesar de ello se produce el nacimiento, podrá pensarse en una posible acción de reclamación de paternidad, cuyo éxito sería dudoso. A mi juicio, debería reconocerse la paternidad, teniendo en cuenta que los gametos pertenecen al varón (por lo que una eventual prueba biológica resultaría positiva). Además el interés del menor parece que conduce a reconocer la filiación respecto del varón, y en consecuencia el parentesco con todos los parientes de la línea paterna. En caso contrario, no podría determinarse la paternidad respecto de otro varón. Únicamente sería posible un reconocimiento de complacencia. De hecho, el Informe del Consejo de Europa ⁸⁵ y los facultativos ⁸⁶ incluyen ambos supuestos. Por ello, parece que debería incluirse en el supuesto de procreación *post mortem* la fecundación *post mortem* y la transferencia de embriones preexistentes en el momento de la muerte del varón.

En cuanto al segundo aspecto, relativo a los derechos de la mujer sobre el semen, en principio, parece que la mujer no tiene un derecho hereditario

⁸⁴ Téngase en cuenta que desde un punto de vista ético es más aceptable la congelación de gametos que la de preembriones, ya que esta última supone un comienzo de vida, que queda «a la espera». Ahora bien, si existen tales preembriones —por ejemplo, sobrantes de fecundación *in vitro* realizada—, parece más aconsejable su implantación (atribuyendo la paternidad al varón) que otras alternativas (destrucción, investigación). Otra solución sería la donación a otras parejas, posibilidad rechazada por algunas personas que utilizan estas técnicas.

⁸⁵ En el Informe del Consejo de Europa, *cit. supra*, se recoge la contestación de la delegación oficial española en el Comité de Bioética, que entiende que se admiten los dos supuestos. Además, en la práctica se aceptan ambos aun cuando no existen datos de que se hayan realizado en la realidad.

⁸⁶ Cfr. BOADA PALÁ, en «Ley española de reproducción asistida. Problemática actual desde el punto de vista médico», en *Bioética 2000*, (Coordinación: PALACIOS), Ediciones Nobel, Gijón, 2000, pág. 299.

sobre el mismo. En este sentido RIVERO HERNÁNDEZ afirma: «Tras el mero depósito (acepción vulgar) de semen en un banco especializado, sin una clara manifestación por parte del varón, expresa o tácita, sobre su finalidad o destino, no parece que se pueda justificar o explicar el derecho de su mujer o compañera para reclamarlo tras la muerte de aquél.

»No podrá aducir un ordinario derecho hereditario sobre el mismo, pues el semen no es cosa susceptible de disposición *mortis causa* o de apropiación a título sucesorio»⁸⁷. Algunos autores consideran que la mujer tiene derecho a reclamar el semen del marido o varón cuando «éste haya manifestado expresamente su voluntad respecto a que su cónyuge o mujer fuera fecundada después de su muerte.

⁸⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pág. 884. De esta misma opinión: AULETTA, «Fecondazione artificiale: problemi e prospettive», *Quadrimestre. Rivista di Diritto Privato*, 1986-1, pág. 23; ZANNONI, «La genética actual y el Derecho de Familia», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Diciembre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º II, pág. 51; GARCÍA RUBIO, «La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho español», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Octubre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º I, pág. 63, que expresa: «El deseo de procrear un hijo no se identifica con el deseo de traer al mundo un huérfano»; CAMPUZANO TOMÉ, «Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente», Comunicación presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 434; GÓMEZ DE LA TORRE, en «Fecundación *post mortem*», *AC*, 1992, pág. 53, afirma: «Los problemas en orden a la congelación de esperma y embriones surgen en aquellos supuestos en que el marido o varón de la pareja fallece, sin haber dejado disposición expresa acerca de su utilización. Cabe preguntarse si en tales casos podría la viuda reclamar el derecho a ser inseminada artificialmente, con semen de su marido o compañero fallecido, o pedir que se le transfieran los respectivos embriones congelados. La mayoría de la doctrina considera que toda respuesta debe quedar condicionada a si el marido o varón de la pareja expresó o no su consentimiento para que a su cónyuge o mujer se le practicase una fecundación después de su muerte».

Crítica la trascendencia del consentimiento VIDAL MARTÍNEZ en VIDAL MARTÍNEZ (coordinador), BENÍTEZ ORTÚZAR y VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998, págs. 113-114, quien considera el artículo 9.2 de «dudosa constitucionalidad por establecer una discriminación entre los hijos habidos mediante el citado procedimiento apoyada en la voluntad individual que afecta no solamente a derechos sucesorios sino a cualesquiera efectos». En nota añade: «El riesgo de discriminación es advertido por la doctrina (ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética...* pág. 229). Por nuestra parte pensamos que si el Tribunal Constitucional negó la posibilidad de establecer distintos derechos sucesorios atendiendo al origen matrimonial o no matrimonial de los hijos (S. 14 octubre 1987), con más razón hay que considerar discriminador un precepto que niega la posibilidad misma de producir efecto alguno a la fecundación *post mortem* producida sin la voluntad de la persona de quien procede el material genético; y ello resultará todavía más difícil de admitir si se comprueba la existencia de la voluntad del varón favorable a la fecundación *post-mortem* pero tal voluntad no se expresó en la forma requerida por la Ley».

En contra LABÉE, «L'insémination artificielle pratiquée après la mort du donneur», *Gaz. Pal.*, 1984, II, pág. 42 —citado por RIVERO HERNÁNDEZ—, quien considera que se puede legar una parte del patrimonio genético a otra persona.

»Ahora, si el marido o compañero no hubiera expresado su consentimiento en relación a que a su cónyuge o mujer se le transfiera el embrión congelado, ésta podrá pedirlo en razón de que el embrión fue concebido estando vivo el marido y al autorizar el marido o compañero la FIVTE podría entenderse que el consentimiento comprende tanto la FIV como la transferencia de éste a la mujer. De otra parte, el embrión puede ser considerado como un posible concebido no nacido (posible, en cuanto no todos los embriones que se transfieren se fijan en el útero de la madre y logran llegar a nacer), al que se le debe respetar su derecho a la vida y a nacer en su propia familia»⁸⁸.

Parece que la Ley exige claramente que el varón haya consentido la fecundación. La mujer podrá solicitarla sólo en ese supuesto, pero no tanto la entrega de los gametos como ser madre con los gametos del varón.

c) Plazo de realización de la procreación *post mortem*

En el Informe de la Dirección General de Registros y del Notariado se sugirieron plazos diversos (treinta años, cinco años)⁸⁹, aunque mayoritariamente se estimó el plazo del año de luto más trescientos días, pudiendo ser prorrogado por el Juez, mediando justa causa⁹⁰.

⁸⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, «Fecundación *post mortem*», AC, 1992, págs. 54-55.

⁸⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, «Problemas civiles que plantea la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro*», (Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado), Suplemento n.º 3/1986 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1986, pág. 28. Se recoge: «Peña apuntó, inicialmente, el de la prescripción de la acción de petición de herencia (treinta años). ¿Por qué permitir esa situación de incerteza en favor de los extraños y no de los propios hijos (todavía en gametos o ya en embrión)?»

En general, se estimó que ese plazo sería demasiado largo. Predominó la tesis de que el hijo que no llegara a término en el plazo previsto para su fácil inscripción como hijo matrimonial (el año de luto y 300 días y más, en su caso, el plazo de prórroga judicial), no podría invocar derechos sucesorios.

Peña apuntó que el plazo puede ser excesivamente corto; sin perjuicio de que pueda realizarse la partición, podría caber, cuando menos, que se mantuviera la pendencia durante cinco años desde la muerte y hasta entonces no tendría firmeza la partición».

⁹⁰ LLEDÓ YAGÜE, «Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana», *La Ley*, 1985-2, pág. 95, afirma: «[...] el periodo de tiempo durante el cual aquélla (la inseminación homóloga) puede ser llevada a cabo, que en todo caso no debe ser superior a un periodo de un año, dado que no es muy deseable dejar condicionada, por ej., la liquidación de la herencia del causante *sine die*».

En otros países, por ejemplo en Italia, se proponía el plazo de tres años, por ejemplo en el Proyecto de Ley italiano Teodori de 12 de marzo de 1985, en su artículo 12. (Citado por MORO ALMAZAR, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 299). Sin embargo en el reciente Proyecto de Ley 3891 de los senadores Corsi Zeffirelli, Cortelloni e Germaná, comunicado a la Presidencia el 16-3-1999, no se admite la fecundación *post mortem*. Su artículo 5, relativo a los requisitos subjetivos establece que «podrán acceder a las técnicas

Incluso se proponía establecer un plazo en el que no se pueda realizar la fecundación *post mortem* ⁹¹.

El plazo legal establecido en la LTRA es el de seis meses siguientes al fallecimiento del varón, plazo que ha de respetarse por razones de seguridad jurídica, y que puede considerarse una excepción al señalado, con carácter general por el artículo 116 del Código Civil. Este plazo es considerado por algunos autores demasiado breve. Así RIVERO HERNÁNDEZ afirma: «Señala nuestro legislador el de seis meses “siguientes a su fallecimiento”, plazo que creo excesivamente breve, sobre todo si se tiene en cuenta que no todos los días son aprovechables para la fecundación (sino muy pocos al mes), y que la situación anímica de la mujer tras la muerte del marido o compañero, u otras

de procreación médicamente asistida las parejas de adultos mayores de edad de distinto sexo, casadas y que vivan en el momento de la fecundación del óvulo, en edad potencialmente fértil». En la Exposición de Motivos aclara que de este texto se deduce que «es inadmisibles la fecundación después de la muerte de los cónyuges». (la traducción es mía). De ello parece deducirse que se admitiría la transferencia posterior.

Asimismo en el artículo 6 se exige que el consentimiento de la pareja persista en el momento en que se procede a la aplicación de la técnica de procreación (de lo que se deduce que no se admite fecundación *post mortem*. Sin embargo se admite una posible adopción de preembriones ya existentes.

Literalmente, el artículo 5 establece:

«(Requisiti soggettivi)

1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di adulti maggiorenni di sesso diverso, coniugate viventi al momento della fecondazione dell'ovulo, in età potenzialmente fertile e comunque non superiore a quaranta anni, ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni.»

Textualmente se afirma en la Exposición de Motivos o Introducción: «I coniugi che ricorrono a queste tecniche di fecondazione devono avere un'età potenzialmente fertile; e perciò ritenuta inammissibile la fecondazione dopo la morte dei coniugi. Le tecniche in sostanza devono essere utilizzate solo nell'ambito del vincolo del matrimonio e della famiglia cosí come é tutelata dalla Costituzione».

Consultado en la dirección de Internet, actualizado a fecha 31-5-1999: <http://www.senato.it/att/ddl/s3891t.htm>.

En el Proyecto de Ley 4048, comunicado a la Presidencia el 27-5-1999 tampoco se admite. Consultado en la dirección de Internet, actualizado a fecha 31-5-1999: <http://www.senato.it/att/ddl/s4048t.htm>.

⁹¹ Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, «Problemas civiles que plantea la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro*», (Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado), Suplemento n.º 3/1986 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1986, págs. 22-23. Se afirma: El Grupo de Trabajo se manifiesta conforme: [...] c) Que el nacimiento se produzca en un plazo prudencial y que no concurra presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio de la viuda.

El plazo prudencial debe ser el año de luto (puede ser prudente señalar un plazo más breve en que nada deba hacerse a fin de evitar una decisión precipitada de la viuda) y trescientos días más. El Grupo de Trabajo pensó que ese plazo podría ser insuficiente en ciertos supuestos (por ejemplo, enfermedad temporal de la viuda). Se admite por eso que el plazo podría ser prorrogado por el Juez, mediando justa causa».

circunstancias físicas o de salud pueden impedirlo. Por ello sugieren plazos más largos quienes han pensado en imponer un tiempo límite, o que sea prorrogable judicialmente si concurriere justa causa (enfermedad de la mujer, por ejemplo). Los especialistas médicos interpretan ese (y cualquier otro) plazo como aquel dentro del cual se inicien las operaciones técnicas de reproducción asistida, mas no necesariamente que se efectúe en ese tiempo aquella que origine un embarazo. Parece interpretación razonable, habida cuenta de la brevedad del plazo legal comentado»⁹².

El artículo 9 de la Ley catalana de Filiaciones (hoy artículo 92.2.c del Código de Familia) exige que *el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de doscientos setenta días después de la muerte del marido*». Esta limitación del plazo se califica «de dudosa constitucionalidad»⁹³.

Otros consideran adecuado este plazo. Así CÁRCABA FERNÁNDEZ afirma: «[...] considero que el plazo de 6 meses es razonable»⁹⁴.

Algunos autores distinguen según los momentos. Así, LLEDÓ YAGÜE distingue:

1) Si en el momento de muerte del marido no existía concepción, los trescientos días se computan —a efectos de la presunción de paternidad— a partir del «siguiente día cierto en que ocurrió la concepción *ex post mortem maritii*.

⁹² RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, págs. 168-169; REVERTE NAVARRO, «Consideraciones desde el punto de vista del Derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Universidad de Murcia, 1992, pág. 33. También es considerado breve por GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994. Tras referirse esta autora al plazo máximo de seis meses y nueve meses, establecidos por la LTRA y la Ley de Filiaciones catalana, respectivamente, afirma en la página 135: «En ambos casos, el plazo resulta demasiado breve sin que, por otro lado, quede justificada dicha limitación en relación con la tutela de otros derechos o bienes reconocidos por el Derecho. De hecho, parece que la LTRA intenta impedir que la viuda tenga mediante este tipo de fecundación más de un hijo, ya que, en el plazo de seis meses, es sumamente improbable, que pueda completar un embarazo y comenzar otro. Por este motivo la Ley de Filiaciones catalana (que, como dije, amplía el plazo para la fecundación hasta nueve meses después del fallecimiento del marido o compañero) limita expresamente (art. 9.º) a un solo caso este tipo de fecundación».

⁹³ GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 135: «Estimo de dudosa constitucionalidad la limitación que tanto la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida como la Ley de Filiaciones catalana establecen en orden a la fecundación *post mortem* [...] no se deduce de esta regulación la justificación necesaria de la limitación del derecho a la reproducción de las mujeres que soliciten ser fecundadas con gametos de sus maridos o compañeros».

⁹⁴ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 95.

2) Si nacen pasado el plazo de cuatrocientos ochenta días —que resultan de sumar el plazo hipocrático de los trescientos días al plazo de realización de la fecundación *post mortem* de ciento ochenta días—, los nacidos no tendrán derechos respecto de su progenitor por ser *condicio sine qua non* que la concepción ocurra en el periodo establecido (seis meses desde el fallecimiento)⁹⁵.

Considero que con arreglo a lo dispuesto en la ley, el plazo es de seis meses a contar desde el fallecimiento del varón⁹⁶. En dicho plazo debe haberse producido la fecundación si se trata de inseminación artificial o, en su caso, la transferencia si se realiza fecundación *in vitro* (que puede haberse realizado antes o después del fallecimiento), ya que el dato relevante es el momento de la transferencia, del que depende, obviamente, el nacimiento⁹⁷.

⁹⁵ LLEDÓ YAGÜE, «Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ YAGÜE), Marzo 1994, págs. 349-352. Se refiere a los artículos 959 y siguientes del Código Civil.

En concreto, afirma:

«[...] Segundo, si en el momento de la muerte del progenitor no había concepción, pero los cónyuges a la sazón decidieron en escritura pública o testamento consentir la fecundación *post mortem*, los trescientos días deberán computarse a partir del siguiente —día cierto—, en que ocurrió la concepción *ex post mortem maritii*. Es decir, que si bien en el momento de la disolución del vínculo no había concepción (sólo podía hablarse de un *nondum concepti*); no obstante, como hubo consentimiento formal a los indicados efectos, la presunción (en este caso de la fecundación *post mortem*, más bien prueba positiva de la paternidad) operará sobrevenidamente cuando acontezca la concepción que ineluctablemente deberá producirse dentro del plazo legalmente establecido (artículo 9.2 de la Ley de Fecundación Humana —ciento ochenta días—) para que el hijo *in fieri* disfrute de los derechos inherentes a la filiación establecida con respecto a su progenitor; pero tendrá que nacer dentro de los trescientos días siguientes a la concepción póstuma para ser considerado como tal «hijo del marido» a los efectos legales, aunque biológicamente lo fuera de modo indubitado.[...]

«Cuarto, si se trata de hijos concebidos *post mortem* en virtud de las técnicas de reproducción humana asistida, la presunción de paternidad no la disfrutarían los hijos nacidos después de transcurridos cuatrocientos ochenta días del fallecimiento del esposo (donante póstumo), con lo cual estos hijos “postumísimos” para beneficiarse de los derechos personales y/o patrimoniales en relación a su progenitor u otros derechos por ministerio de la ley *ex conditio sine qua non* que la concepción ocurra en el período establecido al efecto (seis meses desde el fallecimiento).

«Quinto, también conviene que relacionemos la Ley de la fecundación humana asistida con las medidas precautorias en cuanto a la comprobación del nacimiento de un *nasciturus*».

⁹⁶ Piénsese que, en caso contrario, los derechos de los posibles herederos quedarían suspendidos *sine die*.

⁹⁷ Es interesante recordar entre las Enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón (Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, N.º 222, 20 de noviembre de 1998, y en RDCA-1998-IV-(n.º 1 y 2), págs. 260-261), la número 26 (presentada por el Grupo Parlamentario Socialista), que pretendía añadir al artículo 10.3, (que establece: 3. *Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida post mortem con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación.*), con la finalidad de aumentar la seguridad jurídica, el siguiente inciso: «y siempre que el embarazo se produzca en un plazo máximo no superior a los seis meses contados desde el fallecimiento del causante». Sin embargo, se prefirió la remisión a los requisitos establecidos por la LTRA.

B) *Efectos de la fecundación post mortem realizada si concurren los requisitos legales*

a) De carácter familiar

a') Pareja casada

i) Carácter matrimonial de la filiación

Antes de la LTRA, se planteaba si el nacido de fecundación *post mortem* en la viuda, consentida por el marido debe ser considerado hijo matrimonial o no matrimonial, y cómo debía acceder al Registro Civil.

Respecto al carácter matrimonial o no del nacido, se observan las siguientes opiniones doctrinales:

1.^a Unos autores calificaban la filiación de matrimonial, si concurren las siguientes circunstancias:

1.º) Que el marido haya prestado el consentimiento de forma indubitada⁹⁸.

2.º) Que el semen sea aportado por el marido⁹⁹.

3.º) Que la mujer permanezca viuda durante todo el embarazo¹⁰⁰.

Algunos autores fundan el carácter matrimonial en la concepción por el marido. Así RIVERO HERNÁNDEZ afirma: «la esencia de la vieja legitimidad o actual matrimonialidad de la filiación reside, cada día más en la concepción *a marito*, no en otros datos o en el momento de la concepción o del nacimiento [...] Se dan, sin embargo, los dos elementos fundamentales presentes en la procreación natural (material genético y voluntad de tener hijo común) [...] El consentimiento para la fecundación p.m. del marido fallecido, conjugado con la decisión de la viuda de ser inseminada, responden a un proyecto común de dar vida a un hijo de ambos»¹⁰¹. RIVERO HERNÁNDEZ se refiere

⁹⁸ SERRANO ALONSO, «El depósito de espermia o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 378; CAMPUZANO TOMÉ, «Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente», Comunicación presentada al mismo Congreso y publicada en el mismo volumen, pág. 433.

⁹⁹ SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 379; CAMPUZANO TOMÉ, *op. cit.*, pág. 434.

¹⁰⁰ SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 378.

¹⁰¹ RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, págs. 893-894.

también a que el «nacido por inseminación de la esposa con semen del marido y con consentimiento del mismo es tenido hoy por casi toda la doctrina como hijo matrimonial. También por los ordenamientos jurídicos que lo regulan. Creo que el consentimiento específico para inseminación artificial p.m., del mismo marido, debe merecer idéntica valoración, y el hijo en este caso tener la misma filiación matrimonial. [...] No se olvide que estamos ante una situación nueva, que pretendemos medir y calificar según esquemas conceptuales y términos viejos. Y cualquier otra solución, además de insatisfactoria en pura técnica jurídica —la literalidad del art. 116 es insuficiente— resulta profundamente injusta»¹⁰². Además añade que el hijo ha de ser considerado como matrimonial por interpretación sociológica y progresista de la ley¹⁰³.

En esta línea se sugiere la reforma del artículo 116 del Código Civil, de tal modo que quepa en ellos la fecundación *post mortem*¹⁰⁴.

¹⁰² RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, págs. 894-895. Me parece de interés la nota 36, contenida en la página 892, en los siguientes términos: «Quiero insistir en que estamos aquí ante una situación nueva, no prevista por nuestro legislador de 1981, y que mientras no manejemos categorías jurídicas y términos nuevos, y sigamos preguntándonos, según los esquemas conceptuales clásicos, por la paternidad y filiación del Código referidas a los nacidos por medio de IA y FIV en general, y las IAD en particular, no podemos quedarnos en la mera letra de la Ley y hay que hacer de ella una interpretación sociológica y progresista, forzando incluso, si es preciso, los textos legales, con uso inteligente de la analogía y de los principios generales del Derecho, con tal de encontrar solución al problema del estado civil y dudosa calificación del hijo, que debe sufrir el menor detrimento posible por conocidas razones y principios constitucionales. Sacrifíquese, si es necesario, el formalismo jurídico, de que tanto se abusa, a la justicia que exige la nueva realidad social —que no es cuestión de contratos, o hipotecas, o asunción de deuda..., sino de personas, de hijos que nacen sin ser consultados— hasta que el legislador encuentre solución al problema». Téngase en cuenta que este artículo es previo a la publicación de la LTRA.

En las notas 38 y 39, cita respectivamente doctrina y Derecho extranjero, que consideran que el nacido de procreación artificial consentida por varón, se considera hijo de éste. Se refiere tanto al marido como al varón no casado. Ahora bien, no se especifica el supuesto de procreación *post mortem*.

En este sentido de considerar matrimoniales los hijos nacidos de fecundación *post mortem* se manifestaba también MONTÉS PENADÉS, «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 193, en los siguientes términos: «En cualquier caso, deberían ser considerados como hijos matrimoniales los que la viuda tenga después de la muerte del marido, con gametos procedentes de éste, y habría que establecer algún sistema para facilitar que se pueda inscribir la filiación como matrimonial, al menos si concurrieran algunos presupuestos, tales como consentimiento del marido, y la prueba de la fecundación con gametos que claramente procedan del marido, así como que el nacimiento se produzca en el plazo que se señale y no concurra o no se halle en contradicción con la presunción de paternidad que eventualmente pudiera derivar de un nuevo matrimonio de la viuda».

¹⁰³ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 892.

¹⁰⁴ CAMPUZANO TOMÉ, *op. cit.*, pág. 434; RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pág. 893; LLEDÓ YAGÜE, «Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana», *La Ley*, 1985, pág. 1016. Se manifiesta en los siguientes

2.^a Otros autores proponen inicialmente su carácter de filiación no matrimonial por las siguientes razones:

a) Ausencia de matrimonio en el momento de concepción o nacimiento¹⁰⁵. La concepción se produjo cuando había cesado formalmente el vínculo por fallecimiento y el hijo debe ser extramatrimonial. Ahora bien, la filiación será matrimonial si existe consentimiento del progenitor difunto y la concepción se produjo durante la vida de ambos cónyuges con sus gametos, aunque la implantación, gestación y alumbramiento sean posteriores¹⁰⁶.

b) Inaplicabilidad del artículo 108 —en cuanto establece que *La filiación es matrimonial cuando los padres están casados entre sí*—¹⁰⁷, y del ar-

términos: «Lo único que es admisible, a mi juicio, es la hipótesis de la inseminación artificial homóloga *post mortem*, en el supuesto de que el marido padeciera enfermedad incurable; no obstante, creo que debe limitarse el período de tiempo durante el cual aquélla (la inseminación homóloga) puede ser llevada a cabo, que en todo caso no debe ser superior a un período de un año, dado que no es muy deseable dejar condicionada, por ej., la liquidación de la herencia del causante *sine die*. De todas maneras, deberán adoptarse las precauciones legales que el Código Civil tipifica para el supuesto de que la viuda quede encinta (arts. 959 y ss.). Estimo, sin lugar a dudas, que el *status filii* del hijo nacido por inseminación artificial homóloga *post mortem* será el de matrimonial». Obsérvese que los artículos referidos se publicaron antes de la entrada en vigor de la LTRA.

¹⁰⁵ LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 187 y 195. En esta última página afirma: «Antes que nada, conviene centrar, como punto de partida inexcusable, los presupuestos en los cuales se apoya la filiación matrimonial. Así pues, su fundamento radica en los siguientes datos: matrimonio de los padres, concepción o nacimiento durante el matrimonio, relación de maternidad, o sea, filiación respecto de la mujer casada, identidad del hijo, y, por último, relación de paternidad, es decir, filiación respecto del esposo de la madre. Congruentemente, concurriendo los explicitados presupuestos, la conclusión es que el hijo nacido, *mutatis mutandis*, por inseminación homóloga *post mortem*, habría sido concebido cuando ya se había disuelto el matrimonio —el vínculo— artículo 85 del C.c., luego el hijo nacido en estas circunstancias, y, por añadidura, más allá de los trescientos días siguientes al fallecimiento del causante-progenitor, será considerado como un hijo *no matrimonial*, ¿No poseería, entonces, más que la determinación legal de la filiación con su madre, aunque genética y/o biológicamente el hijo fuera también del excónyuge (varón)? Es decir, ¿cómo debe inscribirse la filiación del hijo, y ello suponiendo que debemos enjuiciar el supuesto a la luz del articulado vigente, en la filiación (en nuestro caso, art. 116 del C.c.)?».

En este mismo sentido, RODRÍGUEZ CASTRO, «La Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil», AC, N.º 47, 17-23 Diciembre 1990, pág. 746, critica que sea filiación matrimonial en cuanto que el matrimonio se ha disuelto por fallecimiento del marido. Propone «en aras de una mayor claridad y una mejor técnica legal», y siguiendo a SERRANO ALONSO, «Aspectos de fecundación artificial», AC, 1989, pág. 398, «una corrección de los preceptos básicos del Código que recojan esta nueva categoría de filiación matrimonial».

¹⁰⁶ CORRAL TALCIANI, «La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho», RGLJ, julio 1988, pág. 32. Textualmente afirma: «[...] la implantación del embrión, su gestación y alumbramiento acontezcan ya fallecido uno o ambos progenitores».

En tal, la concepción se ha producido dentro del matrimonio. Se trata, por tanto, de un simple hijo póstumo, aunque su nacimiento se retarde más de lo normal y por medios inusuales».

¹⁰⁷ VIDAL MARTÍNEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español*, Universidad de Valencia, Editorial Civitas, S. A., Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pág. 146, afirma: «A nuestro entender, si el hijo nace antes de los trescientos

título 116 del Código Civil ¹⁰⁸. Por ello será hijo extramatrimonial de quienes fueron cónyuges.

c) Omisión de consentimiento del marido. Si no existe consentimiento previo del difunto, el hijo será extramatrimonial, sólo de la madre. No podrá determinarse la filiación respecto del marido fallecido ¹⁰⁹.

No obstante, afirma SERRANO ALONSO que «en rigor no hay ni matrimonio de los padres ni concepción durante aquél— a diferencia del hijo póstumo, que es concebido durante el matrimonio, pero nace una vez disuelto por el fallecimiento del padre— por lo que en rigor no debería ser calificado de matrimonial, pero el interés general aconseja someterlos al mismo trato que los hijos póstumos» ¹¹⁰.

3.^a Incluso se propone que el nacido se considere matrimonial a efectos personales y extramatrimonial a efectos patrimoniales ¹¹¹.

Después de la LTRA, el artículo 9.2 establece que *El marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial*. Algunos autores consideran que este consentimiento emitido antes de la fecundación *post mortem* equivaldría al exigido en el artículo 118 del Código Civil, según el cual *Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos*. En la fecundación *post mortem* no se da el supues-

días de la disolución del matrimonio, se presume la paternidad del marido, fallecido por hipótesis. El hijo, mientras no se demuestre lo contrario, lo es del marido y tiene derecho a sucederle.

Si el hijo naciera pasado ese plazo, no podría considerarse matrimonial: Ni en el momento del nacimiento ni en el de su concepción los padres estaban casados entre sí, como señala el artículo 108 del Código Civil».

En el mismo sentido se manifiesta CORRAL TALCIANI, *op. cit.*, pág. 34.

¹⁰⁸ CAMPUZANO TOMÉ, *op. cit.*, pág. 434; LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 198.

¹⁰⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 896.

¹¹⁰ SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 379.

¹¹¹ SANCHO REBULLIDA, «Informe sobre aspectos jurídicos de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas para la Comisión Especial de Estudio de estas cuestiones, constituida en el Congreso de los Diputados», Cizur mayor, diciembre 1985, pág. 16, afirma: «En cualquier caso, el Derecho debe requerir el pleno y libre consentimiento de los dos cónyuges. Y la inseminación debe ser realizada en vida del marido.

El hijo será matrimonial, salvo que su inseminación se practique *post mortem maritii*, contra la prohibición de la ley, en cuyo caso —al menos, a efectos patrimoniales, principalmente sucesorios— se considerará extramatrimonial; no parece pueda ser éste de mejor condición legal que el hijo de cónyuges civilmente divorciados».

to contemplado en este precepto, pero se podría aplicar porque el gameto masculino era del marido, si éste consintió de forma libre y fehaciente la fecundación de la mujer tras su muerte ¹¹².

Esta discusión, en principio parece resolverse con la LTRA, cuyo artículo 9.2 establece que *tal generación produce los efectos que se derivan de la filiación matrimonial*. De este modo se evita la calificación como matrimonial o no de la filiación y la LTRA simplemente le atribuye los mismos efectos. Sin embargo la doctrina discute acerca de si el nacido será o no hijo matrimonial, con las siguientes opiniones:

a) Unos consideran que una vez disuelto el matrimonio por muerte no puede hablarse ya de hijos matrimoniales ¹¹³.

¹¹² HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», AC, 1988-2, pág. 3033, añade: «En cuanto al requisito de la filiación del hijo del esposo de la madre, es fácil de demostrar porque el centro médico donde se practique esta técnica conoce la identidad del titular de los gametos. Además, el hijo siempre podrá ejercitar una acción de filiación y pedir la investigación de la paternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a tenor del art. 127 del C.C., y demostrar que el marido de su madre fue su progenitor».

¹¹³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 498; Díez PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, v. II (Madrid, Tecnos, 1995), pág. 584.

De la misma opinión es GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 134.

Cfr. también GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 237, afirma: «que el procedimiento legal depende en su iniciación de la voluntad de la madre, a quien no se ha consultado en ningún momento sobre la cuestión. La cualidad de la filiación así determinada sólo puede ser extramatrimonial. Se deja a salvo la acción de reclamación de paternidad, que deberá ser ejercitada por los herederos del varón fallecido». Parece que el propio hijo podría reclamar su filiación, aunque si espera a la mayoría de edad, es de temer que los posibles efectos sucesorios de la misma se hayan disipado»; BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1997), pág. 314. En este sentido BLASCO GASCÓ afirma: «Si lo que se ha querido decir es que tal hijo tiene los derechos que le corresponderían, si nacido, como heredero forzoso o legal, entonces debería haberlo dicho el legislador de otra manera porque la cualidad de heredero (legal o forzoso) no deriva del carácter matrimonial o no matrimonial de la filiación sino del hecho de ser, en nuestro caso, descendiente y estar vivo o, al menos, concebido en el momento de la muerte del causante. Entonces, es claro que no basta la norma, mejor, las normas del artículo 9 LTRA sino que es también necesario modificar en este punto el Código Civil que sólo indirectamente (mediante el mecanismo fideicomisario y con sus límites) permite que herede un no concebido (cfr. arts. 781 y siguientes y 959 y siguientes C.C.)».

En otros países, se considera que no es posible la paternidad del niño: véase el Informe de Alemania, pág. 187, presentado al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995. En el Informe presentado por Bélgica, pág. 115, se apunta que el nacido de inseminación artificial *post mortem* del marido o de embrión fecundado antes del fallecimiento, será hijo no matrimonial, ya que en defecto de solución legislativa contraria, es la fecha de la implantación la que constituye el comienzo de la gestación.

En este sentido, BLASCO GASCÓ apunta: «[...] debería afirmarse desde luego, y en pura lógica conceptual, que los hijos nacidos mediante la fecundación *post mortem* son hijos no matrimoniales porque el matrimonio se disuelve, entre otras causas, por muerte de uno de los cónyuges *ex* artículo 85 C.C.»¹¹⁴.

Este autor considera que el artículo 9.2 inserta un criterio de desigualdad en la atribución de la filiación de los hijos no matrimoniales, aun cuando es una cuestión teórica, pues los hijos matrimoniales y los no matrimoniales tienen los mismos derechos¹¹⁵. Cita los siguientes ejemplos: «1) Una pareja convive *more uxorio* y son padres de un niño. En atención a aquel hijo quieren “legalizar” su situación de hecho y deciden contraer matrimonio. Desgraciadamente, el padre muere días antes de contraerlo. Ese hijo es no matrimonial. 2) Una pareja decide disolver su matrimonio y se divorcian. Transcurrido más de un año reconsideran su actitud y reanudan la convivencia. Fruto de ésta nace un hijo. Tal hijo es no matrimonial. [...] En cambio, el hijo nacido como fruto de una fecundación *post mortem* con semen de quien fue marido de su madre es un hijo matrimonial. ¡Qué fuerza la del matrimonio más allá de la muerte!»¹¹⁶.

Si se considera que hijo matrimonial es el concebido, o al menos nacido constante matrimonio, ciertamente el nacimiento tras la fecundación *post mortem* se produce una vez disuelto del matrimonio y transcurrido el plazo previsto por el artículo 116 Código Civil¹¹⁷.

b) Otros entienden que el nacido será hijo matrimonial, aun reconociendo que «en rigor la concepción y el nacimiento se producen, en el caso de fecundación después de la muerte del marido, cuando el matrimonio está disuelto, la filiación también tiene, a todos los efectos, la consideración de filiación matrimonial»¹¹⁸.

¹¹⁴ BLASCO GASCÓ, en «La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, 1991, pág. 706 y en *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), pág. 406.

¹¹⁵ BLASCO GASCÓ, «La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, 1991, pág. 706.

¹¹⁶ BLASCO GASCÓ, *op. ult. cit.*, pág. 706. En pág. 707 considera que «la norma del artículo 9.2 de la ley T.R.A. debe concordarse con los aspectos sucesorios toda vez que el llamado debe estar, al menos, concebido (*nasciturus*) en el momento en que se produce la muerte del causante (vid. artículo 29, 627 y 959 a 967 C.C. [...]). Cfr. también del mismo autor, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTES y ROCA, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1997), pág. 314.

¹¹⁷ Si no ha transcurrido el plazo establecido por el artículo 116, bastará una conducta omisiva y por aplicación de la presunción contenida en dicho precepto, el hijo será matrimonial.

¹¹⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 497.

En este sentido, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 86, considera que la filiación del hijo nacido después de los trescientos días no incluido en presunción del artículo 116 del Código Civil será matrimonial.

Parece que atendiendo a la redacción, más que calificar a los nacidos de hijos matrimoniales afirma que «tendrán la consideración». Pudiera pensarse que tendrán la consideración de matrimoniales, significa que se reconoce que no son matrimoniales, pero se entiende que ha de atribuirse el mismo régimen.

c) Hay quien considera que existe equiparación entre el hijo superpóstumo y el hijo matrimonial. En este sentido, GÓMEZ DE LA TORRE afirma que «la Ley ha equiparado al hijo “superpóstumo” —el nacido por este tipo de fecundación— con el hijo matrimonial. Es una ficción de la propia Ley, puesto que en la fecundación *post mortem* no se da ninguno de los supuestos exigidos por los arts. 108 a 116 del CC para calificar una determinada filiación como matrimonial. Tanto la concepción como el nacimiento del hijo se producen cuando ya no hay matrimonio de los padres, conforme a lo establecido en el art. 85 del CC, debido a que se ha disuelto por fallecimiento del marido. Además, supone una modificación del art. 116 del CC al permitirse la utilización del material genético dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del marido. Con esto se sobrepasan ampliamente los trescientos días, que es el periodo de tiempo que estipula la presunción del art. 116 del CC»¹¹⁹.

En esta línea REVERTE NAVARRO considera que teóricamente no es filiación matrimonial, y matiza que la atribución legal de la filiación matrimonial es una ficción legal¹²⁰.

Además se critica la aplicación de las presunciones, ya que éstas se aplican cuando no se conoce la verdad¹²¹.

¹¹⁹ GÓMEZ DE LA TORRE, «Fecundación *post mortem*», AC, 1992, págs. 59-60.

¹²⁰ REVERTE NAVARRO, «Consideraciones desde el punto de vista del derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Universidad de Murcia, 1992, pág. 34, afirma: «No obstante, desde el punto de vista teórico no se podría dogmáticamente sostener en ningún caso que el hijo nacido por fecundación *post mortem* ostenta la filiación matrimonial. Para tal filiación es necesario el matrimonio de los padres (y el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de ellos, en este caso la del marido) y la concepción o el nacimiento del hijo durante el matrimonio, y ninguno de estos requisitos se dan en este tipo de fecundación asistida.

Es una ficción legal adoptada por criterios de política legislativa y no por coherencia con el sistema general de la filiación, la que permite atribuir una paternidad jurídica matrimonial a quien no está casado por haber fallecido, por el hecho de que los gametos con toda certeza correspondían al marido y por mediar el consentimiento de los interesados a dicha fecundación».

¹²¹ BLASCO GASCÓ, en «La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», ADC, 1991, págs. 706-707, afirma: «En vano se recurra al juego de las presunciones porque éstas también tienen sus límites:

a) La presunción actúa cuando no se conoce la verdad o ésta es muy difícil de conocer y mientras no se conozca —obviamente me refiero a la presunción *iuris tantum*—. En nuestro caso, la presunción que contiene el art. 116 C.C. La propia naturaleza de las cosas excluye, en este supuesto, la presunción de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. Aquí es

En definitiva, y para una mayor claridad, varios autores proponen «una corrección de los preceptos básicos del Código que recojan esta nueva categoría de filiación matrimonial»¹²².

Finalmente, se ha de plantear el problema de qué es lo que ocurre si la mujer que da a luz al concebido con gametos del marido fallecido está ya casada con un tercero, ya que habrá de determinarse quién aportó el material genético¹²³. Se resolvería fácilmente si junto al material genético se depositase una prueba de sangre, para así realizar, en su caso, una prueba como proponían RIVERO HERNÁNDEZ y MORO ALMARAZ¹²⁴. La LTRA no ha contem-

cierto y conocido que la fecundación se produjo tras la muerte del marido (la imposibilidad de conocer con certidumbre absoluta el momento de la fecundación natural —y, por tanto, el autor de la misma— es la base de hecho de la presunción del art. 116) y, por tanto, una vez disuelto el matrimonio. Desde esta perspectiva, el hijo solamente sería matrimonial si la fecundación se produjera *ante mortem* o bien si, resucitado el marido, volvieran los padres a contraer matrimonio... *ex art. 119 C.C.*

b) Ni siquiera ha de tomarse en consideración el hecho de que la fecundación *post mortem* se haya realizado dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. No hay nada que presumir: la fecundación se produjo *volis nolis*, disuelto el matrimonio, y ante esta verdad inconcusa no cabe la presunción.

c) A mayor abundamiento, el art. 118 C.C. posibilita el carácter matrimonial de la filiación “aun faltando la presunción de paternidad del marido, por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges... si concurre el consentimiento de ambos”. Nótese que lo que otorga carácter de matrimonial a tal filiación no es el consentimiento de ambos cónyuges —o no sólo dicho consentimiento— sino el hecho de que el matrimonio no esté disuelto: la crisis matrimonial se limita a la separación legal o de hecho».

Cfr. también BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), pág. 405.

¹²² SERRANO ALONSO, «Aspectos de fecundación artificial», AC, 1989, pág. 398, seguido por RODRÍGUEZ CASTRO, «La Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil», AC, N.º 47, 17-23 Diciembre 1990, pág. 746 y GÓMEZ DE LA TORRE, «Fecundación *post mortem*», AC, 1992, pág. 60.

¹²³ GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 228, critica en los siguientes términos que el artículo 9.2 no prevea conflicto de presunciones: «¿y si mientras tanto, ha vuelto a contraer nuevo matrimonio? ¿o si el nuevo marido autoriza, a su vez, la IAD de la viúva? La nueva ley no ha previsto ningún conflicto de sus presunciones, como sabemos, singularmente enérgicas».

¹²⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, en «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pág. 876, afirma: «A tales efectos pudiera ser útil el obligar a dejar, junto con el semen y la autorización para la fecundación *post mortem*, una muestra de sangre de la persona que proporciona el semen, o quizá mejor, el resultado de su análisis según marcadores genéticos y técnicas al uso para la demostración positiva o negativa de la filiación y la paternidad del nacido. Parece medida razonable, y como tal la propongo al final de este trabajo, entre los requisitos exigibles para la fecundación p.m. en una futura y posible regulación legal». Así, en la página 903, entre las Consideraciones *de lege ferenda* propone la permisión de la fecundación *post mortem*, con ciertas condiciones, entre las que se incluye: «2.ª d) quizá fuera prudente que junto con el semen a emplear *post mortem* quedara depositada una muestra de sangre de la misma persona, o mejor, el resultado de su análisis (efectuado por duplicado y controlado en evitación de errores) con los tipos de pruebas específicas para la demostración positiva o negativa de la paternidad, por

plado esta cuestión, si bien le serían aplicables los preceptos relativos a «las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta» (artículos 959 a 967 del Código Civil)¹²⁵. Parece que se trata de un supuesto de laboratorio que difícilmente se producirá en la realidad, salvo que el difunto posea una importante fortuna y exista connivencia entre la mujer y el actual marido, que en su caso impugnaría la paternidad atribuida por la presunción del artículo 116 del Código Civil. No obstante, si la mujer pretende disfrutar de los bienes del marido, mediante la administración de los de su hijo, parece más sencillo que sea la mujer quien reciba el embrión o sea inseminada, sin connivencia de tercero, y que el nacimiento se produzca antes de haber contraído matrimonio. A mi juicio, sería deseable que se hubiese previsto una solución para el caso de conflicto de presunciones en el supuesto de que la viuda hubiese vuelto a contraer nuevo matrimonio, que podría resolverse *de lege ferenda* mediante la exigencia de las pruebas de sangre anteriormente señaladas.

En definitiva, me parece, según la redacción del precepto que el artículo no se pronuncia sobre el carácter matrimonial o no del nacido, ya que lo único que expresa es que producirá los *efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial*. Esos efectos serán fundamentalmente el parentesco con los familiares del difunto. No obstante, considero que el hijo será matrimonial en cuanto procede genéticamente del varón y que éste consintió constante matrimonio de ambos.

ii) Inscripción

Antes de la LTRA, para la inscripción del nacido como hijo matrimonial, el Grupo de Trabajo, constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, exigía la acreditación de los siguientes datos:

si hubiera lugar a un proceso sobre la filiación del hijo»; cfr. en el mismo sentido MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 196.

¹²⁵ SERRANO ALONSO, «Aspectos de fecundación artificial», AC, 1989, pág. 395, seguido por GÓMEZ DE LA TORRE, «Fecundación *post mortem*», AC, 1992, pág. 60. En este sentido, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 87, añade: «Parece lógico que en estos supuestos se apliquen las precauciones contenidas en el Código Civil para cuando la viuda queda encinta (Art. 959 a 967 Cc.). Pero deberían de haberse tomado otras precauciones, por ej. acreditando que en el momento de la práctica de reproducción la mujer no ha tenido relación sexual con otro varón e incluso prohibiéndole contraer matrimonio nuevamente, si pretende someterse a una técnica de reproducción asistida, en tanto no transcurran los 6 meses previstos en el art. 9-2 LTRA, y ello para evitar posibles conflictos entre la presunción de paternidad relativa al nuevo marido y la norma especial de la Ley sobre Procreación asistida, aunque, en su caso será posible la destrucción de la presunción de la paternidad, o la impugnación a través de la acción pertinente.

En todo caso, si prohibir contraer matrimonio en tales condiciones se pudiera entender atentatorio contra el derecho a la libertad, al menos, habiendo contraído matrimonio debe de prohibirse la fecundación con material genético que provenga del marido».

«a) El consentimiento del marido en testamento o documento público, con referencia a los gametos depositados en determinado Establecimiento autorizado.

b) La prueba de que en este Establecimiento se llevó a cabo la fecundación con los gametos identificados.

c) Que el nacimiento se produzca en un plazo prudencial y que no concorra presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio de la viuda.

El plazo prudencial debe ser el año de luto (puede ser prudente señalar un plazo más breve en que nada deba hacerse a fin de evitar una decisión precipitada de la viuda) y trescientos días más. El Grupo de Trabajo pensó que ese plazo podría ser insuficiente en ciertos supuestos (por ejemplo, enfermedad temporal de la viuda). Se admite por eso que el plazo podría ser prorrogado por el Juez, mediando justa causa.

d) La notificación a quienes tengan derechos que deban desaparecer o disminuir por tal nacimiento»¹²⁶.

Tras la LTRA, el artículo 7.2 se refiere a la inscripción en los siguientes términos: *En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación*. Por ello, en la inscripción en el Registro Civil constarán los mismos datos que en cualquier inscripción de nacimiento. Sin embargo, este precepto presenta algunos problemas ya que el momento del nacimiento en relación a la fecha del fallecimiento del varón (marido o compañero) manifestará que se trata de fecundación *in vitro post mortem*, debido al plazo transcurrido entre la muerte del varón y el nacimiento del hijo.

En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS afirma: «Ni en este caso —ni en ningún otro caso— la inscripción reflejará datos de que pueda inferirse que la generación se ha producido con las técnicas de reproducción asistida (cf. art. 7.2 L.) Los datos quedarán en los documentos que se archivan. Sin embargo, inevitablemente, del cotejo de la inscripción de nacimiento con la de defunción del padre podrá resultar, el carácter que se quiso ocultar»¹²⁷.

¹²⁶ Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, «Problemas civiles que plantea la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro*», (Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado), Suplemento n.º 3/1986 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1986, pág. 23. Se muestra de acuerdo SERRANO ALONSO, «El depósito de espermatozoides congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 379.

¹²⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 497.

El consentimiento para la realización de inseminación artificial *post mortem* permite la inscripción del nacido a través de expediente gubernativo, según el artículo 49 de la LRC, y es principio de prueba en acción de reclamación de paternidad¹²⁸. Además, si existe oposición para el expediente gubernativo, se entablará acción de reclamación de paternidad según este artículo 9.3 en concordancia con los artículos 133 del Código Civil y 765.1, 767. 3 LEC (antes artículos 129 y 135 del Código Civil, respectivamente).

Para evitar que se atribuya al fallecido la paternidad del nacido, pudiendo proceder de una relación de la mujer con otro varón, algunos autores proponían —tanto antes como después de la entrada en vigor de la LTRA— la exigencia de una muestra de sangre de quien depositó el material reproductor masculino, para así realizar, en su caso una prueba biológica de investigación de paternidad¹²⁹.

Vigente la LTRA, se discute si la inscripción de la filiación como matrimonial puede realizarse directamente o no.

Unos consideran que puede inscribirse directamente con los siguientes argumentos:

«1.º) Que el art. 9.º.1 LTRA, situándose en el mismo nivel dentro de la jerarquía normativa que el artículo 116 CC, ha de cohonestarse con este último en el marco de una relación de especialidad y de completud ante las nuevas expectativas que plantea la posibilidad de la inseminación artificial *post mortem* con semen del marido y que eran impensables en la mente del legislador que elaboró la reforma de 13 de mayo de 1981. 2.º) Que el art. 118 CC no es susceptible de aplicación analógica al caso que estamos contemplando, pues está pensado para la hipótesis impensable aquí de que ambos progenitores comparecen ante el Encargado del Registro Civil y consienten en la inscripción del hijo como matrimonial —aun faltando la presunción de nacimiento. 3.º) Que de inscribirse el nacimiento con la sola filiación materna,

¹²⁸ Estas dos vías ya las señalaba así MORO ALMARAZ, antes de la LTRA, en MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, página 251. Proponía de *lege ferenda* que el consentimiento tuviera el valor de reconocimiento. Tras la publicación de la LTRA, RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 170, se manifiesta en el mismo sentido. Afirma: «Al no haber dado el legislador valor de reconocimiento (como pudo y debió, sin gran violencia conceptual ni ruptura con nuestro sistema jurídico en esa materia) [...].». También PANTALEÓN en «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 31, critica el artículo 9.3 en el sentido de que se debería haber otorgado valor de título de determinación de paternidad a la escritura pública o testamento.

¹²⁹ MORO ALMARAZ, *op. cit.*, pág. 196 y CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 88.

sería preciso para inscribir después la filiación paterna del marido fallecido acreditando el consentimiento de éste a través de las formas previstas en el art. 9.º 2 (escritura pública o testamento), lo cual se plasmaría en la extensión de la correspondiente inscripción marginal de reconocimiento (art. 1 LRC en relación con el art. 130 RRC), archivándose los antecedentes en el legajo correspondiente a la inscripción (art. 116 RRC), lo cual infringiría lo dispuesto en el art. 7.º 2 que advierte que “en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación”. En conclusión, entiendo que una interpretación coherente y sistemática de los arts. 9.º 2 y 7.º 2 LTRA, en relación con el art. 116 CC nos llevaría a inscribir directamente dicha filiación como matrimonial»¹³⁰.

Entiendo con RIVERO HERNÁNDEZ y por las mismas razones que no podrá inscribirse directamente esta filiación. Este autor se manifiesta en los siguientes términos: «Como nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ese hijo no goza de la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil ni puede ser inscrito directamente como matrimonial (arts. 48 LRC y 183 RRC). El supuesto más próximo a éste, en las procreaciones normales, es el del artículo 118 del Código Civil, donde la inscripción de la filiación matrimonial es posible con el consentimiento (de ambos progenitores, en este caso). Creo que el supuesto aquí contemplado es análogo, hay también el consentimiento del considerado legalmente como padre y con él podrá inscribirse el hijo como matrimonial y del marido»¹³¹. Así pues, no es inscripción directa, sino mediante el consentimiento de

¹³⁰ RODRÍGUEZ CASTRO, «La Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil», AC, N.º 47, 17-23 Diciembre 1990, págs. 746-747.

¹³¹ RIVERO HERNÁNDEZ en «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*, n.º 1517, pág. 84 y en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, págs. 169-170.

En este sentido, antes de la LTRA, y teniendo en cuenta la Proposición de Ley, MORO ALMA-RAZ en *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 389, planteaba los problemas de inscripción por no ser aplicable la presunción del artículo 116 del Código Civil y proponía la aplicación del artículo 118, considerando como uno de los consentimientos el que prestó el varón fallecido. Así se inscribiría al hijo como matrimonial y tendría derecho a recibir de su padre por herencia, ya que se admiten las disposiciones testamentarias a favor de los *nondum concepti*. Si no existe testamento es dudoso que pueda ser consecuencia de la expresión «los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial». Sobre esta materia se han de recordar importantes Sentencias y Resoluciones, citadas en pág. 389, en la nota 84: «Importantes al efecto son las siguientes Resoluciones de la D.G.R.N.: La R. de 27-12-1982 reconoce que en base al artículo 745-1 CC, en relación con los artículos 29, 30, 758, así como los artículos 781, 783, 785, no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder “mortis causa” de los no nacidos y ni siquiera concebidos, siempre que sean de algún modo identificables. En el mismo sentido R. de 29-1-1988. Pero con anterioridad ya existe una copiosa jurisprudencia al efecto, por ejemplo R. D.G.R.N. de 23-3-1939, 22-12-1950, 19-11-1960 y Sentencias del T.S. de 25-4-1963, 3-4-1965, 4-2-1970».

ambos —el varón lo prestó en el testamento o escritura pública en que consintió la fecundación *post mortem*, y la mujer, en el momento de realizarse la inscripción— junto al expediente médico —que mostrará que se realizó la técnica dentro del plazo legal—.

b') Pareja no casada

Teniendo en cuenta la regulación establecida por el artículo 9.3, entiendo con RIVERO HERNÁNDEZ que «la única forma de acreditar legalmente la paternidad (extramatrimonial) que el artículo 9.3 LTRA le asigna es la del expediente registral, si en él se acredita la concurrencia de todos los requisitos legales en el consentimiento y plazo de empleo de material genético del fallecido, o la reclamación judicial de paternidad (precisamente la del fallecido que consintió). La prueba cumplida del origen del material genético y demás extremos aludidos pueden ser considerados como aquellos “otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo”, del art. 135 in fine Cc., en que fundar la acción (que se regirá, en lo demás, por las reglas ordinarias)»¹³².

b) De carácter sucesorio

Antes de la LTRA era discutido si debían reconocerse derechos sucesorios en la herencia de su padre al nacido de fecundación *post mortem*.

a') Se negaban estos derechos en el Informe Warnock (Recomendaciones 61 y 64)¹³³, en el Informe español de la Comisión Especial de Estudio de

¹³² RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 170. En este sentido, MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, Brylant, Bruxelles, 1997, pág. 495, propone reconocimiento preconcepcional para pareja no casada si la inseminación artificial se realiza con espermatozoides del varón fallecido y con su consentimiento expreso.

Conviene recordar que el antiguo artículo 135 del Código Civil actualmente es el artículo 767.3 LEC.

¹³³ Informe Warnock, recogido en Documentación relativa a la Proposición de Ley sobre técnicas de reproducción asistida, junio 1988, facilitada por la Dirección de Estudios y Documentación del Senado, pág. 182, se afirma: «Recomendación 61: Deberá introducirse legislación en el sentido de que cualquier niño fruto de la IAM, que no hubiera estado *in utero* en la fecha de la muerte de su padre, no será tenido en consideración a efectos de la sucesión y de la herencia de este último.[...]»

Deberá introducirse legislación que garantice que cualquier niño fruto de una FIV utilizando un embrión que hubiera sido congelado y almacenado y que no hubiera estado *in utero* en la fecha de la muerte del padre, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión y la herencia de este último».

la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas (Recomendaciones 13 y 61)¹³⁴ y en los artículos 9.2.º y 3.º de la Proposición de Ley¹³⁵.

En la doctrina, se manifestaban en este sentido SANCHO REBULLIDA¹³⁶, LLEDÓ YAGÜE¹³⁷ y MONTÉS PENADÉS¹³⁸, en los Informes que presentaron a la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación

¹³⁴ Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, *Informe*, (presidida por Marcelo Palacios), Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, pág. 113. Recuérdese que en la Recomendación 13 del Informe de la Comisión Especial de Estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas, se afirma: «Deberá legislarse que el hijo nacido por IA con semen del marido o varón de la pareja estable, o por FIVTE con un embrión congelado originado con semen de aquéllos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquéllos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o de la herencia del fallecido».

El texto de la Recomendación 61 es el siguiente: «Los gametos de un miembro de una pareja estable o matrimonio ya fallecido, podrían ser utilizados por el otro y para lograr su propia descendencia, pero en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido».

¹³⁵ Proposición de Ley sobre técnicas de reproducción asistida, recogida en Documentación relativa a la Proposición de Ley sobre técnicas de reproducción asistida, junio 1988, facilitada por la Dirección de Estudios y Documentación del Senado, págs. 16 y ss. Su artículo 9 establece:

«2. Los hijos nacidos por estas técnicas con material reproductor del varón, cuando este material no esté en el útero de la mujer con la que está vinculado por matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte del varón, no serán tomados en consideración a fines de sucesión o herencia del fallecido.

3. Los hijos nacidos con material reproductor de la mujer, cuando éste fue utilizado por el marido o varón de la pareja que aquélla constituía después de que haya fallecido, no serán tomados en consideración a efectos de sucesión o herencia de la fallecida».

¹³⁶ SANCHO REBULLIDA, «Informe sobre aspectos jurídicos de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas para la Comisión Especial de Estudio de estas cuestiones, constituida en el Congreso de los Diputados», Cízur mayor, diciembre 1985, pág. 20, afirma: «Así, si el hijo en cuestión procede de un óvulo de mujer casada y espermatozoide de su marido, implantado en el útero de la cónyuge, el hijo será matrimonial, a no ser que la FIV se haya practicado *post mortem maritii*, con semen congelado procedente del mismo, en cuyo caso sería matrimonial a los efectos personales y no matrimonial (de la madre y de padre desconocido) a los patrimoniales».

¹³⁷ LLEDÓ YAGÜE, «Informe» presentado a la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, afirma: «comparto la conclusión final del informe Warnock que recomienda que el niño fruto de una FIV originado por un embrión que hubiera sido congelado y almacenado y que no hubiera estado *in utero* en la fecha del fallecimiento de su padre, no sea tomado en consideración a efectos de la sucesión y herencia de éste». También en LLEDÓ YAGÜE, *Acciones de filiación*, Edilex, Madrid, 1987, pág. 242 considera: «el hijo póstumo nacido por autoinseminación, no creemos que tuviera éxito su pretensión de reclamar una filiación matrimonial, ni que fuera considerado como un legítimo preterito en el testamento del causante (art. 814 CC)».

¹³⁸ MONTÉS PENADÉS: «Informe presentado tras la Reunión de Juristas del día 28 de Noviembre de 1985», en pág. 48 afirma: «A mi juicio, podría aceptarse la posición de la Comisión Warnock, en el sentido de que tras la aplicación de la técnica de inseminación artificial homóloga, cualquier niño que no estuviera *in utero* en el momento del fallecimiento del padre, no podría ser considerado como titular de derecho sucesorio alguno». En la pág. 57 añade: «La solución más prudente se encuentra en que el hijo que no llegara a término en el plazo previsto para su inscripción como hijo natural, no podría invocar derechos sucesorios».

Artificial Humanas, constituida para elaborar la actual Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988.

Los argumentos básicos son los siguientes:

i) Desde una perspectiva dogmática, la necesidad de que exista el causahabiente en el momento del fallecimiento del causante, como requisito de capacidad sucesoria (arts. 758 y ss.). Es preciso, pues, estar vivo, o al menos, concebido en el momento de la muerte del causante ¹³⁹.

ii) Desde un punto de vista práctico, se aduce la incertidumbre de los derechos sucesorios durante la situación de pendencia ¹⁴⁰.

b') Otros consideraban que el nacido debía disfrutar de los derechos sucesorios respecto de su padre ¹⁴¹.

Las razones fundamentales suponen una crítica a los argumentos anteriores:

i) Frente al primer argumento, algunos autores entienden que cabe llamar a los *concepturi* (así sucede en la sustitución fideicomisaria) ¹⁴². Además

¹³⁹ CORRAL TALCIANI, «La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho», *RGLJ*, julio 1988, pág. 42, afirma que «no se infringe el principio de igualdad constitucional cuando se trata de una diferencia de tratamiento legal justificada por la realidad de las cosas. Para considerar herederos a estos niños, tendríamos que quebrar la estructura básica de todo el sistema sucesorio renunciando a uno de sus pilares fundamentales, como es el de la capacidad sucesoria calificable al tiempo de la muerte».

¹⁴⁰ Informe del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87).

¹⁴¹ RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pág. 885 afirma «Entiendo, por ello, que el varón, al igual que puede donar su semen para inseminar a mujer desconocida, o permitir que se insemine a su esposa o compañera en vida suya, puede dejar previsto que se guarde y emplee para inseminación después de su muerte, ya la prevea como inminente, o sencillamente como posible aunque no próxima», y en la pág. 904 añade: «no debe discriminarse en forma alguna ni privar de derechos sucesorios al nacido por fecundación *post mortem* que se realice con arreglo a las condiciones o requisitos legales, siempre que sea considerado como hijo del fallecido (es decir, salvo impugnación de paternidad del mismo)». En el mismo sentido se expresa GARCÍA RUBIO, «La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho español», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Octubre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º I, pág. 63; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «La filiación inducida y las clasificaciones legales», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 128 y SERRANO ALONSO, «El depósito de espermatozoides congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, citado, pág. 381.

¹⁴² SIMÓ SEVILLA, «La Medicina moderna de la procreación en el Derecho de Familia y en el Derecho sucesorio», Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995, pág. 150.

se aduce que aun conociendo que se dirige a la sucesión voluntaria, se matiza que «queda con ello abierta la puerta para su adaptación a la legal, sin necesidad de forzar demasiado la argumentación, sobre todo contemplando una situación tan particular como la nuestra, y bajo la amenaza de inconstitucionalidad de cualquier otra interpretación que privara a estos hijos (si decimos que lo son) de derechos que la misma ley, que no los excluye expresa ni implícitamente, confiere a los de procreación natural» ¹⁴³.

ii) Contra la segunda razón, ha de advertirse que existen situaciones similares en las que se mantiene la incertidumbre de los derechos sucesorios durante cierto tiempo para proteger a determinadas personas, por ejemplo cuando la viuda queda encinta, o cuando está llamado a la sucesión un ausente. Parece adecuado que el nacido de fecundación *post mortem* goce de dicha protección.

En definitiva, este tema «se simplifica notablemente si se contempla como una consecuencia de un problema (previo) de filiación y, desde esa perspectiva, reducese a determinar si el nacido es hijo o no del fallecido, y si lo es, razonar acerca de si ese hijo tiene (debe tener) derechos sucesorios, o con qué fundamento podría ser privado de ellos» ¹⁴⁴.

c) Algún autor matiza en el siguiente sentido;

— Si fue concebido en vida del difunto es capaz para suceder por aplicación del artículo 29 del Código Civil.

— No es capaz de suceder si fue concebido *post mortem* ¹⁴⁵.

Tras la LTRA, y según el artículo 9.2, respecto de los hijos matrimoniales, los nacidos por fecundación *post mortem* cumpliendo los requisitos legales tienen derechos sucesorios, ya que se incluyen en los derechos derivados de la filiación ¹⁴⁶. En relación a los hijos no matrimoniales, no se dice expre-

¹⁴³ RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pág. 901. En este sentido, VIDAL MARTÍNEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español*, Universidad de Valencia, Editorial Civitas, S. A., Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pág. 148, afirma que «de *iure condito*, determinada la relación paterno-filial, resultaría difícil negarle tales derechos sucesorios al hijo, *ab initio*, por constituir ello una discriminación. (Argumento STC 155/1987, de 14 de octubre)».

¹⁴⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pág. 902.

¹⁴⁵ CORRAL TALCIANI, «La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho», *RGLJ*, julio 1988, pág. 41.

¹⁴⁶ REVERTE NAVARRO, «Consideraciones desde el punto de vista del Derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Universidad de Murcia, 1992, pág. 37, afirma que «si la ley los considera matrimoniales no se les puede privar, aunque ello sea otra ficción legal, de los derechos sucesorios en la herencia de sus padres biológicos y fallecido esposo de su madre».

samente, pero así parece deducirse por aplicación de los artículos 7 de la LTRA y 108 del Código Civil ¹⁴⁷.

Algunos autores consideran que la sucesión del *concepturus* deviene por testamento o sucesión voluntaria, pero jamás por sucesión legal o forzosa ¹⁴⁸.

¹⁴⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, «Fecundación *post mortem*», AC, 1992, págs. 62-63. También se manifiesta en esta línea HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», AC, 1988-2, pág. 3036, quien considera que «a pesar de no disponerlo de forma explícita el art. 9.3 de la Ley [...] se presume tácitamente». Añade en pág. 3037 que los derechos sucesorios son también respecto de la familia paterna en los siguientes términos: «[...] pienso que los derechos no son únicamente a la herencia de su progenitor fallecido, sino también a la de su familia paterna, en representación de su padre muerto, en cuanto que la filiación crea una situación de parentesco, y por razón del mismo obtiene la cualidad de heredero. Si muere alguno de su familia paterna, y todavía no ha habido fecundación, pero puede llegarse a efectuar, habría que esperar a que transcurra el plazo de los 6 meses para declarar herederos y mientras tanto adoptar las medidas cautelares que señalan los arts. 959 y 966 del Código Civil». Desde un punto de vista práctico, GÓMEZ DE LA TORRE, «Fecundación *post mortem*», AC, 1992, pág. 63, (siguiendo a SERRANO ALONSO, «Aspectos de fecundación artificial», AC, 1989, pág. 399), añade que «si se abriera la sucesión a la muerte del esposo o varón de la pareja, sus herederos tendrán una situación hereditaria bajo condición en tanto no transcurra el plazo de seis meses señalados para la fecundación *post mortem* [...] Transcurrido el plazo de seis meses sin que se acredite la gestación, los herederos del marido o varón de la pareja adquieren una situación hereditaria definitiva porque, si se produce la gestación, el nacido no tiene derechos frente al esposo o varón de la pareja fallecido». Este plazo de seis meses parece ser para comenzar la técnica, no para confirmar la gestación. Sin embargo, RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 168, considera que el plazo de seis meses se refiere al momento de comienzo de las técnicas, no al de confirmación de la gestación.

Vide también GÓMEZ FERRER SAPIÑA, «Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de Sucesiones», *Revista Jurídica del Notariado*, Enero-marzo 1995, págs. 216 y ss; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 94.

Es interesante observar el Informe de Alemania, págs. 214-216, presentado al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995. Se matiza en los siguientes términos respecto de la capacidad sucesoria:

a) El embrión implantado tiene capacidad sucesoria por el principio de igualdad de derechos y el derecho de sucesión de los parientes.

b) En relación a los embriones gestados premortalmente no transferidos se apunta: «Se debe considerar como apto para la sucesión a un niño después de su concepción y antes de su implantación, según § 1923.2. (En caso de muerte del progenitor, un niño ya debe haber sido concebido).»

c) En cuanto a los embriones gestados postmortalmente, existe discusión doctrinal: unos consideran que tienen capacidad hereditaria por el supuesto deseo del heredante, otros la niegan con fundamento en el § 1923.2. Finalmente hay quienes la conceden a los gestados premortalmente y la niegan a los gestados postmortalmente.

En este Informe se propone en la página 232 que se amplíe el § 1923.2 del Código Civil alemán «ordenando la capacidad sucesoria de embriones no transferidos premortalmente o de embriones procreados postmortalmente en sede de la posición legal del embrión como heredero.

¹⁴⁸ PANTALEÓN, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, pág. 31. Afirma: «es un hijo no matrimonial (aunque figurará como matrimonial, si nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido), que

En este sentido BLASCO GASCÓ, considera que «la norma del artículo 9.2 de la ley T.R.A. debe concordarse con los aspectos sucesorios toda vez que el llamado debe estar, al menos, concebido (*nasciturus*) en el momento en que se produce la muerte del causante (vid. artículo 29, 627 y 959 a 967 C.C. [...])»¹⁴⁹.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ distingue según se trate de llamamiento voluntario o legal. Matiza en el siguiente sentido:

«[...] es claro que los derechos (legales) a la herencia de una persona están directamente vinculados a la relación de parentesco (arts. 807 y 930 y ss. Cc.), de manera que son los hijos —matrimoniales o no— quienes tienen derecho a heredar, en la forma y cuantía legalmente establecida, haya o no testamento; y, desde luego, la condición de hijo puede concurrir en el que ha sido fruto de una fecundación *post mortem*, ex art. 9.2 y 3, pero, por otro lado, es también cierto que el así concebido no existía en el momento de la apertura de la sucesión; ni siquiera estaba concebido en dicho momento (ni era seguro que fuera a estarlo con posterioridad: la fecundación *post mortem* es autorizada por el varón fallecido, pero en último extremo depende de la voluntad de la mujer)»¹⁵⁰.

Plantea como dudoso si «esos efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial (o su equivalente en el caso del art. 9.3 LTRA) incorporan una derogación para este caso de la regla según la cual el llamado debe existir en el momento de apertura de la sucesión; o si más bien ésta es una regla propiamente sucesoria (por tanto, no directamente vinculada a la filiación)»¹⁵¹.

Distingue:

i) Si existe un llamamiento sucesorio voluntario en favor del nacido tras fecundación *post mortem*, éste tendría derechos sucesorios. En consecuencia,

carece de derechos sucesorios legales (a salvo llamamientos testamentarios en favor de *conceptu-ri*) en la herencia de su padre, por la sencilla razón de que ni siquiera estaba concebido en el momento de la muerte de aquél».

Acerca de este aspecto, HADERKA, «Filiation et bioéthique», Informe presentado al XXVII Colloque de Droit Européen sur les problèmes juridiques concernant le lien de filiation, celebrado en La Valette, Malte, del 15 al 17 de septiembre de 1997, pág. 41, afirma que en Europa, con carácter general, no puede considerarse heredero del fallecido *ab intestato* ni por testamento, porque no existía en el momento de su muerte ni como *nasciturus*, ya que ni el esperma ni el cigoto fuera del útero son *nasciturus*. Sin embargo, en nuestro Derecho se distingue según se trate de sucesión *ab intestato* o de sucesión testamentaria, ya que en esta última es posible favorecer a un no concebido, siempre que esté identificado, según los artículos 781 y ss. del Código Civil.

¹⁴⁹ BLASCO GASCÓ, «La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», ADC, 1991, pág. 707.

¹⁵⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, en *Comentarios al Código Civil II*, v. 1.º, Libro Primero (Títulos I a IV), coordinados por RAMS ALBESA, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pág. 294.

¹⁵¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, *op. ult. cit.*, pág. 295.

la herencia estaría en administración durante el plazo para realizar la fecundación *post mortem* y el tiempo correspondiente a la gestación.

ii) Si el llamamiento procede de sucesión intestada, en la LTRA no existe ninguna regla especial, por lo que se ha de aplicar la regla general sucesoria referida a que el heredero ha de estar concebido al tiempo de la apertura de la sucesión del causante. En el supuesto de la fecundación *post mortem* no está concebido, y por tanto, el nacido parece que no tendrá derechos sucesorios ¹⁵².

Finalmente considera «carente de derechos sucesorios, no en cuanto hijo, sino en cuanto no existente en el momento en que se produjo el fallecimiento del causante» ¹⁵³.

Siendo una interpretación coherente y ajustada a la dicción legal, considero que quizás pudiera sostenerse que el legislador pretendió atribuir derechos sucesorios al nacido mediante una interpretación sociológica (artículo 3.1 Código Civil) del artículo 29, de la regla del derecho de sucesiones por la que el heredero ha de existir al tiempo de la apertura de la sucesión del causante, y del *favor filii*, en los siguientes términos: Inicialmente se exige la existencia de una persona para poder heredar del causante. Ahora bien, se considera injusto que el hijo póstumo que ya existía *in utero* no pueda ser heredero de su padre, y de ahí nace el fundamento del artículo 29. Pues bien, con este planteamiento parece que es justo que el hijo superpóstumo tenga el mismo tratamiento ¹⁵⁴, es decir que pueda suceder a su padre fallecido sin testamento (si existía testamento no se plantea el problema), y que estos derechos sucesorios se reconozcan respecto de toda su familia paterna. *De lege ferenda*, sería deseable una regla similar a la establecida por el artículo 10.3 del la Ley de Sucesiones de Aragón: *Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida post mortem con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación.*

¹⁵² MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, *op. et loc ult. cit.* En contra, RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pág. 904, afirma que «no debe discriminarse en forma alguna ni privar de derechos sucesorios al nacido por fecundación *post mortem* que se realice con arreglo a las condiciones o requisitos legales, siempre que sea considerado como hijo del fallecido (es decir, salvo impugnación de paternidad del mismo)».

¹⁵³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, *op. ult. cit.*, pág. 296.

¹⁵⁴ No obstante, he de reconocer la objeción de que el hijo superpóstumo no existía *in utero*, pero si se produce el nacimiento, parece que en interés del menor se debería proteger. A ello se une que el nacido es hijo biológico del varón. Aun así, admito que es dudoso que los Tribunales —en su caso— se pronunciasen en este sentido.

En este sentido ha de recordarse que el Letrado de la Comisión de Política Social y Empleo defendió el derecho a suceder a su padre frente a las Recomendaciones 13 y 61 del Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, y al artículo 9 de la Proposición de Ley. De hecho la Nota de dicho Letrado relativa a la Proposición de Ley sobre técnicas de reproducción asistida (Núm. expte. 122/000062), en su apartado 7 apunta: «Respecto de la limitación de derechos sucesorios o hereditarios, la redacción del artículo 9 [que suprimía los derechos sucesorios] requeriría un esfuerzo para no producir severas distorsiones en el sistema general regulado en el Título III del Libro III del Código Civil». Como es conocido, la LTRA reconoce en principio derechos sucesorios. Probablemente, y teniendo en cuenta la falta de precisión jurídica de algunos preceptos, pudiera pensarse que tras la referida Nota, el legislador cambió el criterio, admitiendo derechos sucesorios sin distinguir entre sucesión testada o intestada. Por todo ello entiendo que cabe reconocer derechos sucesorios al nacido.

Ante la pregunta de cómo se protegen los derechos sucesorios del que va a nacer, cabe recordar: i) que durante el plazo en que puede realizarse la fecundación *post mortem* y el tiempo en que se completa el embarazo, la herencia quedará yacente; ii) que se aplicarán las precauciones para el caso de que la mujer quede encinta (artículos 959 y ss.). Ciertamente estos preceptos se aplican a supuestos imprevisibles para los codificadores civiles¹⁵⁵.

En estas medidas, LLEDÓ YAGÜE distingue tres etapas:

1.^a En el plazo de 480 días (que resultan de sumar el plazo hipocrático de los trescientos días al plazo de realización de la fecundación *post mortem*) desde la muerte del causante, los herederos del causante deben ser conocedores, en su caso, del nacimiento. Antes de dicho plazo, deberán ser informados no sólo del embarazo, sino de la posibilidad del mismo. Ello obligará a mantener indivisa la herencia hasta que llegue el momento en que se verifique el nacimiento o aborto (no más de 480 días).

¹⁵⁵ SERRANO ALONSO, «Aspectos de fecundación artificial», AC, 1989, pág. 397; REVERTE NAVARRO, «Consideraciones desde el punto de vista del Derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Universidad de Murcia, 1992, pág. 37, cita algunas precauciones que deben tomarse y que evidentemente no pudieron tenerse en cuenta en el momento de elaboración de estos preceptos. En concreto enumera las siguientes: «que la inseminación sea con el semen del esposo fallecido; que el embrión implantado sea de material genético de los esposos; o ya simplemente que la mujer no haya tenido relación sexual con otro varón o, bien, evitar la suplantación de parto».

2.^a Concepción en seis meses siguientes al fallecimiento del causante y nacimiento dentro de los 300 días siguientes a la concepción.

En este plazo de seis meses, la viuda deberá notificar a los interesados en la herencia el momento en que el Centro hospitalario procederá a la fecundación *post mortem* con el material reproductor del causante cuya proveniencia debe quedar perfectamente identificada.

3.^a Medidas relativas al momento del parto. Serán aplicables los artículos 961 y ss.¹⁵⁶

Del mismo modo se han de tener en cuenta las reglas relativas a los bienes sujetos a reserva (artículos 968 y ss.)¹⁵⁷.

Además *de lege ferenda* entiendo que se debería legitimar a quienes tendrían derecho a heredar si no se hubiese producido el nacimiento mediante fecundación *post mortem*, para comprobar que quien consintió en escritura pública o testamento es el progenitor del nacido.

C) Efectos de la fecundación *post mortem* realizada sin que concurran los requisitos legales

Existe discrepancia en nuestra doctrina acerca de las consecuencias de que las técnicas se realicen sin concurrir los requisitos legales:

1.º) Unos optan por limitar los derechos del nacido en los siguientes términos:

a) Si se realizan fuera del plazo de seis meses, para algunos autores, el nacido no tendrá derechos sucesorios¹⁵⁸; otros entienden que el hijo tendrá la

¹⁵⁶ LLEDÓ YAGÜE, «Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ YAGÜE), Marzo, 1994, págs. 350-351.

¹⁵⁷ CORRAL TALCIANI, «La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho», *RGLJ*, julio 1988, pág. 44.

¹⁵⁸ SERRANO ALONSO, «Aspectos de fecundación artificial», *AC*, 1989, pág. 399; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 95, afirma: «Un inconveniente presenta el reconocimiento de derechos sucesorios al hijo habido por inseminación artificial *post mortem*, y es la situación de incertidumbre que se crea para los herederos del fallecido. Este inconveniente queda salvado si entendemos que el plazo de 6 meses es de caducidad en todo caso. [...] Transcurrido el plazo de 6 meses sin que se acredite la gestación, los herederos del marido o varón de la pareja adquieren una situación hereditaria definitiva, porque si se produce la gestación el nacido no tiene derechos frente al varón que ha fallecido».

consideración de hijo extramatrimonial de la mujer ¹⁵⁹. En esta línea se propone la equiparación del marido a un donante de tal manera que no existiría relación jurídica respecto del nacido ¹⁶⁰. Sin embargo se apunta que sería un trato inconstitucional por discriminatorio ¹⁶¹.

b) Si no existe consentimiento para fecundación *post mortem* ni se respetó el plazo legal, consideran otros autores que no es posible determinar legalmente la filiación ¹⁶².

2.º) Otros optan por la determinación de la filiación por otros medios. Así si no se prestó consentimiento específico o se realizaron las técnicas fuera de plazo, se ha entendido que se podrá reclamar legalmente la filiación, según el artículo 135 del Código Civil (*otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo*) ¹⁶³.

Ha de recordarse que los efectos que tendría la atribución de la filiación biológica matrimonial serían, por ejemplo, el parentesco con hermanos de vínculo sencillo o doble; o con la familia paterna.

¹⁵⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, t. IV, Madrid, EDERSA, 1991, pág. 229.

¹⁶⁰ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», AC, 1988-2, pág. 3034.

¹⁶¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 496, afirma: «es radicalmente injusto que si, no obstante las prohibiciones, el hijo viene al mundo, se niegue al nacido el *status* de hijo, con los efectos consiguientes (nacionalidad, parentesco con hermanos y parientes paternos, impedimentos matrimoniales, herencias, etc.). La venida al mundo del nuevo ser se ha podido producir no sólo con el consentimiento de sus padres biológicos sino, además, sin culpa de nadie (cuando al aplicar las técnicas se ignora la muerte del marido). En todo caso, el nuevo ser viene al mundo sin culpa suya. ¿Por qué negarle el *status* de hijo respecto del padre fallecido? Como en los viejos tiempos, se intentan reprimir las conductas ilícitas a costa de los hijos. Los resultados son claramente inconstitucionales por estar abiertamente en contradicción con los principios de protección integral de los hijos, de posibilidad de investigación de la paternidad y del principio de igualdad de los hijos y de no discriminación (cf. arts. 14 y 39 Const.).». En el mismo sentido, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 94.

¹⁶² MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 251; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», AC, 1988-2, pág. 3034; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 89. En este sentido ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. IV, 6.ª ed., José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1994, pág. 274, considera que si no existe consentimiento del marido, la filiación del nacido es sólo materna.

¹⁶³ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 170 y VIDAL MARTÍNEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español*, Universidad de Valencia, Editorial Civitas, S. A., Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pág. 146. El contenido del antiguo artículo 135 del Código Civil hoy se recoge en el artículo 767.3 LEC.

Ciertamente si no se han cumplido los requisitos legales, no parece justo, en principio, que las consecuencias jurídicas sean las mismas —mediante la correspondiente acción de filiación— que si se cumplieron debidamente. Ahora bien, una vez nacido el hijo, a mi juicio, es la solución más beneficiosa, y por tanto la que mejor se adapta al principio del *favor filii*.

Así pues, la consecuencia teórica de no cumplir los requisitos, aplicando la literalidad del precepto, es que no podría determinarse la filiación, según establece el artículo 9.1. Sin embargo, si se produce el nacimiento, a mi juicio, debe protegerse el interés del menor y reconocerse la paternidad respecto de varón, con todas sus consecuencias, incluidos los derechos sucesorios. Me parece que el artículo 9.1 simplemente debería establecer una prohibición, o incluso sería deseable *de lege ferenda* su supresión, de tal modo que se admitiese la fecundación *post mortem*, cumpliendo determinados requisitos, y en el caso de que no se cumpliesen se permitiese su determinación según las reglas generales del Código Civil. Reconozco las objeciones señaladas pero me parece que, si se ofrece una solución contraria, ésta será, en principio en perjuicio del nacido, ya que no se podrá determinar su paternidad respecto a otro varón, ni tampoco con parientes paternos (a salvo de un posible reconocimiento de complacencia).

1.2. Artículo 7 LTRA

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.

Este precepto nos remite a la regulación civil general, sea Código Civil (artículos 108 y ss.) o la respectiva normativa en las Comunidades Autónomas con competencia civil, y que a su vez la hayan desarrollado. Las especialidades a que se refiere son fundamentalmente las contenidas en el artículo 9 de la LTRA, anteriormente analizado.

El nacido tendrá en consecuencia los derechos reconocidos por el Código Civil a los hijos. Así por ejemplo serán de aplicación, entre otros, los preceptos relativos a:

- a) La revocación de donaciones por superveniencia de hijos ¹⁶⁴.

¹⁶⁴ En nuestro país, RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pág. 902 considera que es una cuestión «descuidada» en la doctrina y los trabajos prelegislativos, quizás porque no se ve dificultad en aplicar los artículos 644 y ss. del Código Civil. Cfr. SERRANO ALONSO, «El depósito de esperma o de embriones congelados y los

- b) Medidas para cuando la viuda queda encinta.
- c) Representación y protección antes del nacimiento ¹⁶⁵, etc.

1.3. Sentencia del Tribunal Constitucional de 17-6-1999

Esta Sentencia (núm. 116/1999), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 376/1989, presentado contra la LTRA, y en su defecto, contra determinados preceptos de la misma ¹⁶⁶, se refiere al artículo 9.

problemas de la fecundación *post mortem*», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 381. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», AC, 1988-2, pág. 3037, afirma tajantemente que «ni el Informe del Congreso español, ni la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida hacen mención a este supuesto, así como tampoco ningún proyecto legislativo del Derecho Comparado»; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 96; LLEDÓ YAGÜE, «Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ YAGÜE), Marzo 1994, pág. 353.

¹⁶⁵ CORRAL TALCIANI, «La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho», *RGLI*, julio 1988, pág. 47 propone una interpretación extensiva del artículo 299, relativo al defensor judicial o analógica del artículo 172 del Código Civil. Afirma: «podría propiciarse una interpretación extensiva de la institución del defensor judicial. Según el artículo 299 C.c., “Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos: ...2.º En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.” Respecto de los embriones crioconservados, habría que entender que, por carecer de personalidad, existe un impedimento para nombrar el guardador y que lo justificaría la actuación del defensor judicial encargado de velar por los intereses de estos infantes tan desprotegidos.

»En otro caso, podría aplicarse tal vez, siquiera analógicamente, lo dispuesto en el nuevo artículo 172 C.c. (redactado por la nueva Ley de adopción): “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la Ley, la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo...” Tocaría, pues, a esta entidad pública el velar por estos “menores en desamparo” que son los embriones destinados a procreación artificial (cfr. arts. 222.4.º y 239 C.c.).»

Posiblemente sea de difícil aplicación en la práctica, por lo que sería conveniente —según expresa CORRAL TALCIANI, en pág. 48— «la intervención del legislador para otorgar a los individuos humanos que podrían llegar a ser personas (embriones, o niños meramente proyectados) una protección que incluya la existencia de una autoridad que, por sobre los intereses de los implicados en estas técnicas (progenitores, donantes, investigadores, etc.), vele por el resguardo del bienestar del futuro hijo».

¹⁶⁶ En el Fundamento Jurídico 1 de la Sentencia de 17-6-1999, núm. 116/1999, (BOE 8-7-1999, núm. 162, suplemento) que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 376/1989, se afirma: «1. El presente recurso de inconstitucionalidad promovido por 63 Diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular del Congreso, se dirige contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Boletín Oficial del Estado núm. 28 del 24).

En el Fundamento Jurídico 5 se desestima el recurso contra la totalidad de la LTRA, y sólo se analiza la posible inconstitucionalidad de determinados preceptos entre los que inicialmente no se incluye dicho artículo 9 de la LTRA ¹⁶⁷. Sin embargo, en el Fundamento Jurídico 13, dedicado a analizar la supuesta inconstitucionalidad de determinados preceptos, por infracción de la denominada por los recurrentes «garantía institucional de la familia» se cita el artículo 9 de la Ley referida. Esta pretensión se subdivide en dos: a) supuesta arbitrariedad del legislador determinante de incongruencia; b) presunta vulneración del artículo 39 de la Constitución. Se afirma que «el concepto constitucional de familia posee perfiles notoriamente más amplios que los considerados como tales por los Diputados recurrentes».

En el Fundamento Jurídico 14 se analiza la supuesta arbitrariedad del legislador causante de incongruencia normativa, que determinase la declaración de inconstitucionalidad de varios preceptos, entre los que se encuentra el referido artículo 9. Sin embargo, el Tribunal Constitucional recuerda que «la ley es arbitraria en el supuesto de que careciera de toda explicación racional» (STC 108/1986), fundamento jurídico 6.º), «sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias» (SSTC 65/1990, fundamento jurídico 6.º, 142/1993 fundamento jurídico 9.º y 212/1996, fundamento jurídico 16.º). Ninguna de estas circunstancias puede predicarse de las prescripciones contenidas en cada uno de los preceptos ahora impugnados. Antes bien, no carece de toda justificación que el legislador, al regular el uso de las técnicas de reproducción asistida, estableciese ciertas reglas sobre los requisitos que deben cumplir las mujeres que se sometan a las mismas o sobre la filiación de los nacidos por fecundación artificial, dado que estos aspectos son consecuencia jurídica inescindible de la aplicación de las técnicas reproductoras objeto de la regulación legal».

Según se detalla en el suplico del escrito de demanda, la referida ley es impugnada tanto en su totalidad como, subsidiariamente, en relación con el apartado II de su exposición de motivos y los siguientes preceptos: art. 1, apartados 1 y 4; 2, apartado 4; 4; 5, apartados 1 y 5; 6, apartados 1 y 2; 11, apartados 3 y 4; 15; 16, apartados 1 y 2; 17; 20, apartado 2, y la disposición final primera, apartados a) y e)».

En la publicación de la admisión a trámite del recurso no se cita el artículo 9, ni del 7 al 10. Curiosamente en el comienzo de la Sentencia se incluyen subsidiariamente los artículos 7 a 10.

¹⁶⁷ En el Fundamento Jurídico 5 de la Sentencia de 17-6-1999, núm. 116/1999, (BOE 8-7-1999, núm. 162 (suplemento) se manifiesta: «Rechazada la impugnación dirigida a la totalidad de la ley, se trata ahora de enjuiciar la constitucionalidad de sus concretos preceptos, siguiendo, al efecto, el orden sistemático que anteriormente señalábamos.

La doctrina constitucional que acabamos de recordar, nos da pie para abordar el segundo de los motivos que sustentan el recurso y que, en criterio de los actores, justificaría la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1, apartado 4, en relación con los arts. 14 a 17 de la propia ley; 2, apartado 4; 5, apartado 1; 11, apartados 3 y 4; 12.1, 13; 14, apartados 1 y 4; 15; 16, apartados 1 y 2, y 17».

En el Fallo de la Sentencia se estima parcialmente el recurso en relación al artículo 12.2 y 20.1 de la LTRA, y se desestima el recurso en todo lo demás. En consecuencia, este artículo 9 no se ve afectado por el recurso de inconstitucionalidad.

2. LEY DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE, DE ARAGÓN DE 24 DE FEBRERO DE 1999

En Aragón, el artículo 10 de la Ley de Sucesiones, relativo a la capacidad sucesoria de las personas físicas, establece:

1. Tienen capacidad sucesoria todas las personas nacidas o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante. No obstante, en la sucesión voluntaria puede disponerse a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá concebido al tiempo de la apertura de la sucesión el que nazca antes de los trescientos días siguientes al fallecimiento del causante.

3. Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida post mortem con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación.

El párrafo tercero, referido a la materia objeto de estudio en este apartado, no ha sido modificado respecto a la redacción del Proyecto de Ley de Sucesiones, por causa de muerte ¹⁶⁸.

¹⁶⁸ En el Proyecto de Ley de Sucesiones por causa de muerte (BOCA, núm. 208, de 18 de septiembre de 1998, y publicado en RDCA-1998-IV-(n.º 1 y 2), págs. 195 y ss.), el artículo 10 establece:

«3. Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida post mortem con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación.

4. En la sucesión voluntaria puede disponerse a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión».

Se presentaron las siguientes Enmiendas al Proyecto de Ley de Sucesiones por causa de muerte (Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, N.º 222, 20 de noviembre de 1998, y en RDCA-1998-IV-(n.º 1 y 2), págs. 260-261). Se admitió la Enmienda 27, formulada por el Grupo Parlamentario Socialista. Su finalidad era suprimir el apartado 4, y la motivación era la contradicción con el apartado 1, así como el riesgo de producir graves distorsiones y fraudes sucesorios.

De este modo el nacido por fecundación *post mortem* gozará de derechos sucesorios, pues se establece la regla de que se les considera concebidos *al tiempo de la apertura de la sucesión*. Por ello, disfrutarán de la protección otorgada por el artículo 29 del Código Civil. En concreto, podrán heredar ya que se considera existente al momento de la muerte del causante. Considero muy acertada la regulación establecida en el párrafo 3 en cuanto que soluciona la discusión doctrinal acerca de la capacidad sucesoria del nacido tras fecundación *post mortem*. De este modo se garantiza la seguridad jurídica en una materia tan relevante como la sucesoria. Ahora bien, si se produce el nacimiento sin cumplir los requisitos legales, considero que podrá reclamarse la filiación mediante la correspondiente acción para proteger de este modo al nacido, de acuerdo con el *favor filii*.

3. CÓDIGO DE FAMILIA DE CATALUÑA

En la Sección Segunda del Título IV, dedicada a la filiación matrimonial, el artículo 92.2 establece: *En la fecundación asistida practicada después de la muerte del marido con gametos de éste, el nacido se tiene por hijo suyo, siempre que concurren en la misma las siguientes condiciones:*

a) *Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después de su muerte.*

b) *Que se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple.*

c) *Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de doscientos setenta días después de la muerte del marido. Dicho plazo puede ser prorrogado por la autoridad judicial, por causa justa y por un tiempo máximo de noventa días.*

Considero que este precepto ofrece una mayor claridad que el artículo 9 de la LTRA, en lo relativo al plazo. Según este precepto basta que se inicie el proceso de fecundación en el plazo legal.

En la Sección III, dedicada a la filiación no matrimonial, en el artículo 97.2 se afirma: *En la fecundación asistida después de la muerte del hombre que convivía con la madre, el nacido se considera hijo de éste siempre que concurren las condiciones prevista en el artículo 92.2, en aquello que sea de aplicación.*

III. RECAPITULACIONES

1. Es discutido el concepto y terminología. Me parece adecuado el término procreación artificial *post mortem*, en sentido estricto, incluyendo la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, realizada con gametos del varón tras su muerte así como la transferencia *post mortem* de embriones pre-existentes (procedentes de fecundación *in vitro* realizada antes del fallecimiento del varón, cuya transferencia se realiza después).

2. En la doctrina, unos autores se manifiestan a favor, otros en contra y algunos no encuentran razones para prohibirla o permitirla, sino que entienden que es una cuestión de política legislativa. Entiendo que no es una práctica positiva, pero me parece que no existen argumentos constitucionales definitivos para prohibirla.

3. En la realidad no he encontrado ningún supuesto de realización de fecundación *post mortem*, legalmente regulada.

Solamente he encontrado un supuesto que ha accedido a los Tribunales. Se trata de una viuda que solicita autorización judicial, a falta del correspondiente consentimiento formal y específico de su marido cumpliendo los requisitos legales. La Audiencia Provincial de La Coruña, en Auto de 3 de noviembre de 2000 deniega dicha autorización.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso contra la LTRA se refiere a la fecundación *post mortem*, en la que se mantiene la constitucionalidad de dicho precepto en cuanto que no se pronuncia en contra de dicho artículo.

Sin embargo en otros países, como Francia, se plantearon diversos supuestos con soluciones distintas, debidas en su momento a la carencia de legislación y a los distintos criterios judiciales.

4. Respecto a la regulación jurídica, el artículo 7.2 establece: *En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación.* Sin embargo, en el caso de la fecundación *post mortem*, no es posible su aplicación estricta, ya que en el Registro Civil constará la fecha de fallecimiento del varón y la fecha de nacimiento del hijo, de cuya consulta resultará que la técnica se realizó tras la muerte del varón.

5. En relación al artículo 9, considero:

a) El consentimiento debe prestarse en testamento o escritura pública y revocarse con las mismas formalidades y de forma expresa. El consentimiento otorgado se entenderá vigente salvo que se revoque expresamente, aun

cuando el testamento en que se prestó haya sido revocado, siempre que no exista incompatibilidad entre ellos. Sería deseable *de lege ferenda* que el consentimiento se prestase en testamento notarial abierto.

b) El término material reproductor del varón sólo incluye los gametos, en sentido estricto, pero en la práctica se incluye también la transferencia *post mortem* de embriones preexistentes a su muerte, procedentes de la pareja.

c) El plazo legal para la realización de la fecundación *post mortem* es de seis meses contados desde el fallecimiento del marido, aun cuando sería deseable una mayor flexibilidad.

d) Si no se cumplen los requisitos legales, probablemente se podrá determinar la filiación del nacido mediante las reglas generales del Código Civil.

6. La doctrina discute acerca del carácter matrimonial del nacido. Considero que será matrimonial en cuanto que es hijo del marido y se consintió, lo que permite hablar de un proyecto parental constante el matrimonio. Lo relevante es que produce los efectos que se derivan de la filiación matrimonial del marido.

La filiación del nacido podrá acceder al Registro Civil por aplicación analógica del artículo 118.

La filiación no matrimonial se inscribirá mediante expediente regulado en el artículo 49 LRC, aun cuando *de lege ferenda* propongo que el consentimiento sea considerado como reconocimiento del nacido.

7. El nacido tendrá derechos sucesorios recibidos por sucesión voluntaria o intestada, desde una interpretación sociológica del artículo 29 del Código Civil, inspirada en el *favor filii*.

Determinación de la maternidad

En este capítulo me voy a referir a la posibilidad de separar la maternidad de gestación de la genética —hecho imposible hasta la utilización de estas técnicas—, así como la posibilidad de encargar la gestación a mujer distinta de aquella que pretende asumir la maternidad jurídica (I). Se describirán sus aspectos generales en diversos países (II), los supuestos posibles teóricamente (VI), así como diversas opiniones doctrinales (V).

En España se sanciona con nulidad el contrato de maternidad subrogada (III), pero lo cierto es que hay parejas españolas que son parte en estos contratos (V). En la jurisprudencia no conozco sentencias que se refieran a esta materia, ya que las calificadas por algunos autores y prensa como tales parecen más bien supuestos de suposición de parto (IV) ¹.

I. PLANTEAMIENTO

Tradicionalmente, en la procreación la mujer aportaba el óvulo y la gestación. En consecuencia, jurídicamente la regla general era la determinación de la maternidad por el parto. De ahí la famosa regla del Derecho Romano, atribuida a Paulo, según la cual *mater semper certa est* ². Tal era el régimen propio de nuestro Código Civil.

Con la incorporación de las técnicas de reproducción asistida, es posible la diversificación de las «funciones» maternas. En concreto la aportación de gameto femenino (maternidad genética), la gestación

¹ Cfr. *El País*, de 5 de enero de 1994.

² El Digesto de Justiniano, t. I, Libro 2, Título 4, apartado 5, (he empleado la traducción de D'ORS y otros), Aranzadi, Pamplona, 1968, pág. 94: «porque la madre es siempre cierta» (Paul. 4 ed.).

(maternidad de gestación), la atribución de la función jurídico-social de madre (maternidad jurídica) pueden corresponder a diferentes mujeres, o concurrir algunas de estas funciones en una mujer. Por ello, el Derecho debe resolver cuál es la maternidad relevante jurídicamente, la maternidad genética o la gestacional, o incluso si es posible admitir que una mujer aportando o no gameto femenino encargue la gestación a otra.

Así pues, la mujer aporta no sólo el gameto, sino también la gestación. Por ello la dificultad puede encontrarse en ambos:

a) Si la mujer necesita donación de óvulo, se trataría de un supuesto similar al de donación de semen. Esta donación no influye en la determinación de la filiación materna, ya que el criterio general de atribución, según el Código Civil, es el parto³. Este supuesto, en principio, no plantearía conflicto.

b) Si no puede llevar a término la gestación, estaríamos ante la denominada «maternidad subrogada», rechazada mayoritariamente por nuestra doctrina y legislación. En los tribunales anglosajones y en algunos estados americanos se admite con cierta facilidad. Se propugna un trato más favorable para aquellos supuestos en que se actúa por puro altruismo para ayudar a una amiga o hermana.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no se admite la maternidad subrogada en ningún caso. El artículo 10 de la LTRA establece: *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

Conviene detenerse algo más en estas cuestiones. Los tres tipos de maternidad a que más arriba me he referido (genética, de gestación y civil) pueden separarse, con las siguientes combinaciones:

³ El artículo 139 del Código Civil establece: *La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo.*

	DONANTE	VARON COMITENTE	MUJER COMITENTE	GESTANTE
1		Gameto masculino		Gameto femenino/ gestación
2	Gameto masculino			Gameto femenino/ gestación
3		Gameto masculino	Gameto femenino	Gestación
4	Gameto masculino		Gameto femenino	Gestación
5	Gameto masculino y femenino			Gestación
6	Gameto femenino	Gameto masculino		Gestación

Por ello, es necesario precisar, como se ha apuntado, quién es madre desde un punto de vista jurídico. Varios autores advierten que la existencia de varias madres posibles —genética, gestacional y jurídica— sería una sorpresa para un ciudadano de la Roma clásica⁴. La preferencia de la madre gestante sobre la biológica, a comienzos de los años ochenta producía cierto escándalo en cuanto suponía separar funciones de la maternidad. Sin embargo, últimamente esta idea es acogida por los autores⁵.

⁴ Vide LLEDÓ YAGÜE, en *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 13 y en «Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: Francisco Lledó y Yagüe), Marzo 1994, pág. 323; REVERTE NAVARRO, «Consideraciones desde el punto de vista del Derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Universidad de Murcia, 1992, pág. 21.

⁵ TRABUCCHI, «Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista», *Rivista di Diritto Civile*, 1986-1, pág. 497, afirma: «E così pure mi è occorso anche per la tesi da me sempre sostenuta —come presto vedremo— a proposito della maternità, da riconoscere in preferenza alla donna che ha maturato l'ovulo altrui, rispetto alla generatrice biologica: le intuizioni di cinque anni fa erano uno scandalo: oggi sono quasi universalmente accolte».

1) Unos consideran que en el caso de que la gestante sólo aporte la gestación, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer comitente que aportó gameto. En este sentido se manifestó el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado⁶.

Posteriormente, GARCÍA RUBIO, se hace eco de la opinión mayoritaria del Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado: «la mayor parte de los miembros del Grupo de Trabajo constituido en la D.G.R.N. al objeto de estudiar los problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* optaron por considerar al nacido por la voluntad y con los gametos de una pareja casada, pero gestado en un vientre ajeno como hijo de matrimonio. En este punto, la toma de postura es ciertamente difícil pues si justo es resaltar la intensidad e importancia de la gestación, no es menos cierto que la línea directriz del moderno Derecho de la filiación ha de primar el matiz de la voluntad y deseo que puede hallarse tanto en la madre genética como en la portadora. Sea cual sea la decisión que se tome *lege ferenda*, no cabe duda que la actual reglamentación de la filiación materna se fundamenta en el dato del alumbramiento (*vid.*, entre otros, arts. 44, 49.3 de la LRC y 167 y 168 del RRC), por lo que la consideración del nacido como hijo de su madre genética exigiría de una norma *ad hoc*»⁷.

Tras la LTRA, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, después de recordar que la opinión más extendida es la determinación de la maternidad por el parto, considera preponderante la voluntad de la mujer comitente y ofrece sus razones⁸, aun cuando no se admite en nuestro Derecho.

⁶ Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, «Problemas civiles que plantea la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro*», Suplemento n.º 3/1986 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 15 de enero. La Dirección General de los Registros y del Notariado, del Ministerio de Justicia, creó una Comisión para el estudio de estas materias. Estuvo presidida por Don Gregorio GARCÍA ANCOS, Director General de los Registros y del Notariado. Los vocales fueron: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Díez DEL CORRAL Y RIVAS, Frías GARCÍA, PÉREZ PÉREZ, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, PIGA, RODRÍGUEZ ADRADOS y VIDAL GARCÍA. Esta publicación es un resumen de las sesiones celebradas. Obsérvese que es anterior a la LTRA.

En estas sesiones no hubo acuerdo acerca de si puede ser implantado el embrión en el supuesto de que marido o mujer o ambos premueran a la implantación del embrión.

Se plantean también distintas combinaciones según los gametos procedan de los comitentes o de donantes.

⁷ GARCÍA RUBIO, «La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho español», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Octubre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º I, pág. 68.

⁸ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad

Afirma PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «Siendo —como es— nulo dicho contrato, el problema de la filiación materna sólo se plantea cuando los óvulos no pertenecen a la gestante sino a la mujer que encarga la gestación o a una tercera. ¿Quién es la madre legal? ¿La madre biológica (de quien proceden los óvulos)? ¿La madre que gesta y pare? La ley acoge demasiado rigidamente una solución muy compartida en la doctrina y que, incluso, se ha estimado que era ya la vigente con anterioridad. “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” (art. 10-2 L.). Lo que en la voluntad de la nueva Ley equivale a decir que el título de atribución de la filiación materna es, entonces, no la generación biológica, sino el hecho de la gestación y el parto»⁹.

Añade, criticando la solución legal —en coherencia con las opiniones vertidas como miembro del Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, a que me he referido *supra*—:

subrogada», AC, 1988-2, págs. 3043-3044, afirma: «considero que este precepto debería haber sido redactado de forma opuesta, y haberse atribuido la maternidad a la mujer comitente, es decir a la persona que quiso ser madre legal y así lo pactó en el contrato, sin distinguir si aportó el óvulo o no porque si el óvulo se trasplantó a la mujer gestante coincidiría en una misma persona la maternidad genética y la legal. Y si no se transfirió el óvulo no se darían en la misma persona ambas maternidades, pero ello no sería obstáculo para que no se le atribuyera la maternidad legal. Bien es cierto que se rompe el principio de que la madre es la que da a luz, y que la madre siempre es cierta, pero no habría impedimento para otorgarle la maternidad a otra persona, pues nos encontramos ante una nueva situación que no tiene por qué solucionarse siguiendo las mismas coordenadas que las que se derivan de la maternidad natural.

»Esto hubiera sido la solución más equitativa, por las siguientes razones, a pesar de que el contrato es ilícito y nulo. En primer lugar, porque es la persona que ha deseado tener ese hijo, aunque haya hecho uso de la maternidad subrogada que no me parece aceptable ni aconsejable.

»En segundo lugar, porque la mujer gestante se ha prestado voluntariamente a ello, renunciando a cualquier derecho sobre ese niño. Además, por lo general, ha recibido una contraprestación económica, lo que significa que para ella, colaborar en la gestación contratada ha sido consecuencia de un negocio con un fin lucrativo.

»En tercer lugar, creo que no cabe alegar por la gestante una vez que ha dado a luz, motivos sentimentales y lazos de cariño con ese niño que ha llevado en su seno durante nueve meses, porque si bien es cierto que éstos, pueden existir, también es verdad que todos esos detalles se le han dado a conocer antes de prestarse a cumplir este tipo de pacto.

»En cuarto lugar, porque la mujer que ha llevado a cabo la gestación conoce su misión es dar a luz, para posteriormente entregar el hijo a la mujer que se lo ha encargado.

»Por último, estimo que iría en contra de la regla que se da en la inseminación artificial y fecundación *in vitro*, que no atribuye la paternidad-maternidad a la persona que presta un servicio (donante), sino a las personas que han deseado y querido un hijo para ellos. Y aunque efectivamente, en este caso, el papel que desempeña la gestante es más prolongado, ya que consiste en llevar el feto durante 9 meses en su seno, se asemeja al del donante en el sentido de que sólo interviene para hacer posible el nacimiento de un niño, y no debe existir ninguna relación jurídica entre ellos».

⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, págs. 491-492.

«Pues la solución legal («madre es la que pare») no es siempre, a nuestro entender, la que mejor decide el conflicto de intereses. Ciertamente la gestación y parto es un hecho importante (ser “madre” gestante es más que ser “madre de leche”). Pero no debe olvidarse que muy frecuentemente es otra la mujer de quien procede la voluntad de que el hijo venga al mundo, que de esta otra es de quien procede, también, el óvulo y que, además, esta otra está casada con el padre. ¿Por qué imponer rígidamente que madre legalmente es la que pare incluso en el caso de que, después del parto, sea otra la voluntad de las personas implicadas?

La solución legal dejará sin «madre legal» al nacido en los supuestos —hoy teóricos— de gestación fuera del vientre de una mujer (máquina o animal)¹⁰. Sin embargo ha de observarse que en este supuesto no habría dos madres en conflicto.

Probablemente, la razón de fondo de esta regulación sea que se considera que la maternidad de sustitución sería un medio de manipulación del cuerpo de la mujer y para evitarlo se aprueba esta regulación.

Asimismo PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS critica la afirmación de que la ley y la doctrina acogen la solución tradicional, según la cual la maternidad se determina por el parto, ya que en su momento no cabía separación entre la maternidad genética y la gestacional. Por tanto, el legislador no se planteó ninguna opción entre ambas, ya que eran inseparables¹¹.

En este sentido el Informe de Québec, presentado al XXI Congreso del Notariado Latino, se hace eco de la necesidad de revisar la legislación para que pueda atribuirse jurídicamente la filiación a la madre comitente¹².

¹⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. ult. cit.*, pág. 492.

¹¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. et loc. ult. cit.*, afirma: «La Ley acoge demasiado rígidamente una solución muy compartida en la doctrina y que, incluso, se ha estimado que era ya la vigente con anterioridad». En la nota 7 añade: «Cfr. arts. 120-4.º, 135 y 139, C.c., 47 y 49 L.R.c., 167, 168, 181, 315 R.R.c. pero realmente estas reglas únicamente vienen a recoger la importancia tradicional del parto como signo indudable de la maternidad, partiendo de una realidad tradicional que no se da hoy: la madre biológica y la madre gestante coincidían siempre. No significaban, pues, que el legislador hubiere hecho opción en relación con un dilema —madre genética, madre gestante— que sólo se plantea ahora con las nuevas técnicas. En contra de la importancia que se quiere dar al parto cabe invocar que en el lenguaje del Código la madre legal es “progenitor” y la maternidad “generación” (conceptos que sólo se dan en la madre biológica). Aún hoy, tras la nueva Ley, parece que la mujer que da a luz puede impugnar la maternidad si *sin su consentimiento* fue fecundada con óvulo ajeno (cf. art. 8.º-1 L. *sensu contrario*; nótese que se prevé en este precepto la fecundación con contribución de *donantes*) (plural)».

Recuérdese que el antiguo artículo 135 del Código Civil, actualmente es el 767.3 LEC.

¹² Vide BEAULNE, Informe de Québec, presentado al XXI Congreso del Notariado Latino, pág. 20.

2) Otros entienden que la maternidad se determina por el parto.

En este sentido se manifestó la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial Humanas¹³.

En nuestra doctrina, antes de la vigencia de la LTRA, la opinión más aceptada —como se observa en las Ponencias presentadas al II Congreso Mundial Vasco— era la atribución de la maternidad por el parto, siguiendo lo dispuesto en el Código Civil (artículos 135 y 136)¹⁴. No obs-

¹³ Comisión Especial de Estudio de la Fecundación «in vitro» y la Inseminación Artificial Humanas, *Informe*, (presidida por Marcelo Palacios), Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987. Adviértase que es anterior a la LTRA. Esta Comisión, tras el correspondiente estudio, elevó al Congreso de los Diputados las siguientes Recomendaciones (brevemente resumidas):

1.ª) Prohibición de la gestación de sustitución.

2.ª) La maternidad del nacido se determina por el parto y la paternidad corresponde al varón siempre que ambos lo hubieren acordado y aceptado previamente en un documento fehaciente.

3.ª) Sanción a los participantes en contrato de gestación.

4.ª) Sanción a los Centros que realicen las prácticas.

En el mismo sentido se manifiestan RAMÍREZ NAVALÓN «Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas», *Revista General del Derecho*, 1987, págs. 6566-6567, afirma: «Consideramos que la mejor solución de este problema es la aplicación de la legislación vigente.

»En efecto, tanto para el caso de maternidad por encargo como para el supuesto de madres de alquiler la solución debe ser la misma.

»Considerar madre a la que da a luz y padre a quien lo es biológicamente; sin articular ninguna medida para que el matrimonio que ha contratado tal práctica tenga algún derecho sobre el niño.

»No creemos que se deba, por lo tanto permitir en este caso la adopción del niño por parte de la pareja que lo encargó, ya que de esta forma conseguirían su propósito, a pesar de la prohibición establecida».

En esta misma línea se manifiesta MORO ALMARAZ, «Procreación, paternidad y fecundación artificial», *AC*, 1988, pero añade la posibilidad de que la madre gestante se haga cargo del nacido si queda desvalido. Afirma en la página 1433: «Considerar madre a la gestante viene siendo una respuesta habitual en atención a ese tiempo prolongado en el que la mujer permanece ligada al ser que se desarrolla en su seno donde alcanza la madurez necesaria para el nacimiento. No obstante, debería contemplarse con más detenimiento el tema permitiendo descender en la decisión al caso concreto, para que la identidad genética no sea irrelevante cuando el hijo puede quedar desvalido por falta de la gestante. De esa forma, si la genética estuviera interesada en hacerse cargo de su descendiente no tendría que pasar por una extraña, sino por aquella que le ha transmitido parte de su herencia genética. No es sencillo emplear radicalmente reglas generales en supuestos tan excepcionales como los aquí tratados».

¹⁴ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «La filiación inducida y las clasificaciones legales», págs. 120-121 y 137; DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», pág. 226, quien muy claramente afirma «la maternidad queda determinada por el hecho del parto; sin que quepa, en el Derecho vigente impugnar una maternidad obtenida con ovocito ajeno, pues no hay suposición de parto ni deja de ser cierta la identidad del hijo que parió»; MONTÉS PENADÉS, «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», pág. 190, Ponencias presentadas todas ellas al II Congreso

tante se planteó la posible utilización de la adopción para el supuesto de maternidad de sustitución ¹⁵.

En el Congreso de Cáceres se mantuvo este mismo criterio. Así, por ejemplo, MONTÉS PENADÉS afirma: «En cuanto a la determinación de la maternidad, creo que las cosas pueden seguir como están. [...] A mi juicio, el tema ha de enfocarse sosteniendo, desde luego, que madre será la mujer que da a luz, y que un eventual pacto o acuerdo de subrogación sería ilícito o, al menos, irrelevante para el Derecho» ¹⁶.

Tras la LTRA, RIVERO HERNÁNDEZ señala que existen otras soluciones legales para determinar la maternidad, pero enumera las ventajas de que la LTRA haya elegido el criterio del parto para dicha determinación ¹⁷. Así afirma: «Los especialistas médicos, los juristas, y muchos que no lo son creen que la función que más se acerca a la madre, entre la de aquellas tres

Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988.

El antiguo artículo 135 del Código Civil actualmente es el artículo 767.3 LEC.

¹⁵ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «La filiación inducida y las clasificaciones legales.», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 139, afirma: «De la valoración que nuestra sociedad y los poderes públicos realicen de estas actuaciones dependerá, tanto en este caso como en los demás en los que hemos hecho referencia a la necesidad de contar con las mencionadas entidades o instituciones para la adopción, que los mismos se presten o no a favorecer semejantes casos de adopción. Pero para ello habrá que esperar primero a que el Proyecto se convierta en Ley y entre en vigor. Una vez más diremos que nuestros legisladores no han pensado obviamente, al menos por el momento, en esta posible utilización de la adopción».

¹⁶ MONTÉS PENADÉS, «La genética actual y el Derecho de Familia.», Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Abril 1988, pág. 35. En este mismo sentido, *vide* ZANNONI, «La genética actual y el Derecho de Familia», Comunicación presentada a dicho Congreso, *Tapia*, Diciembre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º II, pág. 57; SILVA RUIZ, «El Derecho de Familia y la inseminación artificial *in vivo* e *in vitro*», Comunicación presentada al mismo Congreso, *Tapia*, Diciembre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º II, págs. 40-41.

¹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 165. En el mismo sentido GÓMEZ DE LA TORRE, «La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida», *AC*, 1993, pág. 297; VIDAL MARTÍNEZ en VIDAL MARTÍNEZ (coordinador), BENÍTEZ ORTÚZAR y VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 121. En esta línea, ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. IV, 6.ª ed., José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1994, pág. 274, afirma: «La filiación materna de los hijos nacidos por gestación de sustitución (el vulgarmente llamado «alquiler de vientre») será determinada por el parto. Pero la filiación paterna de este caso se rige por las reglas generales y cabe su reclamación respecto al padre biológico». Añade: «La Ley prohíbe y declara nulo el contrato por el que se convenga esa gestación. Pero sin duda pensando que, a pesar de todo, puede darse, dispone de quién será el hijo».

participaciones mencionadas¹⁸, es de la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación (no sólo biológica sino psíquica, afectiva, llena de emociones, al parecer compartidas). La mayor parte de las leyes, proyectos e informes, hacen también madre a la mujer que gesta y pare al nuevo ser, proceda de quien proceda el gameto o el preembrión.

»Tal es, también, el parecer de nuestra ley especial: “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” (art. 10.2). Al legislador se le pedía un criterio de determinación de la “maternidad” para el así nacido, y aunque no sea, ciertamente, la clásica (me parece indiscutible), ha optado por vincularla al parto. Nada que objetar en un plano eminentemente jurídico (aunque hay otros criterios y soluciones legales): es el sistema más seguro y aceptado, coincide con el del art. 47 LRC., es congruente con la invalidez e ineficacia de cualquier convenio sobre gestación de sustitución, y es solución disuasoria frente a quienes pretendan saltarse la ley; por otro lado, deja el camino despejado para que la mujer que quiera cumplir la promesa y colaboración altruista (y en su caso el “pacto de caballeros”, o entre damas, habido) pueda, como madre, facilitar una adopción para la “comitente”, que llegará así a ser madre también, con menos violencia ética y jurídica que de otra forma»¹⁹. En este sentido ha de tenerse en cuenta el argumento del bien del hijo que lleva a no darlo a una madre que no quiere tenerlo, sino a entregarlo en adopción²⁰.

También en el XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Berlín en 1995, se acepta mayoritariamente la maternidad por el parto²¹ y en el XXVII Colloque de Droit Européen sur les

¹⁸ Se refiere a la maternidad de gestación, genética y civil (o puramente formal), citadas en RIVERO HERNÁNDEZ, *op. et loc. ult. cit.*

¹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, págs. 165-166. En este mismo sentido se manifiesta HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», AC, 1988-2, pág. 3046. Propone como solución más adecuada para la maternidad de sustitución la atribución de la paternidad al varón comitente y posteriormente la mujer podrá adoptar al hijo de su cónyuge, según el artículo 176 del Código Civil.

En contra RAMÍREZ NAVALÓN, «Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas», *Revista General del Derecho*, 1987, págs. 6536-6567.

²⁰ Ha de observarse que de este modo se consigue la finalidad pretendida (que los comitentes sean los padres jurídicos del nacido). Pero el riesgo de que la madre gestante se quede con el hijo, y los comitentes no recuperen nada de lo pagado, es muy alto.

²¹ Vide SIMÓ SEVILLA, «La Medicina moderna de la procreación en el Derecho de Familia y en el Derecho sucesorio», pág. 93; ZIMMERMANN y BECKER en el Informe Alemán, pág. 229; LIGOT y RENCHÓN en el Informe Belga, pág. 105; LABRIOLA y SALERNO, en el Informe Italiano, pág. 227; BUGUET-CORDIER en el Informe Francés, págs. 236-237, JONG, HAMANS y MEYER en el Informe de los Países Bajos, pág. 7, Ponencias presentadas al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

problemes juridiques concernant le lien de filiation, celebrado en Malta en 1997²².

3) O'CALLAGHAN, entiende que «debía aplicarse el principio constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE) y, en consecuencia, debía considerarse madre a la que pueda más adecuada y convenientemente proteger y atender al hijo»²³.

Así pues, según la LTRA la maternidad se determina por el parto, si bien un sector doctrinal propone la admisión limitada de la maternidad subrogada, es decir que se considere como madre a la comitente.

II. ASPECTOS GENERALES DE LA GESTACIÓN PARA OTRO

Como se ha señalado, en nuestro Derecho se sanciona con la nulidad de pleno derecho el contrato de maternidad de sustitución, pero en la práctica se realiza y puede dar lugar al nacimiento de un niño. Es preciso entonces determinar su filiación materna. A ello se dedicarán las siguientes páginas.

1. CONCEPTO

Entre las diversas definiciones, pueden elegirse las siguientes por su claridad:

«Consiste, para una mujer, en aceptar llevar un niño para una pareja, en general a cambio de un cierta suma de dinero, niño que se com-

²² Cfr. HADERKA, «Filiation et bioéthique», Informe presentado al XXVII Colloque de Droit Européen sur les problèmes juridiques concernant le lien de filiation, celebrado en La Valette, Malte, del 15 al 17 de septiembre de 1997, pág. 44 constata que todos los sistemas nacionales en Europa parecen haber aceptado la idea de que la madre legal del niño es exclusivamente la determinada por el parto.

La ausencia de legislación en algunos países, como por ejemplo Italia, provoca graves problemas, en cuanto que la consecuencia es que se realizan prácticas muy diversas. En este sentido FRANCIOSI y PICARO, *Matrimonio e filiazioni*, UTET, Torino, 2000, pág. 631 afirman: «Si tratta di interventi che quasi tutte le legislazioni europee hanno già regolamentato, mentre il nostro ordinamento è caratterizzato da un paurosa vuoto legislativo, in cui tutto finisce per esser permesso (anche la discutibile pratica del cosiddetto «utero in affitto» o gestazione baliatica)».

En Italia, ha habido varias proposiciones. El texto actual de la Proposición de Ley puede consultarse en la dirección URL: <http://www.senato.it/att/ddl/s3891t.htm>.

²³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, t. IV, (Madrid, 1988), pág. 235.

promete a abandonar en el momento del nacimiento para permitir la adopción por la mujer estéril»²⁴.

«Se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste»²⁵.

«La maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre ella (la criatura) para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte»²⁶.

A mi juicio, podría definirse el contrato de maternidad subrogada, en sentido amplio, como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)²⁷.

²⁴ KNOPPERS y LE BRIS, «Maternité de substitution», *Les mots de la bioéthique*, bajo la dirección de HOTTOIS y PARIZEAUD, éd. De Boeck, pág. 262, citado por MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, Brylant, Bruxelles, 1997, pág. 812.

Obsérvese que se trata de una definición de una práctica sancionada con nulidad por nuestro ordenamiento. Además plantearía problemas con la adopción, ya que no es posible la adopción prenatal.

²⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 136.

²⁶ SILVA RUIZ, «Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización *in vitro* y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 92.

²⁷ Es preciso advertir que nuestro ordenamiento sanciona con nulidad este contrato. Ahora bien, si nace un niño, su filiación se determinará según las reglas generales del Código Civil como se verá a continuación.

2. TERMINOLOGÍA

Tradicionalmente, únicamente existía una maternidad, en cuanto que la mujer que aportaba el óvulo, gestaba, y jurídicamente era considerada madre, con los correspondientes derechos y deberes. Debido a la posibilidad de que las diversas funciones de la maternidad se desintegren en varias, existen distintas denominaciones. Se proponen diferentes términos. Me refiero a los utilizados por el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas —debido a su influencia en la regulación española—, y por otros ordenamientos próximos al nuestro, —considerando el interés que suscitan—:

a) En el caso de que la gestante aporte únicamente la gestación se califica como maternidad de gestación en España²⁸; *madre portante* en Italia²⁹; *seulement gestatrix*³⁰, *mère porteuse du deuxième type*³¹ o *mère gestatrice porteuse*³², en Francia; y maternidad subrogada total en la doctrina anglosajona³³.

b) En el supuesto de que la gestante aporte además el óvulo se le denomina maternidad biológica en España³⁴; *madre surrogata* en Italia³⁵;

²⁸ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, pág. 43.

²⁹ VENTURA, «Sulla procreazione artificiale: una sentenza innovativa?», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1990-1, págs. 187 y ss.; DI PIETRO, SGRECCIA, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tras scienza, bioetica e diritto*, Editrice La Scuola, Brescia, 1999, pág. 188.

³⁰ CORNU, *Droit Civil. La Famille*, 2 édition, Éditions Montchrestien, EJA, Paris, 1991.

³¹ RUBELLIN-DEVICHI, «Mères porteuses, premier et deuxième types», *Bioéthique*, N.º 6, diciembre de 1991, pág. 142. Respecto a la situación en Francia, cfr. también «Jurisprudence française en matière de droit civil. Personnes et droits de famille», *RTDC*, 1986, págs. 574 y ss. y «Les procréations assistées: État des questions», *RTDC*, 1987, págs. 490-491.

³² NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1991, págs. 251 y ss.

³³ Citado por FERNÁNDEZ PACHECO MARTÍNEZ, «La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M.», *RGLJ*, mayo 1988, pág. 649; BUSTOS PUECHE, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996, pág. 179. Con carácter general, se utiliza la expresión *surrogate mother*, fundamentalmente desde el Informe Warnock, recogido por el Senado, Secretaría General, Dirección de Estudios y Documentación en la Documentación relativa a la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, junio 1988, págs. 112 y ss.

³⁴ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, pág. 43.

³⁵ VENTURA, *op. et loc. cit.*; DI PIETRO, SGRECCIA, *op. et loc. cit.*

*genitrix et gestatrix*³⁶, *mère porteuse du premier type*³⁷ o *mère de substitution*³⁸, en Francia; y maternidad subrogada parcial en la doctrina anglosajona³⁹.

En Bélgica, algunos autores prefieren utilizar el término de *gestation pour autrui* por dos razones básicamente:

a) para excluir el término maternidad, con significado propio en Derecho de Filiaciones.

b) para rechazar toda referencia al contrato que puede comprometer a la madre portadora y a la pareja comitente⁴⁰.

A mi juicio, para Derecho español son claros los términos utilizados en el Informe: así maternidad gestante si sólo aporta la gestación y biológica si aporta el óvulo únicamente. Para el caso de que aportase ambos, me parece lo más adecuado denominarla técnicamente madre gestante y biológica, como términos que suman ambas funciones. No obstante, reconozco que el término maternidad subrogada es generalmente admitido y utilizado por la doctrina.

Asimismo, me parece que la denominación de «alquiler de útero» ha de ser criticada por su incorrección y falta de precisión, ya que la gestación es un concepto mucho más amplio, y supone la puesta a disposición de todo el ser de la gestante para atender su embarazo.

3. CARACTERIZACIÓN GENERAL

A) Desde un punto de vista médico, se plantea su utilización en caso de ausencia o anomalía importante del útero, por lo que es imposible el embarazo.

³⁶ CORNU, *op. cit.*

³⁷ RUBELLIN-DEVICHI, «Mères porteuses, premier et deuxième types», *Bioéthique*, N.º 6, diciembre de 1991, pág. 142. Respecto a la situación en Francia, cfr. también «Jurisprudence française en matière de droit civil, Personnes et droits de famille», *RTDC*, 1986, págs. 574 y ss. y «Les procréations assistées: État des questions» *RTDC*, 1987, págs. 490-491.

³⁸ NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1991, págs. 251 y ss. Esta autora, además, añade la denominación de *mère génitrice* (en los supuestos de donación de óvulo, embrión o trasplante de ovario) y *mère nourricière* o nutricia.

³⁹ Citado por FERNÁNDEZ PACHECO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 649; BUSTOS PUECHE, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996, pág. 179. Como se ha indicado, se utiliza la expresión *surrogate mother*, fundamentalmente desde el Informe Warnock, recogido por el Senado, Secretaría General, Dirección de Estudios y Documentación en la Documentación relativa a la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, junio 1988, págs. 112 y ss.

⁴⁰ MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, Brylant, Bruxelles, 1997, pág. 817.

Por otra parte, se propugna su utilización cuando el embarazo supone un riesgo para la salud de la madre o cuando existe riesgo de alteración del desarrollo del feto, ligado a la toma crónica de medicamentos perjudiciales.

De este modo, mediante la maternidad de sustitución, una mujer podrá, sin gestar, tener un hijo genéticamente suyo y de su marido, compañero o donante. Puede suceder además que la mujer no pueda aportar el óvulo porque padece enfermedad genética transmisible, carece de ovarios, etc. En este caso, la gestante (o una tercera) además aporta el óvulo.

Así, las «llamadas madres sustitutas o madres de alquiler son, pues, mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que, normalmente se ha generado mediante espermatozoides del varón que aparecerá como padre y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, para, producido el parto entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron, en su caso, el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto»⁴¹.

Otros supuestos menos frecuentes son los siguientes:

«1) El embarazo mediante inseminación artificial a partir del espermatozoide del varón que aparecerá finalmente como padre del nacido y el ovocito de la mujer gestante.

2) También es formalmente posible que un hombre sin pareja aporte sus gametos para la fecundación de una madre de alquiler con el fin de asumir en solitario los derechos y obligaciones respecto del hijo que nazca.

3) De igual manera, podría darse el caso de que una mujer que no pueda llevar a término el embarazo, pacte con otra la gestación de un hijo aportando sus óvulos que serían fecundados con gametos masculinos donados, para después asumir también en solitario los derechos y deberes inherentes a la procreación»⁴².

B) Las cláusulas de los contratos son de tres tipos:

- a) de carácter médico
- b) de carácter económico
- c) contingencias

⁴¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 137.

⁴² GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 137.

C) Los problemas de cumplimiento, allí donde se admiten estas técnicas, son básicamente dos:

a) Que la madre subrogada cambie de opinión y finalmente decida no entregar al nacido.

b) Que el nacido padezca algún defecto y la pareja solicitante decida que no lo acepta.

D) Los motivos para recurrir a la maternidad subrogada son siguiendo a FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ ⁴³:

a) Esterilidad de la pareja o dificultad para tener hijos, unida bien a la imposibilidad o demora para adoptar o al temor por los defectos genéticos de la familia del adoptado, a la que no se conoce (obsérvese que en la subrogación total los gametos pueden proceder de la pareja comitente).

b) Deseo de paternidad de hombres solteros, divorciados.

c) Ansia de maternidad (de actuar como madres) unida al deseo de no interrumpir la carrera profesional por la gestación.

Las madres subrogadas son en su mayoría mujeres jóvenes, casadas, de clase media baja y con estudios de nivel intermedio.

Los motivos que les llevan a ser madres subrogadas —según FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ ⁴⁴— son fundamentalmente los siguientes:

— necesidad económica

— deseo de experimentar un nuevo embarazo para olvidar el sentimiento de culpa, (procedente de un aborto anterior o de haber entregado un hijo en adopción) y la alegría de dar el regalo de un hijo a una pareja estéril.

Los sistemas de captación de las agencias para seleccionar las madres subrogadas, en Norteamérica, son los anuncios publicados en periódicos, revistas femeninas o publicaciones para estudiantes, en las revistas médicas o dedicadas a la salud, o a través de clínicas y hospitales especializados en problemas de infertilidad.

⁴³ FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 653 y ss.

⁴⁴ FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, *op. et. loc. cit.*

4. ADMISIBILIDAD

4.1. Argumentos contra la maternidad subrogada

(sobre todo si existe contraprestación económica)

a) Socavan la noción tradicional de familia —en concreto, de la madre subrogada—⁴⁵.

b) Utilización de las mujeres pobres por las ricas, en cuanto que la «maternidad subrogada permitiría a una élite económica utilizar a mujeres necesitadas como reproductoras de hijos»⁴⁶.

c) Supone explotación y manipulación de la mujer⁴⁷. En este sentido, «el futuro padre biológico o la agencia en su nombre actúan deliberadamente como inductores utilizando el señuelo de la contraprestación económica como forma de conseguir su objetivo»⁴⁸.

d) El hecho de que las madres subrogadas «no pueden, de antemano, predecir cuáles serían sus actitudes hacia los niños que dan a luz, y, además, porque la entrega de los bebés las hacen sujetos posibles de sufrimientos emocionales»⁴⁹.

e) El equilibrio del niño puede ser influenciado por el comportamiento adoptado respecto de él durante el embarazo. Por ello MASSA-

⁴⁵ FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 669.

⁴⁶ FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, *op. et loc. cit.*

⁴⁷ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, págs. 164-165, descalifica la maternidad subrogada si existe retribución económica y la tolera en caso contrario. Afirma: «Creo innecesario detenerme a criticar, desde cualquier punto de vista (ético, social, jurídico), ese mercado degradante que pretende disfrazar bajo cierta juridicidad egoísmos y actuaciones lindantes con lo penal y conductas atentatorias a la dignidad de la mujer-madre y en general de la persona humana. Pero creo que merecen más atención y otra consideración aquellos casos que ante una grave deficiencia y con paralela repercusión en la mujer o en la pareja, otra persona (la hermana, una amiga) se brinda benévola y altruistamente a gestar un pre-embrión, el óvulo fecundado, de la pareja o de la mujer que no puede en absoluto darle vida humana, y una vez nacido el nuevo ser no desca retenerlo como hijo y no buscaba uno más como suyo, sino que se limitó a ayudar a su amiga o a su hermana. [...] Creo, [...] que cuando se trate de estricta colaboración altruista podría hablarse no ya de contrato gratuito (que no lo hay), sino de mero *gentleman's agreement*, acuerdo de caballeros, de personas serias, que a veces están dispuestos a cumplir lo prometido, aunque no sea jurídicamente exigible, con ese limitado alcance».

⁴⁸ FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 669-670.

⁴⁹ Es la manifestación realizada en 1983 por un comité de ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos del Reino Unido, citada por ZANNONI, «La genética actual y el Derecho de Familia», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Diciembre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º II, pág. 54.

GER sólo admite la gestación para otro cuando se hace para ayudar a un ser querido, ya que es primordial el interés del niño. Considera que si en futuros estudios científicos se demuestra que la gestación para otro es gravemente perjudicial para los así concebidos, se debe prohibir el procedimiento. Por ahora, mantiene una actitud de tolerancia controlada porque la elección de recurrir a una u otra técnica realza la libertad individual de las parejas, y además porque en la práctica se realiza y daría lugar a un turismo procreativo. En consecuencia, propone la admisión de la gestación para otro sometida a determinadas condiciones⁵⁰.

f) La gestación para otro no es una terapia que cure la esterilidad, ya que si se pretende tener (procrear) otro hijo, será necesario acudir a este procedimiento de nuevo.

g) La exigencia de proporcionalidad del acto terapéutico se ignora, ya que la intervención se practica en un sujeto sano. Sin embargo, en ocasiones se equipara al sujeto que dona médula ósea por solidaridad.

El CCNE (Comité Consultivo Nacional de Etica) de Francia no acepta la gestación para otro. En concreto califica de inaceptable el carácter lucrativo de tales operaciones⁵¹.

Las razones contra la legalización de la maternidad de sustitución con contraprestación económica son:

— «Desde la perspectiva de la madre: 1) La aceptación de este tipo de contratos llevaría a la comercialización de la capacidad reproductora de la mujer [...] y 2) supone la explotación física emocional y económica de estas mujeres.[...]

— Desde la perspectiva del futuro hijo: La ejecución de estos contratos infringe la prohibición de vender un niño»⁵².

⁵⁰ MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, Brylant, Bruxelles, 1997, pág. 842, afirma: «Nous pensons qu'il convient de subordonner l'admission de ce procédé à la réunion de certaines conditions essentielles, que nous avons déjà évoqué plus haut: la présence d'indications médicales spécifiques; l'interdiction d'une rémunération variable mais qui ne doit pas exclure le principe d'une indemnisation forfaitaire raisonnable; le recrutement exclusif de gestatrices relationnelles; et surtout, la garantie que la gestatrice pourra garder l'enfant si elle le désire en sachant qu'elle n'est liée ni directement (mesure d'exécution forcée de remise de l'enfant ou de restitution des sommes perçues à titre d'acomptes) ni indirectement (condamnation à des dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi par le couple commanditaire).

⁵¹ COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ (CCNE), *X Anniversaire. Les Avis de 1983 à 1993*, pág. 279.

⁵² FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 681-683.

4.2. Argumentos a favor de la maternidad subrogada

El argumento básico para defender la maternidad de sustitución es el derecho de procrear, cuya protección constitucional es variable en los distintos países ⁵³.

Sin embargo se pueden citar otros argumentos, siguiendo a MASSAGER ⁵⁴:

a) La idea de solidaridad que une parejas estériles a mujeres que aceptan acceder a este deseo. Actualmente ha descendido el número de niños dados en adopción, y a su vez mediante la maternidad de sustitución se busca la procedencia genética del nacido, respecto de la persona o pareja comitente.

b) Utilización de las técnicas existentes para satisfacer el deseo de tener un hijo las personas que pretenden utilizar la maternidad subrogada.

c) Análisis antropológico de sociedades tradicionales, que muestra la admisión de la gestación para otro en procreación natural para corregir los efectos de la esterilidad. Así, se refiere al derecho de reclamar a sus parientes un hijo, por lo que se afirma la generosidad y nobleza de quien lo cumple ⁵⁵.

Algunos autores exigen las siguientes condiciones para que sea legítima la gestación para otro ⁵⁶:

a) Presencia de indicaciones médicas establecidas.

b) Ausencia de espíritu de lucro.

c) Libre voluntad de la gestante de abandonar el hijo, es decir no se admite la ejecución forzosa del contrato de gestación para otro.

Algunos admiten la gestación para otro si sólo gesta, pero la condenan si aporta además el gameto femenino ⁵⁷.

⁵³ GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 67 y ss.; FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 670.

⁵⁴ MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, Brylant, Bruxelles, 1997, págs. 822 y ss.

⁵⁵ Cfr. MASSAGER, *op. cit.*, pág. 825 y los allí citados.

⁵⁶ Por todos, RUBELLIN-DEVICHI, «Les procréations assistées: État des questions», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987, pág. 492.

⁵⁷ Vide al respecto MASSAGER, *op. cit.*, pág. 830, nota 900.

5. DERECHO COMPARADO

En el estudio titulado *Assistance Médicale a la Procréation et protection de l'embryon humain. Étude comparative sur la situation dans 39 pays*⁵⁸ realizado por el Consejo de Europa, se constata la siguiente situación:

a. En la legislación de Austria, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Reino Unido, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Australia, Canadá y Estados Unidos, de manera general se considera jurídicamente como madre del nacido a la mujer que lo gestó.

Asimismo, la mujer que ha aportado el óvulo puede ser considerada excepcionalmente como madre jurídica en Estados Unidos.

b. No se considera madre jurídica de manera expresa a la mujer que aportó el óvulo, en ninguno de los países que han aportado datos para este estudio.

c. La técnica de la maternidad de sustitución es lícita en Chipre, Hungría, Países Bajos, Reino Unido, Australia (sólo se prohíbe si existen fines comerciales), y algunos Estados de Estados Unidos (por ejemplo, California, donde se admite con fines comerciales o no).

Así pues, la mayoría de los países rechazan la maternidad subrogada⁵⁹. De igual modo, se critica en el ámbito ético y religioso⁶⁰.

⁵⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, «Assistance Médicale à la procréation et protection de l'embryon humain. Étude comparative sur la situation dans 39 pays», Strasbourg, 2 juin 1998, CDBI/INF (98) 8, Provisoire. Los 39 países son los siguientes: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, Reino Unido, Rusia, San Marino, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda.

Las respuestas relativas a Chipre, Hungría, Italia, Malta, Polonia, Rumania, Rusia, San Marino y Ucrania no han sido oficialmente verificadas, según consta en la portada del propio informe.

Cfr. también COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La legislazione straniera sulla procreazione assistita*, Presidenza del Consiglio dei Ministri. Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria in collaborazione con Dipartimento per gli Affari Sociali, Roma, 1993, págs. 11 y ss.

⁵⁹ MASSAGER, *op. cit.*, págs. 845 y ss., advierte:

En Alemania y en Suecia se prohíbe el procedimiento de la maternidad de sustitución. En Francia, el contrato es nulo y se sanciona al intermediario, pero no a la mujer.

En Gran Bretaña se autoriza la gestación para otro a título benévolo y sin intermediarios.

En Bélgica, la Proposición de Ley establece la nulidad del contrato de gestación para otro. Por ello no cabe ejecución forzosa del mismo. MASSAGER califica de pertinente esta solución y propone completar su regulación con las reglas de la adopción.

Sin embargo, en la doctrina anglosajona, se admiten los contratos de gestación para otro, en los que se conviene que madre será la comitente, que a su vez puede ser o no aportante de gameto femenino⁶¹.

Se analiza brevemente la situación en Francia, Suiza y Estados Unidos, por las siguientes razones:

a) En Francia, inicialmente se tolera y luego se prohíbe la maternidad de sustitución.

b) En Suiza no existen datos de que se realice.

c) En Estados Unidos se admite, pero sólo en algunos Estados.

a) En Francia, la opinión pública primero rechazó, y posteriormente aceptó la maternidad de sustitución. Como es conocido, la Ley francesa es de julio de 1994, por lo que existió un largo periodo sin legislación específica sobre la materia. El Informe del CCNE calificó en 1983 esta práctica como ilícita en cuanto suponía la cesión de un niño⁶².

A juicio de MEULDERS-KLEIN⁶³ (ya en 1988) en Francia existían muy pocas posibilidades de que fuera considerado válido un contrato de maternidad de sustitución por doble ilicitud de su objeto:

— alquiler de su propio cuerpo

— el niño no puede ser objeto de contrato.

A ello se añade que el fin de lucro es una causa ilícita.

En 1991, afirmaba RUBELLIN-DEVICHI que la posición del Derecho francés en aquel momento era cercana a la de algunos Estados de

⁶⁰ Siguiendo a MASSAGER, *op. cit.*, se citan brevemente algunos países de nuestro entorno:

a) En el ámbito de la ética, el Comité Consultivo Nacional de Ética (CCNE), en su *Avis* de 23-10-1984 condena la gestación para otro. En el mismo sentido, el Informe Benda (Alemania) y las *Recomendaciones del CAHB* del Consejo de Europa muestran su rechazo.

b) Entre las distintas religiones, se puede citar la condena unánime de la religión católica (de manera expresa en la Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación), protestante y judaica.

⁶¹ Cfr. MASSAGER, *op. cit.*, pág. 846.

⁶² Cfr. CCNE (Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé), *X Anniversaire. Les Avis de 1983 à 1993*, pág. 53.

Sin embargo LENOIR, *Aux frontières de la vie: paroles d'éthique*, t. 2, Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française, Paris, 1991, apunta que el Derecho no está definitivamente fijado y constata las dudas de la jurisprudencia.

⁶³ MEULDERS-KLEIN, «Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1988, págs. 657-659.

EEUU que toleraban la maternidad de sustitución, sancionando sólo a las agencias comerciales. Ella considera que la maternidad por el parto es la mejor solución.

La Corte de Casación ha condenado la maternidad de sustitución (Arrêt du 31 mai 1991) y ha considerado que había desviación de la institución de la adopción⁶⁴. Como ya se adelantó, la adopción protege el interés del niño, proporcionándole una familia, mientras que la maternidad de sustitución da un niño a una familia y está pensada en interés de los padres⁶⁵. En este sentido, RUBELLIN-DEVICHI matiza que el niño completo no puede ser objeto de la convención, convención que debe permanecer fuera del Derecho. Afirma «nos parece útil que la Corte de Casación haya marcado su reprobación»⁶⁶.

En este mismo sentido, se informa de las decisiones que han declarado nulas asociaciones de madres portadoras por ir contra el principio de orden público de indisponibilidad del estado de las personas. Enumera las Asociaciones «Alma Mater», que facilitaba la realización de los contratos de maternidad subrogada, «Sainte Sarah», que reunía a familias que deseaban encontrar madre portadora y «Les Cigognes», que agrupaba a las madres portadoras⁶⁷.

⁶⁴ GOBERT, «Réflexions sur les sources du droit et les “principes” d’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes. (À propos de la maternité de substitution)», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1992, págs. 489 y ss.

⁶⁵ MALAURIE, AYNES, *Cours de Droit Civil. La Famille*, Éditions Cujas, Paris, 1992-93, págs. 255-256.

⁶⁶ RUBELLIN-DEVICHI, «Mères porteuses, premier et deuxième types», *Bioéthique*, N.º 6, diciembre de 1991, pág. 148.

⁶⁷ Así, RUBELLIN-DEVICHI, *Cours de Droit Civil. La Famille*, Éditions Cujas, Paris, 1992-93, pág. 256, en la nota 25, y respecto de la asociación «Alma Mater» recoge la afirmación de Sériaux, *JCP*, 90.II.21526 «L’objet même de l’Association est de favoriser la conclusion et l’exécution de conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l’enfant à naître et sont donc nules en application de l’a. 1128; ces conventions contreviennent au principe d’ordre public de l’indisponibilité de l’état des personnes en ce qu’elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l’état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d’une renonciation et d’une cession, également prohibées des droits reconnus par la loi à la future mère; l’activité de l’association, qui tend délibérément à créer une situation d’abandon, aboutit à détourner l’institution de l’adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu». A continuación y en relación a estas asociaciones MALAURIE afirma: «jugé, par la juridiction administrative, que ces associations sont illicites; «Alma mater» était l’association qui recherchait et indemnisait les mères porteuses; elle leur faisait rencontrer les couples demandeurs. Le C.E.F.E.R. accomplissait les opérations médicales; les ménages désirant trouver une mère porteuse s’étaient associés dans une association “Sainte Sarah”; les mères porteuses s’étaient associées dans une association “Les Cigognes”».

C.E.F.E.R: Centre d’Exploration Fonctionnelle et d’Étude de la Reproduction ou Centre sur la Fertilité et la Reproduction.

Posteriormente, por Ley de 29 de julio de 1994, se añade al Código Civil el artículo 16.7, que establece: «Será nulo todo contrato que tenga por objeto la procreación o la gestación por cuenta de un tercero»⁶⁸.

Incluso se sanciona penalmente por el artículo 227-12 del Código Penal⁶⁹, que establece: «Se castigará con las penas previstas en el párrafo segundo la mediación entre una persona o una pareja que desee tener un hijo y una mujer que acepte tener el embarazo de dicho niño para luego entregárselo. Cuando dichos hechos se hayan cometido de manera habitual o con fines lucrativos, las penas se elevarán al doble.

La tentativa de las infracciones previstas en los párrafos segundo y tercero del presente artículo se castigarán con las mismas penas».

Sin embargo, la vigencia de esta regulación no ha eliminado de los Tribunales franceses los litigios relativos a la práctica de la gestación para otro. Como dice MASSAGER, actualmente estos conflictos se plantean como un supuesto de adulterio del marido, perdonado por la mujer, que adopta al hijo de su marido⁷⁰.

Ciertamente, en Francia, se pueden obtener los efectos de la gestación para otro de la siguiente manera:

⁶⁸ Ley n.º 94-653, de 29 de julio de 1994, relativa al respeto del cuerpo humano: artículo 3. Cfr. ROMEO CASABONA, *Código de Leyes sobre Genética*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1997, pág. 235. De ello se hace eco POUSSON-PETIT, «Rapport général: PMA dans les Pays Romanistes», *Congrès International de l'Association Internationale de Droit de la Famille: Biomédecine, Famille et Droits de l'Homme*, Oxford, UK, 27-30 août 1999, pág. 8.

⁶⁹ Introducido por el artículo 4 de la Ley n.º 94-653, de 29 de julio de 1994, relativa al respeto del cuerpo humano, *ibidem*.

⁷⁰ MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, Brylant, Bruxelles, 1997, pág. 932, afirma: «Tout au plus, les juges se trouvent désormais confrontés à des mises en scène plus ou moins sophistiquées —voir carrément rocambolesques—, les parties exploitant, sur les conseils éclairés de leurs avocats, l'idée, qui a été suggérée par certains auteurs, de présenter l'enfant issu d'une pratique de gestation pour autrui, comme né d'une relation adultère du mari, pardonnée par son épouse bienveillante, laquelle se propose même, dans sa grande mansuétude, d'adopter l'enfant mis au monde par la maîtresse de son cher et tendre époux. Notons que lorsque la maîtresse en question a eu la bonne idée d'accoucher dans l'anonymat, il est absolument impossible de la retrouver, de sorte que les juges ne peuvent vérifier la véracité des allégations des époux. Depuis lors, les juges se montrent donc terriblement suspicieux et rivalisent d'ingéniosité pour traquer les pratiques de maternité de substitution, que se présentent désormais à eux sous le couvert d'une banale histoire d'adultère. [...] Concrètement, la question qui se pose, au lendemain de l'adoption de la nouvelle législation française, est de savoir si la nullité absolue, qui frappe les conventions de gestation pour autrui, aura pour effet de conforter le courant de jurisprudence qui refuse de prononcer l'adoption des enfants nés d'une mère de substitution ou d'une mère porteuse, ou au contraire, si l'absence de disposition visant précisément la question de l'adoption subséquente à la pratique considérée, laisse en réalité le champ libre aux juridictions de statuer dans le sens qui leur semble le plus indiqué».

— De manera legal, la gestante opta por el parto anónimo, permitiendo; el padre reconoce al hijo y su mujer lo adopta, o se establece la filiación respecto de ella por la posesión de estado.

— De manera ilegal, la mujer comitente declara al hijo como suyo, incurriendo en el delito de suposición de parto ⁷¹.

En el estudio del Derecho francés y belga, MASSAGER entiende que la validez del contrato se ve afectada por el principio de indisponibilidad del cuerpo humano, el principio de indisponibilidad del estado de las personas, el carácter inalienable e indisponible del derecho de la mujer de establecer su maternidad y los derechos y deberes ligados a la autoridad parental que derivan del mismo derecho ⁷². Esta nulidad del contrato de gestación para otro permite reconocer un derecho a arrepentirse a la gestante y no cabrá repetición de las sumas percibidas. La nulidad tiene el efecto de que ninguna de las partes puede requerir la ejecución forzosa de la convención.

Por todo ello, MASSAGER considera nulo el contrato de gestación para otro ⁷³.

b) En Suiza, no existe la maternidad de sustitución de manera institucionalizada. Tampoco existe ninguna asociación de intermediarios oficialmente constituida, ni se conocen anuncios en prensa para reunir madres de alquiler. Así, por el momento no hay datos que testimonien la realización de esta práctica. Por ello, dice MANDOFIA, que la existencia eventual de la maternidad de sustitución sería posible por ser desconocida del público y de los Tribunales ⁷⁴.

⁷¹ MASSAGER, *op. cit.*, págs. 932-938.

⁷² Este argumento es considerado por MASSAGER el mejor para decidir la nulidad de los convenios de gestación para otro.

⁷³ MASSAGER, *op. cit.* en págs. 870-871 afirma: «Pour nous, la conclusion est donc claire: le contrat de gestation pour autrui est nul, de nullité absolue car il viole le droit fondamental reconnu à toute femme d'établir sa maternité à l'égard de l'enfant qu'elle met au monde, sans qu'on puisse l'obliger à renoncer à cette maternité d'une manière ou d'une autre: ce droit est indisponible et inaliénable, de sorte que l'engagement contractuel de la gestatrice d'y renoncer anticipativement est sans effet. La nullité du contrat de gestation pour autrui mériterait d'être affirmé par le législateur belge. Elle a pour effet de s'opposer à toute exécution forcée, en nature ou par équivalent, des engagements contractuels des parties, ce qui met la gestatrice à l'abri de toute contrainte l'obligeant, de manière directe ou indirecte, à céder l'enfant qu'elle a mis au monde. Et nous avons vu, au titre de la légitimité du procédé, que ce droit au repentir est conforme à l'intérêt de l'enfant».

⁷⁴ MANDOFIA BERNEY, *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le Main, 1993, Faculté de Droit de Genève, Bruylant, Bruxelles (Collection genevoise), afirma en pág. 141: «Son existence éventuelle serait donc suffisamment bien vécue pour être inconnue du public et des tribunaux».

Desde un punto de vista teórico, el establecimiento, en su caso, de la filiación de un niño nacido de una madre de alquiler puede plantear las siguientes situaciones:

— Si todas las partes respetan sus compromisos y el niño se entrega a la pareja comitente, el padre reconocerá su hijo biológico, y su mujer adoptará al hijo de su cónyuge. En definitiva, no se plantea problema práctico.

— Si la pareja comitente rechaza al hijo o la madre de alquiler se niega a entregarlo la doctrina suiza sugiere diversas soluciones⁷⁵. MANDOFIA propone que en el caso de madre portadora que no aporta gameto femenino, la maternidad se ha de determinar por el parto. Para esta autora, la dimensión socioafectiva de la filiación es más importante que los datos biológicos. Por ello, el elemento nutricio en la maternidad es primordial, ya que existen estrechas relaciones entre la mujer y el niño que gesta. De esta manera se asegura la mejor defensa del interés del niño.

c) Estados Unidos

Resulta interesante el acercamiento a la situación americana. En algunos Estados se acepta la maternidad de sustitución. Ya en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, se muestra el interés de algunos juristas hispanoamericanos. Así por ejemplo, SILVA RUIZ presentó una comunicación sobre esta materia⁷⁶. De manera más precisa se refiere a la maternidad de sustitución en Estados Unidos en su ponencia presentada al Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), con el título «Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización *in vitro* y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos»⁷⁷.

⁷⁵ Vide MANDOFIA BERNEY, *op. cit.*, págs. 178 y ss.

⁷⁶ SILVA RUIZ, «El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, *Tapia*, Octubre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, págs. 78 y ss.

⁷⁷ SILVA RUIZ, «Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización *in vitro* y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 85 y ss. Vide también CONSEIL DE L'EUROPE, «Assistance Médicale à la procréation et protection de l'embryon humain. Étude comparative sur la situation dans 39 pays», Strasbourg, 2 juin 1998, CDBI/INF (98) 8, Provisoire.

Parece interesante recoger una pequeña reseña de SILVA RUIZ sobre esta materia:

«[...] cada estado o jurisdicción es competente para legislar en materia de derecho de familia, incluyendo la filiación. No puede, pues, hablarse de un derecho de familia uniforme para todos los estados y otras jurisdicciones que integran los Estados Unidos de América.

Algunos estados han legislado, mientras que otros aún no, para regular jurídicamente aspectos de la fecundación y reproducción humana asistida.

El Tribunal Supremo Federal ha resuelto que la Constitución de los Estados Unidos protege la vida privada y la intimidad, individual y familiar. Así, por ejemplo, las decisiones individuales sobre la procreación y la crianza de los hijos no están sujetas a intromisión estatal injustificada. Este derecho es aplicable en todos los estados y jurisdicciones de los Estados Unidos.

Es opinión generalizada en la literatura jurídica norteamericana que los precedentes (casos) judiciales que han resuelto que las decisiones individuales sobre la procreación y la crianza de los hijos, fundamentándolos en la protección del ejercicio de derechos, también individuales, de la vida privada y la intimidad, son también extensivos a la reproducción mediante medios alternativos o reproducción no coital. [...]

Mientras exista un derecho constitucional a la intimidad, jurídicamente determinado, tocante a fundamentales actividades humanas, el acceso a medios de reproducción artificial parece estar constitucionalmente asegurado como una interpretación lógica de ese caso»⁷⁸.

La situación es distinta en los diversos Estados:

En Michigan se contemplan estos contratos con precaución.

En Kentucky, «el Procurador General emitió una opinión, en enero de 1981, en la cual sostiene que los contratos de maternidad subrogada son ilegales, y, por consiguiente, inexigibles en ese estado. Fundamentó su opinión en la política pública estatal contraria al pago de dinero a cambio de la entrega de un menor de edad para su adopción (*baby buying*) y, además, en una ley que prohibía consentir la adopción de niños antes del nacimiento de la criatura»⁷⁹.

⁷⁸ SILVA RUIZ, *op. ult. cit.*, págs. 85-86.

⁷⁹ SILVA RUIZ, *op. et loc. cit.*

Sin embargo en Nueva Jersey se planteó el caso conocido como *Baby M.*⁸⁰, en el que tras previo convenio, la madre gestante se niega a entregar al nacido. El Tribunal de instancia resolvió que se debía cumplir el contrato, de tal manera que la paternidad correspondía al padre biológico, la esposa adoptaba y la madre biológica renunciaba a los derechos paterno filiales.

Posteriormente el Tribunal Supremo del estado de Nueva Jersey, resolvió en apelación que el contrato era nulo e inexigible, «pues contraviene la Ley y la política pública del estado. En consecuencia, declaró nulas: 1) las disposiciones contractuales que privaban a la madre subrogada de su derecho materno-filial y 2) la adopción de la criatura —*Baby M.*— por la esposa del hombre que facilitó el semen para la inseminación artificial, esto es, el padre biológico. Además, restituye a la “subrogada”—madre biológica— sus derechos y obligaciones de madre de la criatura, ya que el tribunal inferior, al haber declarado válido el contrato, la había privado de todo derecho. Devuelve el caso al tribunal de instancia para que resuelva la cuestión de los derechos de visita de la madre —“subrogada”, biológica y también jurídica— al confirmarse la decisión del tribunal inferior concediendo la custodia de la criatura al padre biológico»⁸¹.

Ciertamente la realidad en algunas ciudades de Estados Unidos es que «hermanas o primas de mujeres infértiles se han prestado a actuar como madres subrogadas, accediendo a ser inseminadas artificialmente sin necesidad de intervención médica»⁸². Continúa afirmando que «En

⁸⁰ FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, en «La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de *Baby M.*», *RGLJ*, mayo 1988, págs. 662-663 detalla algunos aspectos del contrato: Por ejemplo, «El contrato imponía como obligación principal para la madre gestante —Marybeth—, el no intentar formar una relación materno filial con el hijo [...] El contrato establece que este dinero se recibía a modo de compensación por los “servicios” de Marybeth y no debía considerarse como pago por renunciar a sus derechos maternos o por entregar al recién nacido en adopción.» Para la autora, no se trata del pago de servicios, sino de contraprestación por la entrega de un niño. Más adelante, en la pág. 667 afirma que «el contrato de maternidad subrogada no hace más que encubrir una adopción», y en la pág. 671 que «es una sentencia encaminada a justificar [...] la legalidad de los contratos de sustitución».

⁸¹ SILVA RUIZ, *op. ult. cit.*, pág. 97. En SHALEV, *Nascere per contratto*, a cura di Gianmaria Ajanni e Arianna Maffiolo, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, págs. 5 y ss. *vid.* una descripción detallada del conocido caso *Baby M.* Este libro se ocupa de la maternidad por sustitución en Estados Unidos, tema introducido por el caso *Baby M.*, (se analizan las relaciones entre la madre portadora y la gestante, entre la comitente y la portadora, entre la natural y la artificial —expresiones cercanas—) aunque su ambición es mayor, ya que se plantea los conflictos relativos a la filiación de los nacidos, en relación a las nociones de adulterio e ilegitimidad.

⁸² Ontario Law Reform Commission's Project on Human Artificial Reproduction and Related Matters, *Reports*, 1985, vols. I y II; citado por FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, en

algunos casos, estas mujeres, en el momento de dar a luz, se inscribían en los hospitales con el nombre de la mujer estéril, utilizaban su número de seguro médico, y al inscribir al recién nacido en el Registro lo hacían con el nombre de la mujer cuya personalidad habían suplantado»⁸³.

III. REGULACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA

En la Exposición de Motivos de la LTRA en su apartado II se opta por la maternidad de gestación como la más relevante jurídicamente. Sin embargo en el apartado III no quedaba clara la admisión o exclusión de la maternidad de sustitución en nuestra regulación⁸⁴.

De las normas más específicas a las más generales del capítulo que se analiza, se puede señalar:

«La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de *Baby M.*», *RGLJ*, mayo 1988, pág. 651. Añade: «La forma de realizar la inseminación artificial es, por lo visto, muy sencilla. Puede ser la esposa misma quien introduzca el semen de su marido en la madre subrogada utilizando una simple jeringuilla».

⁸³ FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, en «La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de *Baby M.*», *RGLJ*, mayo 1988, pág. 651.

⁸⁴ En el apartado II de la Exposición de Motivos se afirma que: «En cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo».

En el apartado III se añade: «En esta Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas.

Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de Reproducción Asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no sólo en nuestra Nación, como lo aprueban las informaciones foráneas.

No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente».

Y concluye en el apartado IV: «No pretende esta Ley abarcar todas y cada una de las múltiples implicaciones a que pueda dar lugar la utilización de estas técnicas, ni parece necesario ni obligado que así sea, y se ciñe por ello a la realidad y a lo que ésta refleja y señala como urgente, orientando las grandes líneas de interpretación legal, para dejar a las reglamentaciones que lo desarrollen o al criterio de los jueces la valoración de problemas o aspectos más sutiles.

La evaluación de las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y la misma sociedad, abrirán caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas».

1. ARTÍCULO 10 DE LA LTRA

De manera especial, se ha de atender en sede de maternidad al artículo 10 de la LTRA⁸⁵, que establece:

1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.*

2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

Por ello, en este apartado, se examinará:

1.1. Nulidad del contrato de maternidad de sustitución

Como señala RIVERO HERNÁNDEZ, «En la doctrina española apenas se discute esa cuestión, por calificar con práctica unanimidad como nulos a estos contratos»⁸⁶. Esta solución ya se propugnó matizadamente por el Consejo de Europa en 1987⁸⁷.

⁸⁵ En *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. IV, v. 3.º, págs. 91-93, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, comentando el artículo 47 LRC, dedica un apartado a la aplicabilidad del modo de determinar legalmente la filiación materna en los casos de gestación con técnicas de reproducción asistida.

Analiza en primer lugar los casos de gestación de sustitución. Como se ha señalado *supra*, critica la regulación establecida por este precepto. Afirma: «El artículo 10.1 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, prescribe: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.” Pero si, no obstante, se produce esta gestación de sustitución, ¿de quién son los hijos a efectos legales? El problema se plantea siempre que los óvulos no pertenezcan a la mujer que lleva a cabo la gestación, sino a la mujer que encarga la gestación a una tercera. ¿Quién es la madre legal? ¿La madre biológica (de quien proceden los óvulos)? ¿La que gesta y pare? La Ley acoge demasiado rígidamente una solución muy compartida en la doctrina y que, incluso, se ha estimado que era ya la vigente con anterioridad: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” (artículo 10.2 de la Ley). Lo que en la voluntad de la nueva Ley [En nota se afirma: «Se atribuye a la maternidad de gestación —y no a la maternidad genética— “el mayor rango, por la estrecha relación psico-física con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo” (Exposición de Motivos)] equivale a decir que el título de atribución de la filiación materna es, entonces, no la generación biológica, sino el hecho de la gestación y parto».

⁸⁶ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 164.

⁸⁷ El Informe del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87), tras considerar en su principio 14 ineficaz cualquier contrato o acuerdo sobre maternidad de sustitución, y considerar ma-

Incluso se afirma que sin necesidad de este artículo 10.1 LTRA, este contrato sobre gestación de sustitución sería nulo, con fundamento en las normas civiles existentes. Así se ha calificado de contrato nulo:

- a) Por ilicitud de la causa⁸⁸.
- b) Por razón del objeto⁸⁹.
- c) Contradicción con las buenas costumbres⁹⁰.

dre a la determinada por el parto en su principio 15, añade que los Estados (del Consejo) pueden, en casos excepcionales señalados por su Derecho nacional, prever que se pueda proceder a la fecundación de una madre de sustitución utilizando técnicas de procreación artificial si: a) la madre de sustitución no obtiene ninguna ventaja material de la operación; y b) esa madre puede en el momento del nacimiento optar por retener para sí el hijo.

⁸⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. et loc. ult. cit.*; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, MASSIGOGUE BENEGIU, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid 1994, pág. 159; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», *AC*, 1988-2, pág. 3041.

⁸⁹ RIVERO HERNÁNDEZ *op. et loc. ult. cit.*; LLEDÓ YAGÜE, «El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX: Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 330; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, MASSIGOGUE BENEGIU, *op. et loc. cit.*; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. et loc. cit.*; RAMÍREZ NAVALÓN, «Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas», *Revista General del Derecho*, 1987, pág. 6564, afirma: «el contrato estipulado es a todas luces nulo en virtud de su objeto. La capacidad generativa es, desde luego, indisponible, intransferible y personalísima, constituye una *res extra commercium* (artículo 1271 del Código Civil)». Por su parte, BUSTOS PUECHE, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996, en pág. 185 afirma que «la inaptitud de la persona para ser objeto de contrato haría nulo el convenio de maternidad subrogada, de conformidad con los artículos [...] del Derecho de Contratos robustecidos hoy por otros de naturaleza constitucional (art. 10.1 de la C.E. y concordantes)».

A continuación BUSTOS PUECHE destaca con estos términos la incoherencia de la LTRA, en las págs. 185-186: «Cuando la ley de 22 de noviembre de 1988 tacha de nulidad el contrato de gestación por sustitución, por tanto, nada dice que no supiéramos, pero, en cambio da una muestra más de incoherencia. Desde los comienzos de esta monografía, advertí que cuando se legisla sin haber puesto en claro, antes, cuales serán los grandes principios informadores de la legislación proyectada, necesariamente ésta adolecerá de contradicciones e incoherencias. ¿Por qué dice el artículo 10 que es nulo el contrato en cuestión? No será por considerar que el ser humano no puede ser objeto de contrato, porque el artículo 5 de la misma ley acepta la contratación sobre embriones que no hayan pasado del umbral del decimocuarto día de vida».

BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 3.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1997), pág. 314 matiza: «La causa de la nulidad posiblemente deba hallarse no tanto en el objeto ilícito del contrato cuanto en su objeto imposible: el hecho de la gestación no parece que pueda calificarse como ilícito, pero no puede ser objeto de relación jurídica alguna, máxime si la gestación se realiza para y por cuenta de otro. La determinación de la maternidad sigue el criterio clásico: el parto. Además, queda siempre a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto al padre biológico conforme a las reglas generales».

⁹⁰ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, MASSIGOGUE BENEGIU, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid 1994, pág. 159.

d) Ser contrario a la moral y al orden público ⁹¹.

e) Ser incompatible con la dignidad humana ⁹².

f) Por oponerse a «las normas del Código Civil que regulan la nulidad de los verdaderos contratos y establecen la eficacia general de las normas jurídicas (irrenunciabilidad de los derechos cuando ello contraría el orden público; ineficacia de la transacción sobre el estado civil de las personas) cabe añadir aquí de modo más concreto la irrenunciabilidad que caracteriza a los derechos de la personalidad que encuentra a nuestro juicio su último asiento en la inherencia de tales bienes y derechos y en la dignidad de la persona según el artículo 10.1 de la Constitución» ⁹³.

⁹¹ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.^a 3.^a ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 165.

También HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. et loc. cit.*; GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 141; MONTES PENADÉS, «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», *AC*, Diciembre 1994, pág. 975. Este último, afirma: «El tema ha de enfocarse sosteniendo, desde luego, que madre será la mujer que da a luz, y que el eventual pacto o acuerdo de subrogación sería ilícito o, al menos, irrelevante para el Derecho. No creo que la expresa prohibición que ahora contiene el artículo 10.1 LTRA resuelva el problema, salvo que aclarar la nulidad del pacto, en los términos del art. 6 del C.C. Pero creo que el pacto era nulo, por contrario al orden público y, además, que una prohibición podrá privar de eficacia al pacto en el sentido de que la mujer portadora no quede obligada a entregar el niño y de que no derive derecho alguno para la pareja o la mujer "comitente", pero si a pesar de todo ello el proceso se lleva a cabo, el niño será por ello "nulo" o "inválido": será el hijo de la mujer portadora o gestante, según la legislación actual, ahora reforzada por la dicción del art. 10.2 LTRA, pero genéticamente no, y acaso convendría que fijáramos en ello nuestra atención, ya para impedir, por ejemplo, que la mujer gestante pueda reclamar del donante del semen algún derecho, ya para favorecerlo; o bien para establecer si corresponde al niño reclamar de los (o de la) comitentes, pero sobre todo para conseguir la máxima protección para el niño, cuyo bien ha de ser la pauta básica de la regulación».

⁹² HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. et loc. cit.*; SIMÓ SEVILLA, «La Medicina moderna de la procreación en el Derecho de Familia y en el Derecho sucesorio», Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995, pág. 20; GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 140-141. Así, con fundamento en la dignidad humana, afirma que «el niño ni es una cosa ni puede ser objeto de comercio». Según recoge en la pág. 142, se interpreta la prohibición de maternidad subrogada «como una medida tendente a impedir que el niño sea considerado "transferible" [...], como medida de protección de la dignidad de la mujer».

⁹³ VIDAL MARTÍNEZ, «La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho Español», en VIDAL MARTÍNEZ (coordinador), BENÍTEZ ORTÚZAR y VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 120. Ya en la pág. 119 advertía, respecto al artículo 10 LTRA, que «ninguna especialidad propiamente dicha se contiene en el mismo respecto a las normas (y principios vigentes) con anterioridad a dicha regulación. Por ello la principal consecuencia que cabría extraer del citado artículo 10 tras la lectura de los artículos 8 y 9 de la LTRA sería una advertencia a los operadores jurídicos y también a los equipos de médicos y biólogos que llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida de la ineficacia del convenio al que el artículo 10 de la LTRA califica como contrato de maternidad de sustitución, y de su falta de respaldo legal, a dife-

g) «Porque los negocios jurídicos relativos al Derecho de familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes, por el interés público, por los fuertes imperativos éticos y la función social que los preside, de tal manera que las renunciaciones, transacciones, etc., quedan como regla general prohibidas en las relaciones de estado familiar»⁹⁴.

En este sentido, conviene recordar también que las normas reguladoras de la filiación y del estado civil de las personas, son de carácter imperativo y de orden público, por lo que son indisponibles⁹⁵.

rencia de lo que sucede en otros supuestos en que la esterilidad del varón sí es suplida, lo que muestra una vez más —opinamos— las profundas contradicciones en que incurre la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y las dificultades insalvables para regular de un modo justo las nuevas formas de reproducción humana, allí donde se respeta íntegramente la condición personal de los seres humanos».

⁹⁴ GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 138-139. En este sentido, añade que «el contrato que obliga a la madre gestante a renunciar a todos sus derechos sobre el recién nacido sería a mi juicio, contrario a las leyes y al concepto de orden público que sirve de criterio interpretativo en nuestro Derecho. Pero, lo que es aún más determinante, en cualquier caso la madre gestante es madre, al menos en este aspecto, del recién nacido; y siendo así, la renuncia pura y simple de sus derechos y obligaciones nos plantea [...] interrogante [...], pues no cabe duda de que, cuando la Constitución tutela la figura de la madre (art. 39.2) o encarga a los padres la asistencia de todos sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3), está contemplando preferentemente la relación biológica. Por otra parte, la ley civil (art. 110 CC) determina que compete a los padres la asistencia del hijo aun no ostentando la patria potestad, lo que confirma nuestra opinión acerca del reconocimiento de la relación biológica en nuestro Derecho como primaria y primordial. Si la madre gestante también aportó la carga genética, el traslado a otra mujer (por ejemplo, la esposa o compañera del varón que aportó el esperma) debería formalizarse como una adopción, pues de lo contrario podríamos estar ante una suposición de parto».

⁹⁵ REVERTE NAVARRO, *Consideraciones desde el punto de vista del Derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida*, Universidad de Murcia, 1992, pág. 42, afirma: «Es preciso tener en cuenta que en lo relativo a la filiación y al estado civil de las personas, sus normas reguladoras se caracterizan por su carácter imperativo y de orden público, por lo que cualquier renuncia a la filiación materna por parte de la madre gestante o sustituta es un acto que incide sobre una materia que escapa a la autonomía de la voluntad y, por tanto, en la que no cabe ni renuncia ni disposición. Creemos, además, que esta posible renuncia a la filiación materna en un convenio de maternidad subrogada, perjudicaría a tercero puesto que la renuncia a la filiación materna supondría para el futuro hijo el no poder ostentar los derechos derivados de dicha filiación (apellidos, alimentos, etc.).

No era necesario que el legislador hubiera definido el contrato de maternidad subrogada, ni que lo hubiera calificado de nulo de pleno derecho».

Me parece interesante transcribir la nota 54, cuya dicción es la siguiente: «LACRUZ afirma que es “característica común a los derechos-deberes familiares la indisponibilidad: no valen su renuncia o su transmisión”. LACRUZ BERDEJO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, 1.º, 3.ª edic., 1989, pág. 17. “Está universalmente reconocido que el estado de las personas es sustraído a la libre disposición de los particulares”. CICU, *El Derecho de Familia*, Traducc. de SENTIS MELENDO, S.: Buenos Aires, 1947, págs. 272 y 323».

Si se renunciase a la filiación materna se iría contra el artículo 6 del Código Civil, en su párrafo 3.º (normas imperativas) y en su párrafo 2.º («La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»).

Según RIVERO HERNÁNDEZ, se trata de un contrato nulo cuya consecuencia es en principio, la inexistencia de responsabilidad contractual. Considera que la causa es ilícita y por ello se produce la consecuencia de irrepetibilidad de lo pagado e inexigibilidad de lo prometido ⁹⁶.

En definitiva, entiendo con GARCÍA CANTERO que «es irrelevante la discusión de si lo es por razón del objeto o de la causa, pues, en último término lo es por determinación legal; entre los padres y los posibles intermediarios no hay ningún tipo de vinculación jurídica ni de obligaciones exigibles» ⁹⁷.

1.2. Sanción a quienes realicen esta conducta

1.2.1. Ausencia en la LTRA

En la LTRA no se regula como infracción la realización de la maternidad de sustitución.

Algunos autores, antes de la reforma del Código Penal de 1995, han puesto de relieve que, en la regulación contenida en el artículo 10 LTRA, «la descalificación sólo va dirigida a la validez jurídico-civil del contrato y, por lo tanto, a su exigibilidad, pero que la ley no incluye entre las infracciones que contempla, ni la contratación de la maternidad subrogada, ni la intermediación, ni la publicidad comercial de este servicio» ⁹⁸.

En este mismo sentido se pronunciaba GÓMEZ SÁNCHEZ, que consideraba: «Es poco probable que, dada la contundencia de la prohibición

⁹⁶ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «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*, n.º 1517, pág. 79, y en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 165 afirmaba: «Y si entendemos que hay ilicitud en la causa (por contraria a la moral y a las buenas costumbres, por lo menos) —y yo creo que la hay—, podrá aplicarse lo dispuesto en el artículo 1306 Cc. (irrepetibilidad de lo ya dado, además de no ser reclamable lo ofrecido o prometido)».

⁹⁷ GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 238. En el mismo sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 79; SIMÓ SEVILLA, «La Medicina moderna de la procreación en el Derecho de Familia y en el Derecho sucesorio», Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995, pág. 22, apunta que la consecuencia de la nulidad del contrato es que «Ninguna de las partes está vinculada jurídicamente a realizar lo pactado».

⁹⁸ GÓMEZ FERRER SAPIÑA, «Aspectos negociales en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, págs. 297 y ss.

del artículo 10.1 de la Ley de Reproducción Asistida, ningún centro autorizado participe en pactos de maternidad subrogada, pero la LTRA no contempla como falta grave o muy grave (art. 20) el incumplimiento de lo preceptuado en el ya citado artículo 10.1. Hubiera sido, quizá, conveniente establecer algún tipo de medida sancionadora para los centros autorizados que participen en este tipo de pactos ilegales»⁹⁹.

En esta misma línea se expresa BUSTOS PUECHE: «Si repasamos el artículo 20 de la ley, que es el destinado a tipificar las infracciones en materia genética, veremos que no se contempla como infracción no ya la celebración del convenio, sino tampoco la actuación profesional precedente o subsiguiente, bien de agentes mediadores entre las futuras partes contractuales, bien de médicos o sanitarios que pudieran participar en la operación. Podría justificarse —como hace la legislación alemana, por ejemplo— la decisión de no castigar a los propios interesados. De ninguna manera, la de no castigar a quienes son profesionales con motivaciones de hacer lucro o granjería del deseo incontenido de aquéllos. Pero, claro, para castigar, primero hay que estar convencido de que la conducta por la que se va a castigar es reprochable. Porque si la ley especial hubiera introducido alguna sanción, al menos podría afirmarse que había aportado algo nuevo: no en el aspecto sustantivo, pero sí en el sancionador. En conclusión, como anunciaba, el artículo 10 es perfectamente superfluo e inútil. La ley 35/88 no dice absolutamente nada que no pudiera extraerse ya de la legalidad vigente, acerca de la técnica conocida como embarazo de sustitución»¹⁰⁰.

1.2.2. Incorporación al Código Penal de 1995

Esto era cierto, pero el nuevo Código Penal de 1995 contiene preceptos mediante los que se puede sancionar a quienes intervengan en la realización de la maternidad de sustitución, así por ejemplo los artículos 220 y 221 de dicho Código Penal¹⁰¹. Según VIDAL MARTÍNEZ y BENÍTEZ

⁹⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 142.

¹⁰⁰ BUSTOS PUECHE, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996, págs. 186-187.

¹⁰¹ Artículo 220 del Código Penal: 1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.

2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.

3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.

ORTÚZAR¹⁰², estos artículos son aplicables a los convenios de maternidad de sustitución. Ahora bien «Sólo cuando además las conductas de la mujer que contrata y la contratada suponen la realización de las conductas descritas en el [...] Código Penal, diremos que en el Estado español la maternidad subrogada tiene efectos jurídicopenales»¹⁰³.

La mayoría de los países sancionan como delito la entrega de dinero o de otra clase de bienes materiales por la adopción de menores de edad. En este sentido en «el caso "Doe versus Kelly", un Tribunal de Michigan se negó a ordenar el cumplimiento de la prestación pecuniaria en favor de la madre portadora en compensación de sus servicios, con excepción de los estrictos gastos en que incurrió por ello, sin hacer referencia alguna a la validez del contrato. Se basaba tal resolución en que la Ley prohíbe pagar dinero a cambio de la entrega de un menor para la adopción»¹⁰⁴.

4. *Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados, además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieran sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.*

5. *Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año.*

Con el artículo 220 se pretende evitar la alteración del estado civil de una persona derivado de la filiación. *Vide* bibliografía más amplia en BENÍTEZ ORTÚZAR, «Delitos relativos a la reproducción asistida» en VIDAL MARTÍNEZ (coordinador), BENÍTEZ ORTÚZAR y VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 171, nota 46.

BENÍTEZ ORTÚZAR afirma en la pág. 167 que «cualquier relevancia jurídico-penal, partirá de la violación de las reglas jurídico civiles para "falsear" la filiación del así nacido».

Artículo 221 del Código Penal: 1. *Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.*

2. *Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.*

Este artículo permitiría sancionar —manifiesta VIDAL MARTÍNEZ en VIDAL MARTÍNEZ (coordinador), BENÍTEZ ORTÚZAR y VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 123— a «los Centros que en connivencia con las personas implicadas en estos convenios colaboren a su ejecución. Con más razón cabría aplicar estas sanciones a las personas o agencias que se lucren con la mediación en los citados convenios, mediación que podría, a nuestro juicio, en algún caso, constituir un delito penal a la vista de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 221 del correspondiente Código». *Vide* también en esta misma obra colectiva, BENÍTEZ ORTÚZAR, «Delitos relativos a la reproducción asistida», págs. 175 y ss.

¹⁰² *Vide* BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, pág. 166 y ss.

¹⁰³ *Vide* BENÍTEZ ORTÚZAR *op. cit.*, pág. 177.

¹⁰⁴ *Vide* algunas referencias a la situación actual de la maternidad subrogada en otros países en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, MASSIGOGUE BENEGHIU, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid 1994, pág. 39.

1.3. Determinación de la maternidad del hijo ya nacido

Como es sabido, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988 trata de igual manera a la gestante, aporte óvulo o no. Sanciona con la nulidad el contrato realizado y atribuye la maternidad a la mujer que gestó.

Hay quien manifiesta claramente que el artículo 10 de la LTRA de 22 de noviembre de 1988 es coherente con nuestro ordenamiento jurídico. Así, BLASCO GASCÓ afirma: «En este artículo, por tanto, no hay especialidad alguna y sí una reafirmación de las reglas generales para un supuesto concreto y real»¹⁰⁵.

Advierte GARCÍA CANTERO que «optar por la “madre gestante” abre un sinfín de problemas no resueltos por la escasa normativa legal»¹⁰⁶. Lo califica de «demasiado lacónico»¹⁰⁷.

Aplicando la regulación de la LTRA a estos supuestos, según la gestante aporte o no óvulos se ofrecen distintas soluciones:

— Si la madre gestante y genética coinciden, la maternidad se determina por el parto y la filiación es inimpugnable.

— Si la madre gestante y genética son distintas (porque existió donación de óvulos o contrato de maternidad de sustitución), la maternidad queda determinada por el parto y no cabe impugnación. Respecto a la existencia de donación de óvulos, advierte Díez PICAZO que ninguna norma concreta prohíbe las acciones de impugnación. Se hace eco de que en el caso de que exista maternidad de sustitución, «algún sector de la doctrina considera posible que la madre sustituta o gestante pueda impugnar la maternidad y que también pueda llevar a cabo esta misma impugnación el hijo, reclamando después o al mismo tiempo la maternidad de la madre genética»¹⁰⁸.

¹⁰⁵ BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1997), pág. 314.

¹⁰⁶ GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), pág. 239. En este sentido GARCÍA CANTERO, «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de Familia» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Doctor José Luis LACRUZ BERDEJO*, J.M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1993, pág. 352 propugna la prohibición del denominado “alquiler de útero”, «por poner en discusión el concepto unitario de maternidad y el carácter personal del acto procreador».

¹⁰⁷ GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, pág. 237.

¹⁰⁸ Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. v. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. 1997, pág. 286 y Díez PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, v. II (Madrid, Tecnos, 1995), págs. 584-585.

En definitiva, la maternidad se determinará por el parto, según las reglas generales del Código Civil, en defecto de regla específica en la LTRA, una vez declarado nulo el contrato de maternidad subrogada.

1.4. Problemas de determinación de la paternidad

El artículo 10.3 de la LTRA, según el cual *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales* plantea problemas de interpretación.

Caben dos posibilidades:

1.^a) Entendiendo que se refiere a las reglas generales de la LTRA, ha de distinguirse:

a) Si el gameto masculino procede del marido, se permite la acción de reclamación de paternidad.

b) Si el gameto masculino proviene de donante, se prohíbe dicha acción de reclamación de paternidad, respecto del donante, ya que la identidad de éste no se relaciona con la filiación (artículo 8.3 LTRA)¹⁰⁹. El comitente podría reclamar la paternidad con fundamento, en su caso, en el escrito de consentimiento a procreación heteróloga en mujer determinada con las matizaciones señaladas en el capítulo I¹¹⁰.

2.^a) Considerando que se refiere al Código Civil, es posible interponer una acción de reclamación de paternidad contra el donante. Parece que puede reclamar la paternidad el donante de semen y que se le puede reclamar la paternidad si es conocido.

De estas dos interpretaciones, parece más adecuada la primera en cuanto es más específica, y más acorde con el espíritu de la ley. Por ello, entiendo que cabe dicha acción de reclamación de paternidad por parte del comitente cuando éste aportó gameto masculino, y en el supuesto de aportación de donante, con fundamento, en su caso en el escrito de consentimiento a las técnicas.

¹⁰⁹ Vide las diversas interpretaciones de este precepto en el capítulo dedicado a la paternidad.

¹¹⁰ Adviértase que entrañará dificultades debido a que se trata de un supuesto en que el varón consentiría, en su caso, la procreación heteróloga en mujer que no es su cónyuge ni conviviente, sino otra mujer distinta —que únicamente pretendía ser gestante—, ya que la LTRA no ampara la maternidad subrogada.

Desde el punto de vista de determinación de la paternidad, se distingue:

i) Si la mujer que gesta es casada, en principio se atribuye la paternidad a su marido por la presunción del artículo 116 del Código Civil. Ante esta situación:

— El marido de la gestante (que no aportó el gameto masculino) puede impugnar la paternidad¹¹¹. En sentido contrario, RAMÍREZ NAVALÓN considera que «si el marido consiente en la inseminación de su esposa está actuando como si reconociera al hijo, y, por ello, no podría impugnar su paternidad»¹¹². No encuentro razón para ello. Parece excesivo este efecto si se tiene en cuenta que consintió la inseminación de su esposa para maternidad de sustitución, es decir no asumió la paternidad y se le atribuye el efecto contrario. Considero que el marido de la gestante podría impugnar, y simplemente el consentimiento no tendría efecto. Añade RAMÍREZ NAVALÓN que «si el marido no dio tal consentimiento, entonces sí que podría impugnar la filiación paterna (artículo 136). En este caso la filiación quedaría determinada del siguiente modo: —Extramatrimonial: madre, mujer inseminada; padre biológico, donante de esperma»¹¹³. Entiendo que el marido de la gestante podrá impugnar la paternidad, independientemente de que diese o no su consentimiento para la gestación por sustitución de su mujer, ya que en ningún caso existe ni aportación de gametos ni voluntad de asumir la paternidad por el varón. Ciertamente, ha de tenerse en cuenta que si nadie impugna la paternidad del nacido, le corresponderá al marido de la madre por la presunción del artículo 116 del Código Civil.

— El varón que consintió la fecundación artificial para ser padre con o sin aportación de gametos puede reclamar la paternidad¹¹⁴.

¹¹¹ RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 166.

¹¹² RAMÍREZ NAVALÓN, «Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas», *Revista General del Derecho*, 1987, pág. 6565.

¹¹³ RAMÍREZ NAVALÓN, *op. et loc. cit.*

¹¹⁴ *Vide* RIVERO HERNÁNDEZ, *op. et loc. ult. cit.* Como indica en RIVERO HERNÁNDEZ, «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: Francisco Lledó y Yagüe), Marzo 1994, pág. 303, si consta la paternidad deberá interponer una acción mixta de impugnación-reclamación, prevista en el artículo 134.1 del Código Civil. Lo característico de esta acción es los denominados «elementos objetivos de la acción»:

¿Qué tiene que demostrar? La paternidad del demandante.

¿Cómo? Probando que aportó material genético y voluntad o consentimiento para la inseminación artificial.

— El hijo podría impugnar la filiación paterna matrimonial (artículo 136) y reclamar la filiación biológica extramatrimonial (artículo 133)¹¹⁵.

ii) Si la mujer gestante no es casada, la paternidad se determinará por reconocimiento, expediente registral (artículo 120) o acción de reclamación de filiación (artículo 133). Sería filiación no matrimonial de la mujer soltera gestante y del hombre casado aportante de gametos.

2. ARTÍCULO 8 DE LA LTRA

Son aplicables a la maternidad, en cuanto determinación de la filiación los siguientes preceptos, que se comentarán detalladamente en sede de paternidad: Artículo 8-1.º y 3.º de la LTRA.

1. Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.

3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación.

En este sentido, PEÑA se refiere a los casos de maternidad con contribución de donante de óvulo (o de embrión ajeno).

Apunta: «Es hipótesis distinta de la de gestación de sustitución o por encargo. La gestación se produce también con óvulo ajeno o con embrión formado de óvulo ajeno. Pero a diferencia de la gestación de sustitución o por encargo, en estos otros casos de fecundación de la mujer con contribución de donante de óvulo (o la implantación en la mujer de embrión donado) provocará una gestación para que la maternidad corresponda a la gestante. Ocurre, sin embargo, también que, aunque gesta y pare la que biológicamente no es madre, en estos

RIVERO HERNÁNDEZ considera que deberá triunfar tanto la acción de reclamación (cuando no exista otra paternidad ya determinada), como la acción mixta de impugnación-reclamación y tal pronunciamiento se trasladará al Registro Civil para su inscripción.

¹¹⁵ RAMÍREZ NAVALÓN, «Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas», *Revista General del Derecho*, 1987, pág. 6565.

otros casos —y con mayor razón— madre también es la que gesta y pare»¹¹⁶.

En este mismo sentido BERCOVITZ afirma: «la maternidad se basa en la verdad biológica (y no en la genética). [...] el título de atribución de la maternidad corresponde a la mujer que dio a luz (no a la que aportó el óvulo)»¹¹⁷.

Según se ha señalado, la maternidad se determina por el parto. Por ello, madre será la gestante, ya que la aportación de gameto no es dato relevante para excluir ni para determinar la filiación materna. Hay, pues también relación biológica.

3. ARTÍCULO 7 DE LA LTRA

En principio, conviene recordar que el artículo 7 LTRA remite a las reglas generales salvo que la LTRA establezca otras normas. Así, dicho artículo establece: *La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo*¹¹⁸.

¹¹⁶ *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. IV, v. 3.º, págs. 92-93.

¹¹⁷ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «La filiación inducida y las clasificaciones legales.», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág. 121.

¹¹⁸ En este sentido PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. IV, v. 3.º, págs. 91-93, comentando el artículo 47 LRC, afirmaba: «Como, según el artículo 7.º de la citada Ley 35/1988, la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará, en general por la normas vigentes, tendrá también aplicación en este tipo de filiación materna el sistema de títulos de determinación legal previsto para los hijos habidos por los métodos ordinarios (en que la generación, gestación y partos son imputables a una sola mujer). Por tanto, también será título de determinación legal de la filiación materna de los nacidos por gestación de sustitución el que conste la mujer que el parto determina como madre en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo de acuerdo con lo dispuesto en la LRC. Rige, pues, el régimen ordinario sin que esté prevista ninguna especialidad por el hecho de que la mujer que gesta con óvulo o embrión ajeno esté casada y de que, entonces, el marido, que ordinariamente no será el padre biológico, habrá de aparecer de momento como el padre legal (cfr. comentario al artículo 48 L.R.C.). Ordena también el artículo 7.2 de la citada Ley 35/1988 que “en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará el carácter de la generación” (lo cual no parece que deba ser obstáculo para la constancia, en su día, de la filiación paterna —la biológica— que determine una sentencia).

Este tipo de determinación legal de la filiación materna ¿se aplica en el Registro Civil español cualquiera que sea la ley personal del hijo? No creo que deba estimarse la solución española —tan discutible (cfr. nota 3)— como exigencia del orden público español (cfr. art. 12.3 C.c.). Parece, pues, que debe darse preferencia a las soluciones que resulten de la respectiva ley extranjera aplicable (cfr. art. 9.1 y 4 C.c.).»

Las normas vigentes sobre filiación, y en concreto sobre maternidad son las establecidas por el Código Civil en los artículos 108 y siguientes ¹¹⁹.

En cuanto a la inscripción del nacido, en principio se seguían las reglas generales ¹²⁰, es decir los artículos 47 de la LRC ¹²¹ y 181 RRC.

Respecto a la maternidad, el artículo 167 *in fine* del RRC establecía: *El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad* ¹²².

¹¹⁹ Por todos, GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.^o (10.^a ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), págs. 78 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.^o (3.^a ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989), págs. 25 y ss.

¹²⁰ Han de tenerse en cuenta también los artículos 43 y 44 de la LRC.

Según el artículo 43 LRC: *Están obligados a promover la inscripción por la declaración correspondiente:*

- 1.^o El padre.
- 2.^o La madre.
- 3.^o El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de verificarse.
- 4.^o El jefe del establecimiento o el cabeza de familia de la casa en que el nacimiento haya tenido lugar.

- 5.^o Respecto a los recién nacidos abandonados, la persona que los haya recogido.

Al parte o comprobación reglamentaria se refiere el artículo 44 de la LRC, que establece: *Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, en todo caso el médico, comadrona o ayudante técnico sanitario que asista al nacimiento estará obligado a dar inmediatamente parte escrito del mismo al encargado del Registro. En defecto del parte, el encargado, antes de inscribir, deberá comprobar el hecho por medio del médico del Registro Civil o por cualquier otro procedimiento reglamentario.*

¹²¹ El artículo 47 de la LRC establecía:

En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria.

No constando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos.

La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figura como madre, formalizado ante el encargado del Registro, el cual lo inscribirá marginalmente. Este desconocimiento no podrá efectuarse transcurridos quince días de aquella notificación. La supresión de la mención será notificada del mismo modo al inscrito o, si hubiere fallecido, a sus herederos; en su caso, si el representante legal inscrito no fuere conocido, esta notificación se hará al Ministerio Fiscal.

¹²² Antes de la STS 776/99, parecía por tanto que era posible que no constase el nombre de la madre. A ello se unía el posible desconocimiento de la madre, regulado en los apartados 2.^o y 3.^o del artículo 47 de la LRC.

La consecuencia, en estos casos, bien porque la madre se oponía inicialmente a que constasen sus datos, o bien por un posterior desconocimiento, es que el nacido no podría conocer la identidad de los padres biológicos.

Sin embargo, esta regulación se veía limitada por el derecho del hijo, que posteriormente fue adoptado, a conocer sus orígenes. Cfr. la Resolución de la DGRN de 6 de julio de 1994 (BIMI n.º 1721, de 5 de octubre).

Actualmente la Sentencia 776/99 de 21 de septiembre del T.S., declara derogadas por inconstitucionalidad sobrevenida, las normas legales que permitían a las madres ocultar su identidad en el Registro Civil (artículos 47 LRC y 167 RRC): La existencia de hijos de madre desconocida ha sido considerada contraria a los principios constitucionales de igualdad, libre investigación de la paternidad y dignidad de hijos y madres¹²³.

Antes de dicha Sentencia, se discutía en la doctrina la vigencia del artículo 47 LRC, en sus apartados 2.º y 3.º. Según RIVERO HERNÁNDEZ se debían entender tácitamente derogados por incompatibles con el artículo 1 del Convenio n.º 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil, relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, firmado en Bruselas el 12 de septiembre de 1962. El Instrumento de adhesión de España es de 27 de enero de 1984. Se publicó en el BOE n.º 92, de 17 de abril de 1984, y desde este momento es Derecho vigente en España. El artículo 1 de dicho Convenio establece: *Cuando una persona es designada en la inscripción de nacimiento de un hijo no matrimonial como madre de éste, la filiación materna quedará determinada por tal designación. Sin embargo, esta filiación podrá ser impugnada*¹²⁴.

¹²³ Hay que recordar que el pronunciamiento del T.C. resolviendo el recurso planteado contra la LTRA ha sido de signo muy distinto en el siguiente sentido: Los recurrentes consideraban que el anonimato de los donantes (artículo 5 LTRA) era inconstitucional ya que impedía la investigación de la paternidad. El Tribunal declaró la constitucionalidad de este precepto. Parece que, aun existiendo diferencias, es precisa una cierta coordinación entre ambos supuestos: el de los nacidos por procreación natural (en el que se impide el parto anónimo) y el de los nacidos de técnicas de reproducción asistida (en el que se permite el anonimato del donante).

Cabe cuestionar estas soluciones diversas. Aun siendo supuestos distintos, entiendo que el derecho del nacido a conocer ambos progenitores (varón y mujer), debería resolverse en el mismo sentido (positivo o negativo), independientemente de su concepción natural o artificial. Considero que el derecho a conocer los orígenes se fundamenta en el libre desarrollo de la personalidad, en la dignidad de la persona, según expreso en el capítulo dedicado al anonimato.

¹²⁴ Comentando este precepto dentro del ordenamiento jurídico español, RIVERO HERNÁNDEZ, «*¿Mater semper certa est?* Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español», *ADC*, 1997-1, pág. 61, afirma: «Tanto en el Convenio de Bruselas de 1962 como en el Ordenamiento español (art. 139 CC) cabe la impugnación (judicial) de la maternidad determinada legalmente en la inscripción de nacimiento con expresión de la identidad de la madre. Es una impugnación normal y razonable, como otras impugnaciones de la filiación cuyo objeto es la demostración en un proceso y con las garantías pertinentes para los interesados de que la filiación formal impugnada no coincide con la real. Mas eso es distinto de lo que permite el artículo 47 LRC, mera negación voluntaria, arbitraria, sin sujeción a razón ni hecho ni prueba alguna, de la maternidad, formulada por la madre. Ello está en oposición con esa otra ley española, posterior a la registral, que es hoy el Convenio de Bruselas de referencia; y tal oposición, de fondo y en su formulación legal, e incompatibilidad efectiva de ambas normas, comporta la derogación tácita de la más antigua y su inaplicabilidad actual.»

Este desconocimiento se concedía a la madre no casada y se negaba a la madre casada. Por ello parecía contrario al principio de igualdad de filiaciones, establecido por el artículo 14 de la Constitución. Las interpretaciones doctrinales fueron diversas:

a) Unos proponían que la posibilidad de desconocer se extendía también a la mujer casada ¹²⁵.

b) Otros consideraban que la norma del artículo 47-2.º y 3.º era inconstitucional ¹²⁶. Por ello no se debe admitir que no conste la identidad de la madre en el acta de nacimiento, independientemente de que la madre esté casada o no. Ciertamente, en la práctica se hacía constar al nacido como hijo de madre desconocida, en lugar de inscribir el nombre de la madre, para así facilitar las adopciones y proteger el derecho de intimidad de la madre, ya que se podía producir una publicidad irregular de este hecho debido a que la adopción se hace constar como nota marginal de la inscripción de nacimiento ¹²⁷.

RIVERO HERNÁNDEZ proponía una «modificación profunda del régimen de determinación de la filiación materna, que hoy es, por el incomprensible mantenimiento de la legislación del Registro Civil de 1957/1958,

¹²⁵ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, t. III, v. 1.º, en los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Albaladejo, artículos 108 a 141, Madrid, 1984, pág. 202; Díez DEL CORRAL, «La inscripción de la filiación en el Registro Civil», *RDN*, 1984, pág. 17.

¹²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, «*Mater semper certa est?* Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español», *ADC*, 1997-I, afirma en la pág. 63; «Esa discriminación, —que insisto, supone un trato desigual injustificado por no ser razonable (STC 34/1981, de 10 de noviembre)— es contraria a la Constitución (art. 14), con lo que la norma discriminatoria, en este caso el artículo 47-2.º y 3.º LRC, ha de considerarse inconstitucional e inaplicable por derogada por la Constitución.[...] nuestro vigente Ordenamiento sustantivo (Constitución, CC), que propicia la veracidad en materia de filiación, la adecuación de la situación formal a la biológica en cuanto sea posible (no en términos absolutos, ya sé) y establece como principio eminente el de la libre investigación y determinación de la filiación.

Con este principio general informante —cuya vigencia apenas es discutible—, me parece muy difícil pretender salvar el artículo 47 LRC permitiendo a la madre casada privar de su filiación materna al hijo matrimonial y obligar a éste a reclamarla judicialmente. Tal solución parece, cuando menos, contraria a nuestro actual régimen jurídico de la filiación. Es mucho más fácil, amén de razonable y justa, la solución contraria para evitar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada: negar a la madre no casada la facultad de desconocer y suprimir su identidad del acta de nacimiento. Y es más beneficiosa para el hijo no matrimonial: no se olvide que el *favor filii* es principio subyacente a todo nuestro sistema de filiación, como el interés del menor inunda ya todo nuestro Ordenamiento jurídico». En el mismo sentido *vide* PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, en los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Albaladejo, t. IV, v. 3.º, pág. 106.

¹²⁷ En este sentido, *vide* la Instrucción de 15 de febrero de 1999, de la Dirección General de Registros y del Notariado, relativa a la constancia registral de la adopción en el Registro Civil (BOE N.º 52 de 2 de marzo, pág. 1315).

formalmente incongruente, anacrónica socialmente y en no pocos puntos inconstitucional, amén de injusta para ciertas madres y algunos hijos»¹²⁸.

La discusión es, con todo, ociosa, puesto que los artículos 47 LRC y 167 RRC han sido derogados por la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Todo ello resulta coherente con el especial régimen de las acciones de impugnación de la maternidad, cuyos límites son adecuados para que el nacido pueda conocer su filiación materna, así como investigar su paternidad. Según el artículo 139: *La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo*. Cuando la filiación materna se determina por el reconocimiento, la impugnación del mismo se limita a los supuestos de error, violencia o intimidación al reconocer su maternidad respecto del hijo.

Se distingue:

a) La acción de impugnación de la filiación materna matrimonial corresponde a la madre, no pudiéndose ejercitar por el marido ni tampoco por el hijo, según el artículo 139 en relación con los artículos 136 y 137 del Código Civil. La justificación de esta norma se encuentra en que precisamente la filiación matrimonial se construye sobre la maternidad de la mujer casada y por ello este dato no debe impugnarse más que por la madre y en los limitados supuestos que hemos examinado. Los plazos de caducidad para el ejercicio de esta acción serán los establecidos en el artículo 140 para la filiación materna y paterna no matrimonial.

b) La acción de impugnación de la filiación materna no matrimonial corresponde a la madre, al hijo, a aquéllos a quienes perjudique o a los que puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos, en los supuestos y plazos previstos en el artículo 140 del Código Civil.

Así pues, nuestra regulación considera madre jurídica a la gestante. Me parece que es coherente con el régimen establecido por el Código Civil (aun cuando se diere por supuesto que una misma mujer aportaba el óvulo y gestaba) y con la LTRA, en cuanto que según el artículo 8.3 en ningún caso se determinará la paternidad respecto del donante.

¹²⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, «*¿Mater semper certa est?* Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español», *ADC*, 1997-I, pág. 82.

IV. JURISPRUDENCIA EN ESPAÑA

En principio, he de decir que no he tenido acceso directo a sentencias que resuelvan supuestos de maternidad de sustitución.

Ahora bien, he encontrado algunas referencias. Así, por ejemplo, en las monografías escritas por ÁLVAREZ¹²⁹ y MARTÍNEZ-PEREDA y MASSIGOGÉ¹³⁰.

ÁLVAREZ, en su libro (no específicamente jurídico), afirma sobre este tema: «En España, un tribunal de Valencia se enfrentó en 1992 al primer caso conocido de madre de alquiler. Una pareja de madrileños con problemas de infertilidad y que rondaba la cuarentena pactó con una joven embarazada la entrega de su bebé en cuanto éste naciera. El parto fue prematuro y el bajo peso de la criatura obligó a los supuestos padres a trasladarla al Hospital La Fe, en donde pusieron en duda la filiación. Alertada la policía, se descubrió que en el asunto habían intervenido no sólo la pareja y la madre, sino también un médico y una intermediaria.»¹³¹

Asimismo dan noticia de este asunto MARTÍNEZ-PEREDA y MASSIGOGÉ en los siguientes términos: «Un Tribunal de Valencia juzga el primer caso de una «madre de alquiler» descubierto en España»¹³².

¹²⁹ ÁLVAREZ, MAYDA, *Combatir la infertilidad. Los caminos alternativos de la fecundación*, Aguilar, Madrid, 1996, pág. 117.

¹³⁰ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, MASSIGOGÉ BENEGIU, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid 1994, pág. 160.

¹³¹ ÁLVAREZ, MAYDA, *Combatir la infertilidad. Los caminos alternativos de la fecundación*, Aguilar, Madrid, 1996, pág. 117.

¹³² MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, MASSIGOGÉ BENEGIU, *op. cit.*, págs. 160-161, afirman: «Un Tribunal de Valencia juzga el primer caso de una "madre de alquiler" descubierto en España».

Un matrimonio cuarentón había alquilado a una joven embarazada para que les entregara la criatura tras el parto y el bebé sería inscrito como hijo biológico del matrimonio. El niño nació prematuro en la Clínica Virgen del Consuelo de Valencia, el 3 de junio de 1991, quedando ingresada en dicho centro la madre biológica. Debido a los problemas de peso que presentaba el recién nacido se aconsejó su traslado a La Fe, en cuyo hospital los médicos sospecharon de un matrimonio, ya mayor, que reclamaba el niño y mientras ello ocurría la madre de la criatura se fugó de la clínica en que se hallaba internada y nadie desde entonces la ha vuelto a ver y al parecer tan solo se conoce su extrema juventud y su pertenencia a la etnia gitana. En La Fe dieron parte los médicos a la policía y así pudo descubrirse toda la trama. Rafaela V., una mujer de Madrid, conoció a la muchacha desaparecida en los primeros meses de 1991, cuando ésta se encontraba ya en período de embarazo. La joven manifestó su deseo de "desprenderse de la criatura tan pronto como hubiera nacido". Rafaela V. puso en contacto a la joven gestante con su hermanastro, J., y con la mujer de éste, María del Carmen M., quienes no podían tener hijos. Entre todos se acordó que el parto tendría lugar en una clínica privada, por lo que decidieron desplazarse a Valencia, inscribiéndose en dicha clínica la joven con el nombre de María del Carmen. El médico certificó, sin comprobación

Por los datos de que disponemos no hubo pacto previo a la gestación ¹³³, sino que una vez producido el embarazo, una pareja pretendió aparentar que el nacido era hijo suyo. Esto me conduce a pensar que más bien es un supuesto de suposición de parto, delito del que existen numerosas sentencias en nuestros Tribunales en las Secciones de lo Penal, a las que me remito ¹³⁴.

Del mismo modo, recientemente en la Sentencia 776/99 del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre, se niega a la madre la posibilidad de ocultar su nombre, atendiendo al derecho del nacido —constitucionalmente reconocido— a conocer su origen. Se pretende evitar la práctica de algunos hospitales que en los casos de niños que iban a ser entregados para adopción, no se hacía constar el nombre de la madre. Se trataba como «hijo de madre desconocida», en vez de tramitarlo con el nombre de la madre, por el correspondiente procedimiento registral.

V. SITUACIÓN REAL EN LA PRÁCTICA

Aun cuando la LTRA prohíbe la realización de estas prácticas, lo cierto es que algunos Centros, como por ejemplo el IVI (Instituto Valenciano de Infertilidad) facilita los contactos con agencias americanas que

alguna, que la madre que dio a luz se llamaba así y tal certificado sirvió para que el niño fuera inscrito como hijo del matrimonio. La Audiencia de Valencia juzgará por el delito de suposición de parto al matrimonio, que niega haber realizado pago alguno a la madre biológica y gestante, así como a la intermediaria y al médico. Para éste, el Ministerio Fiscal solicita dos años, al paso que para cada uno de los otros coacusados tan solo un año de prisión, por estimar una falsedad en la certificación para el asiento registral. El galeno explicaba, el 4 de enero al corresponsal de *El País*, que la paciente le exhibió un carné a nombre de María del Carmen M. y que él no es “policia para comprobarlo” (*El País*, de 5 de enero de 1994, pág. 25). Una vez más lo decimos. Se trata siempre, siempre, salvo los excepcionales casos de madre e hija o de dos hermanas, de una clara explotación de la mujer más pobre por otra más poderosa económicamente y que consiste en atribuirle el papel de madre temporalmente, tan solo durante la molesta gestación y el doloroso parto, para luego arrebatárselo, de forma definitiva, con el aprovechamiento de la necesidad extrema, el hijo gestado en sus entrañas»

¹³³ Vide al respecto el concepto de maternidad de sustitución o más bien madre sustituta, recogido por VIDAL MARTÍNEZ, en que parece que es necesario el pacto previo entre comitentes y madre subrogada para que exista maternidad de sustitución. Cfr. VIDAL MARTÍNEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español*, Universidad de Valencia, Editorial Civitas, S. A., Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pág. 180.

¹³⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, en VIDAL MARTÍNEZ (coordinador), BENÍTEZ ORTÚZAR y VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998, págs. 153 y ss. Vide también del mismo autor, *Aspectos jurídico penales de la manipulación genética y la reproducción asistida humana*, Madrid, 1997.

permiten la utilización de la maternidad de sustitución por parejas españolas.

En concreto el Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI) ofrece los medios necesarios (médicos y contactos con clínicas americanas) a la pareja española para que sus gametos puedan ser gestados por una mujer americana. La mujer española y la americana comienzan los tratamientos en sus respectivos países. En el momento adecuado el matrimonio español viaja a Estados Unidos para aportar sus gametos. Una vez realizada la fecundación *in vitro* se implantan el o los embriones en la madre de alquiler. Vuelven a España. En el momento que termina la gestación el matrimonio español viaja a Estados Unidos y finalmente regresa con su o sus hijos ¹³⁵.

De este modo, algunas parejas españolas acceden a la maternidad a través de un detallado contrato de maternidad de sustitución con una mujer americana. Considero que se trata de un supuesto de fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil), fraude que hasta el momento no nos consta que haya sido denunciado, ni es previsible que lo sea, atendiendo a los complejos trámites judiciales que ello comportaría. Únicamente podría pensarse —remotamente— en el interés de alguna asociación que defendiese la determinación de la maternidad por el parto.

Si se declarase la existencia de fraude de ley, la consecuencia sería la aplicación de las normas que se han tratado de eludir:

- a) La maternidad se determina por el parto.
- b) En principio, padre sería el biológico, o quien consiente la realización de las técnicas en mujer determinada.

Es posible que este fraude no sea denunciado y se consiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico, ya que en España se declaran nulos los contrato de maternidad de sustitución y, sin embargo, puede obtenerse el resultado pretendido por dichos contratos, mediante la utilización de las denominadas leyes de cobertura. Ahora bien, advierto que después de pactarse la maternidad de sustitución es posible que la gestante decida no cumplir el contrato y se quede con su hijo. En este supuesto, la madre comitente habrá entregado una cierta suma de dinero, y no es seguro que pueda recuperarla ni que llegue a determinarse legalmente su maternidad. A ello ha de añadirse la complejidad y coste

¹³⁵ Noticia publicada en el Diario *El País* de 3 de noviembre de 1997.

de los correspondientes trámites judiciales dirigidos a conseguir el cumplimiento del contrato (según la legislación del país extranjero en que se haya realizado, ya que en España, como es sabido es un contrato nulo, con las conocidas consecuencias). Probablemente estos riesgos disuadan a quienes pretendan utilizar estas técnicas y opten por la adopción, institución inspirada en el interés del menor.

Finalmente, considero que el descubrimiento de casos de suposición de parto es difícil porque el que pretende denunciar se autoinculpa. Quizás se conozcan una vez que el delito ha prescrito.

VI. SUPUESTOS POSIBLES

Según quien aporte los gametos y la gestación, se distinguen los siguientes supuestos:

	DONANTE	VARON COMITENTE	MUJER COMITENTE	GESTANTE
1		Gameto masculino		Gameto femenino/ gestación
2	Gameto masculino			Gameto femenino/ gestación
3		Gameto masculino	Gameto femenino	Gestación
4	Gameto masculino		Gameto femenino	Gestación
5	Gameto masculino y femenino			Gestación
6	Gameto femenino	Gameto masculino		Gestación

Se ha de recordar que madre genética es la que aporta el gameto femenino, madre portadora quien gesta, y madre comitente la que realiza el encargo de la gestación. Además el contrato de maternidad de sustitución es nulo.

Comentando brevemente cada uno de los supuestos, y teniendo en cuenta que, en principio la maternidad se determina por el parto, y la paternidad por la aportación de los gametos masculinos, a salvo de los correspondientes consentimientos legales en los documentos previstos al efecto, según se refiere en el capítulo correspondiente a paternidad, en nuestro Derecho, podría afirmarse:

En el apartado 1, la mujer gestante y aportante de óvulo, es inseminada con gametos del varón comitente. En consecuencia la madre gestante es a su vez, madre genética y el varón comitente es padre biológico. Aplicando el artículo 10 de la LTRA, madre jurídica será la gestante (la gestante, será madre genética, portadora y jurídica) y padre será el varón comitente por el hecho de poder demostrarlo por la correspondiente prueba de paternidad, independientemente de que esté casado o no. Ahora bien, si la madre está soltera bastaría un reconocimiento (que no sería de complacencia, ya que podría justificarlo para caso de impugnación mediante la prueba biológica de paternidad aludida). Si la madre está casada, en principio es padre su marido, por lo que el padre biológico (caso de no ser el marido) debería realizar una impugnación de dicha paternidad para reclamar la suya.

En el apartado 2, la madre portadora aporta además el gameto femenino, y es inseminada con gametos masculinos de donante. Por ello, madre jurídica será la gestante, y padre:

— Si la portadora está casada, en principio, se atribuye la paternidad a su marido (paternidad que podrá impugnar si no la consintió).

— Si la portadora no está casada, cabrá que un varón realice un reconocimiento de complacencia, según se estudia en el capítulo correspondiente a paternidad. Se distinguen los siguientes supuestos:

a) Si la portadora mantiene su maternidad, cabe que el varón comitente u otro reconozcan al nacido. No se facilita en estos casos la adopción a la pareja comitente.

b) Si la portadora da el niño en adopción, ha de matizarse:

a') Si reconoce el padre comitente se facilita la adopción, ya que su mujer podrá adoptar según lo dispuesto en el artículo 176 del Código Civil. Se necesita solamente el consentimiento de la madre legal.

b') Si reconoce un varón distinto del padre comitente, tienen que adoptar el varón y la mujer comitentes. En este caso se necesita el con-

sentimiento de la madre portadora y del varón que realizó el reconocimiento de complacencia, para que los padres comitentes puedan adoptar al nacido. En este supuesto no se aplica el artículo 176.2.2.^a del Código Civil, pues no se adopta al hijo del cónyuge, sino que rigen las reglas generales de la adopción. Por ello será muy difícil que el nacido se entregue a los padres comitentes

En el apartado 3, los comitentes aportan los gametos masculinos y femeninos, y la madre gestante, únicamente la gestación. Es el supuesto más común de maternidad de sustitución. Sin embargo, se debe insistir en su prohibición en España. Por consiguiente, madre será quien gestó, y padre, en principio el aportante de gametos. Obsérvese que, habitualmente no constituyen pareja, pues la finalidad es que la mujer comitente sea madre jurídicamente.

En el apartado 4, el gameto femenino es aportado por la madre comitente, el gameto masculino procede de donante y la gestación se encarga a una madre portadora. Pues bien, jurídicamente madre será la gestante, y la paternidad se atribuirá en principio, si la portadora está casada a su marido, y si no está casada dependerá de un eventual reconocimiento de complacencia del comitente o de otro varón. Obsérvese que si la gestante no abandona al nacido en adopción no es posible que los comitentes adopten al nacido. En cuanto a la paternidad, me remito a lo señalado en el apartado 2.

En el apartado 5, los gametos masculinos y femeninos proceden de donante y la gestación se encarga a una madre portadora. Se asimila a una adopción de embrión. Ahora bien, el Derecho reconoce como madre a la gestante. Por otra parte, la paternidad dependerá de diversos factores, entre ellos la voluntad de la madre.

— Si la madre está casada, una vez nacido el niño, se presume padre el marido de la madre, y si nadie impugna así quedará. Si se impugna, se demostrará que dicho marido no es el padre biológico del nacido. La determinación de la filiación queda, según parece, a voluntad de la madre y del que se presume padre (presunto padre). Los comitentes no podrán impugnar ni reclamar con fundamento en la procedencia biológica de los gametos (pues fueron donados) ni en el contrato de maternidad subrogada, calificado como nulo por nuestro Derecho.

— Si la madre no está casada, la maternidad se determina por el parto. En consecuencia la madre portadora será a su vez madre jurídica, y la paternidad se podría determinar mediante un reconocimiento de complacencia.

En el apartado 6, el varón aporta los gametos masculinos, por lo que podrá demostrar su paternidad. La madre genética es distinta de la gestante, que como es sabido, será la madre jurídica.

Obsérvese que en los casos que únicamente se determina la paternidad o la maternidad, si esta persona contrae matrimonio más adelante, el cónyuge podrá adoptar al nacido, según se prevé en el artículo 176-2 del Código Civil.

He pretendido plantear los supuestos en que puede intervenir una maternidad de sustitución, consciente de que algunos difícilmente se darán en la realidad, al menos, en la española, ya que se prohíbe la maternidad de sustitución, prohibición que actúa como medida disuasoria para quienes pretenden ser padres mediante esta vía.

VII. RECAPITULACIONES

1. En nuestro entorno se rechaza la maternidad de sustitución, ya que se considera que supone una manipulación del cuerpo de la mujer. Sin embargo, es admitida en algunos Estados de Estados Unidos

2. Se acepta mayoritariamente la determinación de la maternidad —tradicionalmente— por el parto, aunque algunos autores matizan:

a) El Código Civil no se planteó opción entre maternidad genética y de gestación, ya que ambas coincidían en todos los casos.

b) Ha de tenerse en cuenta la importancia de la voluntad en estas técnicas y posibilitar que la madre comitente pueda ser madre jurídica.

c) La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 impide que las madres oculten su identidad en la inscripción de los hijos en el Registro Civil. En este sentido declara derogado el artículo 47 LRC por inconstitucionalidad sobrevenida, contraria a los principios constitucionales de igualdad, libre investigación de la paternidad y dignidad de hijos y madres.

3. La regulación jurídica en España se rige por las normas generales del Código Civil, salvo las especialidades de los siguientes artículos:

a) artículo 8.1 (en caso de mujer que recibe donación de óvulo no cabe impugnación de maternidad por esta razón).

Pienso que el Código Civil no se plantea si la maternidad se determinaba por la gestación o por la aportación de gameto, ya que eran inseparables. No obstante, entiendo que la gestación es el dato más relevante jurídicamente para atribuir la maternidad. Es coherente con el planteamiento voluntarista de la LTRA, y con la determinación de paternidad en IAD, ya que será madre o padre, respectivamente, quien consintió la realización de las técnicas.

b) Artículo 10.

En concreto:

- Son nulos los contratos de maternidad de sustitución.
- El padre biológico puede reclamar la paternidad.

En consecuencia, será padre el varón que aportó los gametos (supuesto más habitual), y madre será la gestante. Si los gametos masculinos proceden de donante regirá el anonimato.

Me parece adecuada la regulación, ya que la finalidad es que estas prácticas no se realicen. Ahora bien, el legislador asume que en la realidad se pueden utilizar. Para esos casos establece la nulidad de los pactos, con la consecuencia de inexigibilidad de las obligaciones contraídas. Asumiendo que es posible que los contratantes cumplan voluntariamente, la ley establece que será madre la gestante y la paternidad puede ser reclamada por el padre biológico, quienes no forman pareja entre sí.

Incluso cabe que el padre comitente reconozca y su cónyuge adopte (artículo 176), aunque podrían plantearse problemas con el artículo 175 (no se permite adoptar a un descendiente). Ahora bien, obsérvese que legalmente no lo es. Parece que sería un fraude de ley, regulado por el artículo 6 del Código Civil, que conduciría a la aplicación de las normas generales (padre lo sería el biológico, o quien consintió y madre la gestante). Ciertamente, es posible que exista el fraude y no sea denunciado. Esta solución es coherente con el planteamiento de fondo, pues disuade a quienes pretenden ser padres a través de una maternidad de sustitución.

4. Las referencias jurisprudenciales en España son escasas y no queda suficientemente claro si se trata de maternidad de sustitución o, más bien de suposición de parto, si se exige para que exista maternidad de sustitución que el acuerdo de comitentes y gestante sea previo a la gestación.

5. La doctrina discutió la aceptación de estas técnicas y el criterio de determinación de la maternidad en importantes Congresos para el Derecho español, unos antes de la LTRA (Congreso de Cáceres y Congreso Mundial Vasco), y otros posteriores a la misma (Congreso del Notariado Latino). Mayoritariamente, se rechaza la maternidad de sustitución en todos ellos y se acepta el parto como criterio de determinación de la maternidad, aunque en algunos países se propone que se considere madre jurídica a la comitente.

6. Aun estando prohibida la maternidad de sustitución en España, existen Centros que ponen en contacto a parejas comitentes españolas con mujeres gestantes americanas.

7. El supuesto más habitual de maternidad de sustitución es aquel en el que el varón aporta gametos masculinos. Sin embargo, según se ha señalado, caben otros casos. En todo caso, se aplicarán las reglas del artículo 10 de la LTRA, por lo que madre será quien gestó y padre el que aportó gametos masculinos (o consintió la procreación heteróloga en mujer determinada, con los consiguientes problemas de determinación de la paternidad).

PRIMERA

1. La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida es un vínculo jurídico creado por la Ley tomando como criterio fundamental la prestación del consentimiento legalmente exigido a las personas que han solicitado la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Se trata de un mecanismo legal de imputación de la paternidad al que consiente —y en ocasiones a quien biológicamente es el progenitor, aun cuando no haya prestado consentimiento—. Por ello la determinación de la filiación será distinta de la regulada por el Código Civil. Una vez determinada la filiación los respectivos derechos y deberes de quien ostente la calificación jurídica de padre o madre son los regulados en el Código Civil.

SEGUNDA

1. El Código civil reconocía cierta eficacia a las declaraciones de voluntad relativas a la filiación. Sin embargo, parece que los efectos atribuidos por la LTRA al consentimiento del varón (determina la paternidad, impide la impugnación de la misma) van mucho más allá de lo previsto por el Código civil. Podría afirmarse que el consentimiento es directamente el medio para determinar la paternidad.

2. Durante años se pretendió que la verdad biológica se aproximara a la verdad jurídica en la determinación de la paternidad. Ello se manifiesta en la Ley de 13 de mayo de 1981, entre cuyos principios inspiradores destaca el de veracidad. Con la LTRA de 22 de noviembre de 1988 se sustituye en parte este principio por el de la voluntad. Se distingue el progenitor (que aporta el gameto) del padre (aquel que cumple una función jurídico-social que comprende derechos y deberes). Estos dos conceptos pueden coincidir o no en una misma persona.

3. En procreación asistida homóloga con consentimiento del marido, el nacido será hijo matrimonial, por aplicación de las reglas generales, ya que no existe norma especial en la LTRA. El consentimiento para la realización de las técnicas es distinto del consentimiento para inscribir la filiación. En principio, el nacido será hijo matrimonial, salvo que nazca pasados trescientos días desde la disolución del matrimonio, ya que el artículo 118 del Código Civil no será aplicable (pues se prevé para caso de cónyuges separados).

4. Si el marido no consiente, igualmente el nacido será considerado hijo matrimonial suyo, ya que es un supuesto no regulado expresamente por la LTRA. En consecuencia, se ha de aplicar la regulación del Código Civil, inspirada en el principio de veracidad biológica. Así pues, el marido será padre del nacido en cuanto que aportó los gametos y por aplicación de la presunción de paternidad.

5. La paternidad derivada de IAD con consentimiento del marido es inimpugnable, salvo que existan vicios del consentimiento o que el nacimiento se produjese por causa distinta de la IAD consentida.

6. En el caso de IAD sin consentimiento del marido, en principio el Derecho le atribuye la paternidad al marido por la presunción de paternidad, aun cuando podrá impugnar dicha paternidad por falta de consentimiento a la IAD. Este supuesto ha de ser evitado mediante medidas que potencien la seguridad jurídica. Si se trata de mujer casada que va a utilizar IAD se debería exigir en la práctica que el marido consintiese. En todo caso, este hecho puede ser causa de separación.

TERCERA

1. La LTRA no incluye ningún precepto específico para procreación homóloga con consentimiento del varón (en pareja no casada). Por ello se regulará por las normas del Código Civil, es decir se determinará la paternidad por las reglas del artículo 120 del Código Civil: reconocimiento, expediente gubernativo —en el que el consentimiento a la IAC servirá como escrito indubitado a los efectos del artículo 49 LRC— y sentencia. En todo caso, los profesionales intervinientes han de tratar de evitar que se produzca sin consentimiento del varón.

2. En procreación heteróloga con consentimiento del varón, no se podrá impugnar la paternidad, salvo que el nacimiento no sea consecuencia de la IAD consentida. Para la inscripción, en principio, el consentimiento prestado ante el Centro médico se califica como escrito indubitado para tramitar el expediente gubernativo del artículo 49 LRC. La LTRA posibilita una acción

de reclamación de paternidad en procreación heteróloga con consentimiento del varón. A mi juicio, podrá ejercitar esta acción el hijo respecto del varón que consintió, y no frente al donante. Además podrá reclamar la paternidad el varón que consintió si no se pudo determinar por reconocimiento o expediente (si hubo oposición).

3. En el supuesto de IAD sin consentimiento de varón (en pareja no casada) y en aquellos en que se someta a las técnicas una mujer sola, únicamente será posible la determinación de la paternidad mediante reconocimiento de complacencia. En el primer caso puede suponer engaño para el varón, en el segundo, simplemente no existe posibilidad, en principio, de determinar la paternidad.

4. *De lege ferenda* propongo:

a) Que en el supuesto de intervención de donante, se preste el consentimiento —para someterse a las técnicas y para asumir la paternidad— en documento público ante Notario, con las debidas garantías de confidencialidad.

b) Que el documento de prestación del consentimiento acceda al Registro Civil. Podría constar como nota marginal de la inscripción de nacimiento. Estarían legitimados para solicitar estos datos quienes intervinieron en dicho acto y el hijo cuando llegue a la mayoría de edad.

c) Que el nacido pueda acceder, una vez alcanzada la mayoría de edad, a la Base Central del Registro de Donantes de Gametos y Preembriones —Registro que todavía no se ha creado— para conocer la identidad del donante. Quizás, sea más adecuado, (sencillo) así que pretender que el nombre del donante conste en el Registro Civil, debido a que el derecho a conocer el origen no afectaría al estado civil.

CUARTA

1. La mayoría de las legislaciones (incluida la española en la LTRA) admiten el anonimato del donante. Sin embargo éste es discutido por la doctrina, con fundamento en razones psicológicas, médicas, prácticas y jurídicas. Ahora bien, la Sentencia n.º 116/1999 del Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del mismo.

2. El anonimato del donante es inconstitucional a mi juicio, por ser contrario al artículo 10 de la Constitución, en cuanto afecta a la dignidad humana e impide el libre desarrollo de la personalidad.

3. *De lege ferenda*, propongo una acción propia de investigación del progenitor con fundamento en dicho artículo 10 de la Constitución, y separada de las acciones de filiación —informando de esta posibilidad previamente a los donantes—. Así se podrían atender los derechos del nacido de conocer el origen, sin plantear conflictos respecto a las obligaciones paterno filiales. Otra posibilidad sería facilitar al nacido mediante estas técnicas el acceso al Registro Nacional de Donantes, con determinadas cautelas (intervención de Asistente Social para ponerlos en contacto, entrevista psicológica, exigencia de una determinada edad).

QUINTA

1. La LTRA permite la realización la fecundación *post mortem* en los seis meses siguientes al fallecimiento del varón. *De lege ferenda*, sería deseable que se estableciese un plazo a contar desde la fecha del fallecimiento del varón en el que la mujer no pueda someterse a estas técnicas, que podría ser de un mes.

2. La doctrina discute acerca de la admisibilidad de la fecundación *post mortem*. Aun reconociendo que no es una práctica deseable, no encuentro argumentos constitucionales definitivos para defender su prohibición. El concepto de fecundación *post mortem*, desde un punto de vista estrictamente legal, incluye la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, realizadas posteriormente a la muerte del varón con gametos de éste. Sin embargo, en la práctica se incluye también la transferencia de los embriones preexistentes a su muerte, formados con sus gametos.

3. El consentimiento del varón prestado para que su material reproductor sea utilizado para fecundar a su mujer debe constar en escritura pública o testamento. Parece que igual forma deberá adoptar la revocación. *De lege ferenda* sería deseable que el consentimiento para procreación artificial *post mortem* se prestase únicamente en testamento abierto para facilitar la información mediante la intervención de un Notario y el conocimiento de todos los testamentos a través de la consulta del Registro General de Actos de Última Voluntad.

4. Si se cumplen los requisitos legales, tal generación producirá los mismos efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. Por ello, no es determinante cuál sea el carácter de la filiación, sino que los efectos serán los que correspondan a dicha filiación matrimonial.

5. Si no se cumplen los requisitos legales, no se permitirá su realización (como sucedió en el supuesto resuelto por Auto de la Audiencia Provincial de

La Coruña de 3 de noviembre de 2000). Ahora bien, si se produce el nacimiento, podrá reclamarse la filiación respecto del que fue el marido. De este modo, se obtendrán los mismos efectos que si se hubiesen cumplido tales requisitos. A mi juicio, en principio, parece poco adecuado que se produzcan los mismos efectos cumpliendo o no la ley, pero la solución contraria —no reconocer derechos al nacido— supondría sancionar al hijo por una conducta de los padres, solución vivamente criticada respecto de los limitados derechos reconocidos a los hijos ilegítimos en la regulación anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981. Quizás *de lege ferenda* sea conveniente suprimir el artículo 9.1 LTRA.

SEXTA

1. En nuestro Derecho no se admite la maternidad subrogada. Así, los contratos celebrados con este objeto se sancionan con nulidad. No obstante, si nace un niño como consecuencia de estas prácticas, su filiación se determinará de acuerdo con las reglas generales del Código Civil. En concreto, la maternidad se determinará por el parto, y así deberá constar en la inscripción en el Registro Civil. Además, la STS de 21 de septiembre de 1999 considera derogados, con fundamento en la dignidad del ser nacido y en el derecho a conocer sus orígenes, los artículos 47 LRC y 167 RRC, que permitían el parto anónimo.

2. La STC de 17 de junio de 1999, que admite el anonimato del donante plantea dificultades de coherencia respecto de la STS de 21 de septiembre de 1999, que considera derogados por inconstitucionalidad sobrevenida los artículos que permitían el parto anónimo de la mujer. *De lege ferenda* sería deseable que se reconociese este derecho del nacido a conocer su origen.

Bibliografía consultada

- ABEL, BONE, HARVEY, *La vida humana; origen y desarrollo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid e Instituto Borja de Bioética, Barcelona, 1989.
- Acta general resumen del Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia (redactada por RAMS ALBESA), *Tapia*, Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia de Cáceres, Abril 1988, págs. 73 y ss.
- Actes des Journées d'Études des 5 et 6 décembre 1996, organisées par le Laboratoire d'Études et de Recherches Appliquées au Droit Privé (LERADP) de l'Université de Lille II, *Les filiations par greffe. Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997.
- Actes du Colloque Ethique et Revolution de la Reproduction, Toulouse, Privat/Eshre, 1987.
- Actes du Colloque pluridisciplinaire *Génétique, procréation et droit*, Paris, 1985.
- Actes du colloque «L'Europe et les enfants de la procréatique», tenu à Bruxelles les 30 juin et 1.º juillet 1994, organisé par le Centre des Nouvelles Parentalités, *Des enfants comme les autres? La santé, le droit et le bien être des enfants nés de l'assistance médicale à la procréation*, John Libbey Eurotext-Éditions Luc Pire, Paris 1996.
- AGALLOPOULOU, «Biomédecine, Famille et Droits de l'Homme selon le Droit Hellénique», Congrès International de l'Association Internationale de Droit de la Famille: Biomédecine, Famille et Droits de l'Homme, Oxford, UK, 27-30 août 1999.
- ALAGNA, «Biogenetica e bioingegneria: Spunti giuridici per una fenomenologia emergente», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 921 y ss.
- ALBACAR LÓPEZ, «Aspectos jurídicos de la manipulación genética: inseminación artificial», *La Ley*, 1985-4, págs. 1051 y ss.
- ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. IV (6.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S. A., 1994), págs. 272 y ss.
- ALONSO PÉREZ, «Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el Derecho civil de España», *ADC*, 1983, págs. 1117 y ss.
- ALPA, «La procreazione artificiale tra etica e diritto», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 941 y ss.
- ÁLVAREZ, *Combatir la infertilidad. Los caminos alternativos de la fecundación*, Aguilar, Madrid, 1996.

- ALVIRA, «El reto ético de la sociedad tecnológica», *Revista Persona y Derecho*, n.º 8, 1981, págs. 253 y ss.
- ANDORNO, «Incidencia de la fecundación *in vitro* sobre la distinción entre personas y cosas», *Revista Persona y Derecho*, N.º 26, 1992, págs. 9 y ss.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, *Procesos declarativos ordinarios. Procesos ordinarios y sus especialidades*, La Ley, Madrid, 2000.
- ARREGUI, «La importancia de ser humano», *Anuario Filosófico*, 1994 (27), págs. 35 y ss.
- ATIAS, «Progrès du droit et progrès de la science du droit», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1983, págs. 692 y ss.
- ATIAS, «Le contrat de substitution de mère», *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique, 1986, págs. 67 y ss.
- AULETTA, «Fecondazione artificiale: problemi e prospettive», *Quadrimestre. Rivista Di Diritto Privato*, 1986-1, págs. 1 y ss.
- BAEZA PASTOR, «Las acciones de reclamación de la filiación. Estudio en particular de la legitimación del padre biológico en las reclamaciones de paternidad extramatrimoniales», *Revista General de Derecho*, n.º 564, 1991, págs. 7099 y ss.
- BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici. Riflessioni di diritto civile su alcune delle principali questioni poste dall'affermarsi delle metodiche artificiali di procreazione umana*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, págs. 123 y ss.
- BARBERA GUILLEM, «La manipulación o mediación científica en la reproducción humana», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 5 y ss.
- BARBERO SANTOS *et al.*, *Ingeniería genética y reproducción asistida: Ponencias del Seminario Germano-Español sobre ingeniería genética y medicina de la reproducción*, celebrado en abril de 1988 en los locales del Instituto Alemán de Madrid, Madrid, 1989.
- BASILE, «Associazioni, fundazioni, comitati», *Rivista di Diritto Civile*, 1990-2, págs. 201 y ss.
- BATLLE Y VÁZQUEZ, *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado*, Madrid, 1933.
- BATLLE, «La eutelegenesia y el Derecho», *RGLJ*, 1949, págs. 657 y ss.
- BÉNABENT, *Droit Civil. La Famille.*, 4 édition, Editions Litec, Paris, 1991.
- BENDERSKY, «La genética actual y el Derecho de Familia», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Diciembre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º II, pág. 29.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, «Delitos relativos a la reproducción asistida» en VIDAL MARTÍNEZ (coordinador), BENÍTEZ ORTÚZAR y VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998, págs. 153 y ss.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «La filiación inducida y las clasificaciones legales», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en

- Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 117 y ss.
- BIANCA, «Nouve tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 955 y ss.
- BOIULAC, «Rapport de la mission d'information sur la bioéthique», Commission des lois et Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, *Ass. nat.*, février, 1992.
- BLASCO GASCÓ, «La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, 1991, págs. 697-718.
- BLASCO GASCÓ, «Técnicas de reproducción asistida y competencia legislativa autonómica», *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 4, 1991, págs. 953 y ss.
- BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA), 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia* (coordinadores, MONTÉS y ROCA), 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- BOADA PALÁ, «Ley española de reproducción asistida. Problemática actual desde el punto de vista médico», en *Bioética 2000*, (Coordinación: PALACIOS), Ediciones Nobel, Gijón, 2000, págs. 295 y ss.
- BOCCACCIO, DOGLIOTTI, «Inseminazione artificiale: dubbi interpretativi e prospettive de iure condendo», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 971 y ss.
- BORDA, «La genética actual y el Derecho de Familia», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Diciembre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º II, pág. 30.
- BOTTIAU, «Empreintes génétiques et droit de la filiation», *Récueil Dalloz Sirey*, Chronique, 1989, págs. 271 y ss.
- BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants. Perspectives comparatistes et internationales*, Ed. Economica, Paris, 1998
- BOURG, Claudine (Textes réunis par), *L'infertilité: Procréation médicalement assistée. Adoption. Filiation. Questions éthiques, psychologiques juridiques et scientifiques*, De Boeck Université Bruxelles, 1992.
- BOUVIER, «À la recherche de la paternité», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1990, págs. 394 y ss.
- BUSNELLI, «Il diritto e le nuove frontiere della vita umana», *Iustitia*, 1987-4, págs. 263 y ss.
- BUSNELLI, «Norme per la tutela sociale della maternità, disciplina dell'adozione e problematica dell'inseminazione artificiale», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 989 y ss.
- BUSNELLI, «Opzioni e principi per una disciplina normativa delle biotecnologie avanzate», *Rivista Critica di Diritto Privato*, Junio 1991, págs. 283 y ss.
- BUSTOS PUECHE, «El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas», *La Ley*, 1992-3, págs. 919 y ss.

- BUSTOS PUECHE, «Reflexión jurídica ante el mundo feliz de Huxley», *Tapia*, Enero-Febrero. 1994, págs. 53 y ss.
- BUSTOS PUECHE, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996.
- BYK, *Procréation artificielle. Où en sont l'éthique et le droit?*, Editions Alexandre Lacassagne, Lyon, 1989.
- BYK, «La bioéthique en Europe: un paysage éclaté?», *La Semaine Juridique* [JCP], Éd. G, N.º 40, 1991, págs. 293 y ss.
- BYK, «La bioéthique (loi, jurisprudence et avis des instances d'éthique)», *La Semaine Juridique* [JCP], Éd. G, N.º 27, 1992, págs. 305 y ss.
- BYK, «Les aspects juridiques des xénotransplantations», *La Semaine Juridique* [JCP], Éd. G, N.º 50, 1992, págs. 543 y ss.
- BYK, «Bioéthique (loi, jurisprudence et avis des instances d'éthique)», *La Semaine Juridique* [JCP], Éd. G, N.º 28-29, 1993, 322 y ss.
- BYK, «La Loi relative au respect du corps humain», *La Semaine Juridique*, [JCP], Ed. G. n.º 39, 1994, págs. 405 y ss.
- BYK, «Bioéthique (Législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique)», *La Semaine Juridique*, [JCP], Ed. G, n.º 20, 1995, págs. 222 y ss.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, «La reserva de derechos en favor del no concebido», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Tomo I. Vol. 3.º, 1993.
- CALVO MEIJEDE, «El nasciturus y su protección jurídica», *AC*, 1992, págs. 231 y ss.
- CAMPUZANO TOMÉ, CARBAJO GONZÁLEZ y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación», *AC*, 1985, págs. 289 y ss.
- CAMPUZANO TOMÉ, «Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente», Comunicación presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 433 y ss.
- CAPELLETTI *et al.*, *Conversaciones de Madrid. Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética*, EUDEMA, S. A, Madrid, 1992.
- CAPRÓN, «Quali norme per la procreazione?», *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1994, Anno XII, n. 4, págs. 507 y ss.
- CARBAJO GONZÁLEZ, «El principio de verdad biológica y las relaciones de filiación derivadas de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro": el anonimato del dador», Comunicación presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 401 y ss.
- CARBAJO GONZÁLEZ, *Las acciones de reclamación de la filiación*, Bosch, Barcelona, 1989.
- CARBONÉ, «Maternità, paternità e procreazione artificiale», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, julio-septiembre 1993, págs. 855 y ss.
- CARBONNIER, *Droit Civil 2. La Famille*, Presses Universitaires de France. Thémis, Droit, 12 édition, Paris, 1983.

- CARBONNIER, *Droit Civil 2. La Famille*, Presses Universitaires de France. Thé-
mis, Droit, 13 édition, Paris, 1989.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, «Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (espe-
cial consideración del pre-embrión)», Comunicación presentada al II Con-
greso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filia-
ción a finales del siglo XX Problemática planteada por los avances científicos en
materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 391 y ss.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas
de procreación humana*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995.
- CASELLI, «Comitati d'etica: alcune notazioni giuridiche», *Il Diritto di Famiglia e
delle Persone*, 1991-1, págs. 354 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, «Los derechos de la personalidad», *RGLJ*, 1952-II, págs. 42
y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, «Los problemas civiles de la llamada «inseminatio artifi-
cialis» en los seres humanos» en el *Libro Homenaje a Don Juan Moneva y Puyol*
y en *ADC* (separata, 1955-1956).
- CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º, v. 2.º, 8.ª ed. (modi-
ficada y ampliada con la colaboración de CASTÁN VÁZQUEZ), Ed. Reus, S.A.,
Madrid, 1966.
- CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V (Derecho de
Familia), Volumen 2.º (Relaciones paterno filiales y tutelares), 1995.
- CASTÁN VÁZQUEZ, «La Tradición Jurídica sobre el Comienzo de la Vida Huma-
na (del Derecho Justiniano a los Códigos Civiles)», *Revista General de Dere-
cho*, n.º 603, 1994 (diciembre), págs. 12457 y ss.
- CASTELLANO ARROYO, «Pruebas genéticas de investigación de la paternidad»,
*Genética humana. Fundamentos para el estudio de los efectos sociales deriva-
dos de los avances en genética humana*, 1995, págs. 269 y ss.
- CASTELLO, «Spunti sulla responsabilità del medico nell'ambito della fecondazio-
ne artificiale», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1994, págs. 431 y ss.
- CASTRO GARCÍA, *La investigación de la paternidad*, Editorial COLEX, Madrid,
1992.
- CESARI, «La fecondità nella sterilità», *Rivista Medicina e Morale*, 1993, págs. 283
y ss.
- CHECCHINI, «Azione di mantenimento e rifiuto dello status da parte del figlio
naturale», *Rivista di Diritto Civile*, 1991-1, págs. 679 y ss.
- CICCONE, «La FIVET, una tragica sperimentazione sull'uomo», *Il Diritto di
Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 999 y ss.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, «Las categorías negociales y su adaptación en función de
la reproducción humana», Ponencia presentada al II Congreso Mundial
Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del
siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de repro-
ducción humana*, Madrid, 1988, págs. 231 y ss.
- CLEMENT, HOVEL, «L'enfant conçu par IAD entre l'enfant et ses parents»,
Sciences sociales et santé, vol. VI, n.º 2, junio 1988, págs. 33 y ss.
- CLERICI, «Procreazione artificiale, pratica della surroga e contratto di mater-

- nità: problemi giuridici», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1011 y ss.
- COMO, «Interese del minore e fecondazione artificiale», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1995-1, págs. 371 y ss.
- CORNU, *Droit Civil. La Famille*, 2 édition, Éditions Montchrestien, EJA, Paris, 1991.
- CORRAL TALCIANI, «La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho», *RGLJ*, julio 1988, págs. 5 y ss.
- CORRAL TALCIANI, «La nuova legislazione spagnola sulle tecniche di riproduzione artificiale e sui procedimenti affini», *Rivista di Diritto Civile*, 1990-1, págs. 79 y ss.
- CORRAL TALCIANI, «La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines», *RDP*, Marzo de 1992, págs. 195 y ss.
- COSTANZA, «Legislazione e fecondazione artificiale», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1021 y ss.
- COUR D'APPEL DE PARIS (PREMIÈRE CHAMBRE C), Arrêt de 29 de marzo de 1991, *Recueil Dalloz Sirey*, Jurisprudence, 1991, págs. 562 y ss.
- COUR D'APPEL DE TOULOUSE, PREMIÈRE CHAMBRE, Arrêt de 21 de septiembre de 1987, *Recueil Dalloz Sirey*, Jurisprudence, 1988, págs. 184 y ss.
- COUR DE CASATION (CIV. PREMIÈRE), Arrêt de 13 de diciembre de 1989, *Recueil Dalloz Sirey*, Jurisprudence, 1990, págs. 273 y ss.
- COUR DE CASATION (CIV. PREMIÈRE), Arrêt de 10 de julio de 1990, *Recueil Dalloz Sirey*, Jurisprudence, 1990, págs. 517 y ss.
- COUR DE CASATION, Sentenza 31 maggio 1991, *Il Foro Italiano* 1991, IV, págs. 301 y ss.
- CRISCUOLI, «La legge inglese sulla «surrogazione materna» tra riserve e proposte», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1029 y ss.
- CRISTIANI, «In tema di rapporti tra inseminazione artificiale e adozione», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1049 y ss.
- CUBERO, «Biotecnología, Política y Sociedad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1989-4, págs. 211 y ss.
- D'AGOSTINO, «Gli interventi sulla genetica umana nella prospettiva della filosofia del diritto», *Rivista di Diritto Civile*, 1987-1, págs. 21 y ss.
- D'AGOSTINO, «I comitati etici. Riflessioni preliminari», *Iustitia*, 1989-1, págs. 75 y ss.
- D'AGOSTINO, «Fatti e Giudizi», *Iustitia*, 1, 1994, págs. 77 y ss.
- D'AMICO LA MANTIA, «Normativa giuridica e genetica del 2000», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1073 y ss.
- DAL'ONGARO, «La fecondazione artificiale ed il lavoro della commissione Santosuosso», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1055 y ss.
- DALLA TORRE, *Bioetica e Diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993.
- DAMMACCO, «Manipolazioni genetiche, procreazione artificiale e diritto canonico: contributo per una lettura dell'Istruzione Donum Vitae», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1081 y ss.

- DAVID-GRANET-LABRUSSE, *L'insemination artificielle humaine. Un nouveau mode de filiation*, Paris, 1984.
- DE AYALA, «La biotecnología y el futuro de la especie humana», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1989-4, págs. 219 y ss.
- DE CASTRO Y BRAVO, «El Derecho civil y la Constitución», *RDP*, 1935, págs. 33 y ss.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, t. III, v. 1.º, de los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por ALBALADEJO, artículos 108 a 141, EDESA, Madrid, 1984. Hay 2.ª edición del año 2000.
- DE LA CUESTA AGUADO, *La reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos penales. (Análisis del tipo objetivo del artículo 162 del Código Penal)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DE LA MARNIÈRE, «Filiation, Jurisprudence», N.º 21036, *La Semaine Juridique [JCP]*, Éd. G, N.º 26, 1988.
- DE LEÓN ARCE, «La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana», Comunicación presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 407 y ss.
- DE SOLA, «Privacidad y datos genéticos», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994, N.º 1, págs. 179 y ss.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les droits de l'enfant*, Presses Universitaires de France, Paris, 1991.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, «Droits de l'enfant», par le Laboratoire d'Études et de Recherches Appliquées au Droit Privé (LERADP). (Université de Lille II), *Recueil Dalloz Sirey, Sommaires commentés*, 1992, págs. 59 y ss.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, «Réflexions sur les sources du droit et les «principes» d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. (À propos de la maternité de substitution)», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1992, págs. 489 y ss.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, «Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Abril-junio 1995, págs. 249 y ss.
- DELGADO DE MOLINA HERNÁNDEZ, «La prueba heredobiológica del art. 127 CC: antecedentes y evolución». N.º 562-563, *Revista General de Derecho*. Valencia, 1991, págs. 5821-5825.
- DELGADO ECHEVERRÍA, «Los Derechos Civiles Forales en la Constitución», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, págs. 564 y ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, «La reforma, en el Derecho de Sucesiones» en *El nuevo régimen de la familia*, II. La filiación. La patria potestad. La economía del matrimonio. La reforma, en el Derecho de Sucesiones, Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mun-

- dial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 201 y ss.
- DELL'ANTONIO, «Il rapporto con el figlio procreato artificialmente», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1099 y ss.
- DI GIOVANNI, «Bioética oggi: inclusiones culturales, morales e jurídicas», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1113 y ss.
- DI PIETRO, «Quale statuto per l'embrione humano? In margine ad una sentenza della Corte dello Stato del Tennessee», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1990, págs. 851 y ss.
- DI PIETRO, «Análisis comparada delle leggi e degli orientamenti normativi in materia di fecondazione artificiale», *Medicina e Morale*, 1993, 1, págs. 231 y ss.
- DI PIETRO e SGRECCIA, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioética e diritto*, Editrice La Scuola, Brescia, 1999.
- DI SAVOIA, «Il progresso científico e la tutela della persona umana», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1511 y ss.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, «La inscripción de la filiación en el Registro Civil», *RDN*, 1984, págs. 7 y ss.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, «La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana», *RDP*, junio 1988, págs. 539 y ss.
- DÍEZ PICAZO, *Familia y Derecho*, Madrid, 1984.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 6.^a ed., Madrid, Tecnos, 1992.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, v. II, Madrid, Tecnos, 1995.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. 1997.
- DOBKINE, FILIATION, JURISPRUDENCE, N.º 21857, *La Semaine Juridique* [JCP], Éd. G, N.º 22, 1992, págs. 175 y ss.
- DOCUMENTAZIONE INTERNAZIONALE, *Rivista Medicina e Morale*, 1983: págs. 69-71, 435-448; 1987: págs. 181-199, 878-883.
- DOGLIOTTI, «I diritti del minore a la Convenzione dell'O.N.U.», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, abril-junio 1992, págs. 301 y ss.
- DOGLIOTTI, «Recensión realizada a Santosuosso», *La fecondazione artificiale umana*, ed. Giuffrè, Milano, 1984», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1988-1, págs. 637 y ss.
- DONAPETRY CAMACHO, «El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptado y de los adoptantes», *La Ley*, 1990, 4, págs. 996 y ss.
- EDELMAN, «Le Conseil constitutionnel et l'embryon. Décision n.º 94-343-344», *Recueil Dalloz Sirey*, 1995, págs. 205 y ss.
- EUSEBI, «Diritto alla vita o diritti sulla vita? La soggettività umana dell'embrione in una sentenza paradigmatica del Tennessee», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1990-1, págs. 863 y ss.

- EWERLÖF, «Swedish Legislation on Artificial Insemination», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 65 y ss.
- FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación, Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Biblioteca Comares de Derecho y Ciencias de la Vida, Granada, 1999.
- FERNÁNDEZ GARCÍA *et al.*, «Factor masculino, genética y ICSI», *ASEBIR (Asociación para el Estudio de la Biología de la Reproducción)*, Diciembre 1997, págs. 5 y ss.
- FERNÁNDEZ NIETO, «El Derecho a la Vida», *Revista General del Derecho*, 1986, págs. 3679 y ss.
- FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, «La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de *Baby M.*», *RGLJ*, mayo 1988, págs. 647 y ss.
- FERRANDIS VILELLA, «Reflexiones sobre la reforma del régimen de la filiación», *La Ley*, 10 de junio de 1988, págs. 1 y ss.
- FERRANDO, «Quale disciplina per la procreazione artificiale?», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1139 y ss.
- FERRANDO, «L'inseminazione eterologa nella coppia coniugata: spunti per una riflessione sulle proposte di legge», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1149 y ss.
- FERRANDO, «Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilità nell'accertamento della filiazione», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, settembre 1996, págs. 725 y ss.
- FERRUCCI, «I nuovi mezzi di riproduzione» alle Giornate olandesi dell'Association Henri Capitant, *Rivista di Diritto Civile*, 1986-2, págs. 435 y ss.
- FORGUELE, «La fecondazione artificiale: quali principi per il civilista», *Rivista di Diritto Privato*, N.º 2. Quadrimestre, 1989, págs. 250 y ss.
- FRANCESCHELLI, «Verso una paternità contrattuale: famiglia artificiale e diritto privato», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1159 y ss.
- FRANCIOSI y PÍCARO, *Matrimonio e filiazione*, UTET, Torino, 2000.
- FURKEL, «Le droit de l'enfant à connaître ses origines: variations comparatistes» en *Actes des Journées d'Études des 5 et 6 décembre 1996, organisées par le Laboratoire d'Études et de Recherches Appliquées au Droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, Les filiations par greffe. Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997, págs. 55 y ss.
- GAFO, *Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986.
- GAFO, *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998.
- GALLOUX, «L'empreinte génétique: la preuve parfaite?», *La Semaine Juridique [JCP]*, Éd. G, N.º 12, 1991, págs. 104 y ss.

- GARCÍA CANTERO, «Incidencia de la Medicina y Biología en el Derecho civil español», *Homenaje a López Rodó*, III, 1972, págs. 309 y ss.
- GARCÍA CANTERO, «Luces y sombras en la regulación constitucional de la familia» en *Cuestiones fundamentales sobre matrimonio y familia*, Pamplona, 1980, págs. 543 y ss.
- GARCÍA CANTERO, «La reforma de la filiación», *RGLJ*, 1983-II, págs. 135 y ss.
- GARCÍA CANTERO, «Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Natural», *Verbo*, 1986 n.º 241 y 242.
- GARCÍA CANTERO, «Notas del Congreso Hispanoamericano del Derecho de Familia», *Tapia* N.º 36, Octubre y diciembre de 1987.
- GARCÍA CANTERO, «Notas sobre la incidencia de las nuevas técnicas de procreación humana en el Derecho de Familia», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Octubre 1987, págs. 39-40.
- GARCÍA CANTERO, «Reflexiones sobre la objeción de conciencia en la procreación asistida» en el volumen colectivo *Objeción de conciencia*, Valencia, 1993, págs. 375 y ss.
- GARCÍA CANTERO, «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de Familia», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Doctor José Luis LACRUZ BERDEJO*, J.M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1993, págs. 337 y ss.
- GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, S. A., 1995), págs. 215 y ss.
- GARCÍA CANTERO, «Legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial, sin posesión de estado. (Crítica a una dirección jurisprudencial de la Sala 1.ª del T.S.)», *Revista Jurídica del Notariado*, 2000, págs. 313 y ss.
- GARCÍA GOYENA, *De las Concordancias, motivos y comentarios de García Goyena al proyecto de 1851*, reedición, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA MENDIETA, «Recensión realizada a ROBERT, «La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit», *Revue du Droit Public*, Paris, n.º 5, 1984, págs. 1255 y ss.», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, n.º 57, septiembre-diciembre 1986, págs. 1095 y ss.
- GARCÍA MENDIETA, «Recensión realizada a THOUVENIN, Éthique et droit en matière biomédicale», *Recueil Dalloz Sirey*, Paris, n.º 4, 24 enero de 1985, págs. 21 y ss., *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, n.º 57, septiembre-diciembre 1986, págs. 1102 y ss.
- GARCÍA PAREDES, «La Ley de reproducción humana asistida», Intervención en la Cuarta Sesión relativa a la Reproducción Humana Asistida: Aspectos médicos y jurídicos, en *Bioética y Justicia* (Actas del Seminario conjunto sobre Bioética y Justicia, celebrado en Madrid del 6 al 8 de octubre de 1999), Ministerio de Sanidad y Consumo, y Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2000, Estudios de Derecho Judicial, n.º 29, págs. 403 y ss.
- GARCÍA RUBIO, «La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho español», Comunicación pre-

- sentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Octubre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º I, págs. 60 y ss.
- GARRIDO DE PALMA, «El Derecho civil, protector del ser humano», *ADC*, 1983, págs. 1359 y ss.
- GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.
- GARRIDO MELERO, «Reflexiones sobre el derecho de filiación en Cataluña y sus relaciones con el Código Civil», *RDN*, Julio-septiembre 1993, págs. 195 y ss.
- GARRIDO MELERO, *Derecho de Familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Madrid, 1999.
- GERMANÁ y LEONE, «Sulle nuove tecnologie della riproduzione umana», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1175 y ss.
- GETE-ALONSO y BLASCO GASCO, *La nueva regulación de la filiación en el derecho catalán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GETE-ALONSO, en LAMARCA i MARQUÉS y RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Ley de Situacions Convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, 2000, págs. 512 y ss.
- GHERRO, «Considerazioni canonistiche in tema di fecondazione artificiale», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1199 y ss.
- GIAMO, CORTE DI APPELLO DELLA CALIFORNIA, 17 giugno 1993. «Biogenetica e nuove frontiere del diritto: brevi considerazioni in margine al caso Hecht v. Kane», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1994-2, págs. 582 y ss.
- GIANNI, «Diritti umani e genetica: prime riflessioni sugli orientamenti del Consiglio d'Europa e sull'insegnamento della Chiesa Cattolica», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1219 y ss.
- GIL RODRÍGUEZ y ASUA GONZÁLEZ, «La filiación a finales del siglo XX. (Reseña de un Congreso)», *ADC*, 1987, págs. 1253 y ss.
- GOBERT, «Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. (À propos de la maternité de substitution)», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1992, págs. 489 y ss.
- GÓMEZ DE LA TORRE, «Acciones de filiación en la reproducción asistida», *Actualidad y Derecho*, N.º 13, 30 marzo a 5 abril de 1992, pág. 2 y ss.
- GÓMEZ DE LA TORRE, «Fecundación post mortem», *AC*, 1992, págs. 45 y ss.
- GÓMEZ DE LA TORRE, «La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida», *AC*, 1993, págs. 289 y ss.
- GÓMEZ FERRER SAPIÑA, «Aspectos negociales en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, págs. 297 y ss.
- GÓMEZ FERRER SAPIÑA, «Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de Sucesiones», *Revista Jurídica del Notariado*, Enero-marzo 1995, págs. 181 y ss.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Consideraciones respecto al Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y de la inseminación artificial humanas», *AC*, 1987, págs. 2487 y ss.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Reflexiones en torno al Informe Palacios al Proyecto de Ley sobre técnicas de reproducción asistida», Comunicación presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 201 y ss.
- GONZÁLEZ MORÁN, «Aspectos jurídicos de la procreación asistida», en GAFO, *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, págs. 111 y ss.
- GORASSINI, «Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1239 y ss.
- GORGONI, «Nuove tecniche di procreazione assistita: verso una legislazione europea», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1990-1, págs. 680 y ss.
- GRANET-LAMBRECHTS, «Les dons d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain: de la loi Cavaillet aux lois de bioéthique», *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 1995, págs. 1 y ss.
- GRASSO, «In tema di rapporti tra l'istituto dell'adozione e la procreazione artificiale», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1263 y ss.
- GRUPO DE TRABAJO CONSTITUÍDO EN LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, «Problemas civiles que plantea la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro, (Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado), Suplemento n.º 3/1986 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1986, págs. 1 y ss.
- GUALDI, «La rilevanza giuridica dei comitati etici: considerazioni sul tema», *Iustitia*, 1990-4, págs. 446 y ss.
- GUARNERI, «Inseminazione artificiale e atteggiamenti dell'interprete italiano», *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3.º milenio* a cura di Paolo Cendon. Tomo Secondo.
- GUERRA DÍAZ, «Repercusiones psicológicas de la procreación asistida» en GAFO, *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1988, págs. 67 y ss.
- GUITRÓN FUENTEVILLA, «La genética actual y el Derecho de Familia», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Octubre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º I, págs. 70 y ss.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 2.ª ed., T. 1.º, Madrid, 1868.
- HADERKA, «La regulación jurídica de la reproducción asistida humana en los países de Europa oriental», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994-1, págs. 31 y ss.

- HAUSER, «Jurisprudence Française en matière de droit civil. Personnes et Droits de la Famille», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1994, págs. 575 y ss.
- HAUSER, «Jurisprudence Française en matière de droit civil. Personnes et Droits de la Famille», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1994, págs. 843 y ss.
- HAUSER y HUET-WEILLER, «Jurisprudence française en matière de droit civile. Personnes et droits de famille», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1991, págs. 310 y ss.
- HAUSER y HUET-WEILLER, «Jurisprudence française en matière de droit civile. Personnes et droits de famille», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1991, págs. 518 y ss.
- HAUSER y HUET-WEILLER, «Jurisprudence française en matière de droit civile. Personnes et droits de famille», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1992, págs. 552 y ss.
- HAUSER y HUET-WEILLER, *Traité de Droit Civil. La Famille. Fondation et vie de la Famille*, 2 édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993.
- HEGNAUER, *Droit suisse de la filiation et de la famille (art. 328-329 CCS)*, quatrième édition, refondue et complétée, adaptée en langue française et mise à jour par MEIER, Stämpfli Editions, S.A., Berna, 1998.
- HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO, «El derecho del niño a su identidad personal», *Revista de Estudios del Ministerio Fiscal*, 1995, III, págs. 563 y ss.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Nuevas técnicas de procreación artificial: consecuencias jurídicas», *RGLJ*, n.º 4, octubre 1986, págs. 467 y ss.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La atribución de la maternidad en la gestación contratóada», Comunicación presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 443 y ss.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideración en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», *AC*, 1988-2, págs. 3027 y ss.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La filiación en la Ley sobre técnicas de reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* N.º 75, 1989-1990, págs. 405 y ss.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Selección de sexo y derechos de la persona», *La Ley*, 1992-2, págs. 965 y ss.
- HERRANZ, «Ética de las intervenciones sobre el embrión preimplantado», *Anuario Filosófico*, 1994 (27), págs. 117 y ss.
- HERRERA CAMPOS, *La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1987.
- HERRERA CAMPOS, *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1991.
- HIGUERA GUIMERA, «Consideraciones jurídico-penales sobre conductas de clo-

- nación en los embriones humanos», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994, N.º 1, págs. 49 y ss.
- HONDIUS, «The council of Europe's contribution to solving problems raised by human artificial procreation», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 51 y ss.
- HUET-WEILLER, Filiation, Jurisprudence, N.º 21524, *La Semaine Juridique [JCP]*, Éd. G, N.º 26, 1990.
- IBAN, «El matrimonio en la Constitución», *RDP*, 1980, págs. 137 y ss.
- JOUBE DE LA BARREDA, «Clonación y manipulación de embriones humanos», *Tapia*, Enero-febrero 1994, págs. 47 y ss.
- JUANES PECES, «El deber médico de información como fuente de responsabilidad», *Revista Jurídica de Catalunya* -Núm. 3 - Dret Civil Any XCIV, 1995, págs. 705 y ss.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998.
- KAUFMANN, «Riflesioni giuridiche e filosofiche su biotecnologia e bioetica alla soglia del terzo milenio», *Rivista di Diritto Civile*, 1988-1, págs. 205 y ss.
- KAYSER, «Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle», *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique, 1987, págs. 189 y ss.
- KAYSER, «Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée», *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique, 1989, págs. 193 y ss.
- KNOPPERS, CADIEU y LABERGE, *La génétique humaine: de l'information à l'informationisation*, Editions Litec, Paris, 1992.
- KOKKONEN, «Reproducción asistida. La situación legal en Finlandia», en Resumen de Ponencias, pág. 34 del Congreso Mundial de Bioética, organizado por el Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI), y celebrado en Gijón los días 20 a 24 de junio de 2000.
- LA FARINA, «Note in tema di inseminazione artificiale e di fecondazione *in vitro* della femmina umana», *Iustitia*, 1986-1, págs. 57 y ss.
- LA FARINA, «In tema di inseminazione artificiale e di fecondazione *in vitro*. Note di un giurista», *Medicina e Morale*, 1986, págs. 103 y ss.
- LABBÉE, «Droits de L'enfant», *Recueil Dalloz Sirey*, 4.º cahier.- Sommaires commentés, 1994, págs. 30 y ss.
- LABRUSSE-RIOU y EDELMAN, Filiation, Jurisprudence, N.º 21653, *La Semaine Juridique [JCP]*, Éd. G, N.º 13, 1991, págs. 107 y ss.
- LABRUSSE-RIOU, *Les aspects juridiques. L'insemination artificielle humaine. Un nouveau mode de filiation. La vie de l'enfant*, Les Éditions ESF, 1984.
- LABRUSSE-RIOU, «La filiation et la médecine moderne», *RIDC*, 1986, págs. 419 y ss.
- LACADENA, et al., *La fecundación artificial; Ciencia y ética*, Madrid, 1990.
- LACRUZ BERDEJO, «La Constitución y los hijos artificiales», *AC*, 1987, págs. 2031 y ss.

- LACRUZ BERDEJO, «La paternidad, la reforma de 1981 del Código Civil y los progresos de la biología», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Octubre 1987, págs. 41 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, «Prólogo», *Tapia*, Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia de Cáceres, Octubre de 1988.
- LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA y RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV. Volumen 2.º. Derecho de Familia, Bosch, Barcelona, 1989.
- LACRUZ BERDEJO en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, Volumen 1.º, Bosch, Barcelona, 1990.
- LEJEUNE, *¿Qué es el embrión humano?*, Editorial RIALP, S. A. Madrid, 1993.
- LEMA AÑÓN, *Reproducción, poder y derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- LEMA DÍAZ, «Datos biológicos y adopción. La aplicación del art. 28 de la Ley 37/91, de 30 de diciembre, del Parlament de Catalunya», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994-4, págs. 131 y ss.
- LENOIR, *Aux frontières de la vie: paroles d'éthique*, t. 2, Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française, Paris, 1991.
- LENOIR, *Aux frontières de la vie: une éthique biomédicale à la française*, La Documentation Française, Paris, 1991.
- LENOIR, «Normativa francesa, europea e internacional en materia de Bioética», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994, N.º 1, págs. 73 y ss.
- LENTI, *La procreazione artificiale: Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova CEDAM, 1993.
- LEONE, «Il diritti dell'embrione», *Medicina e Morale*, 1983, págs. 583 y ss.
- LEUZZI, «Deontologia medica e fecondazione *in vitro*», *Medicina e Morale*, 1983, págs. 365 y ss.
- LEUZZI, «Il contributo del Magisterio in tema di fecondazione artificiale umana», *Medicina e Morale*, 1985, págs. 44 y ss.
- LIBERTI, «Alcune considerazioni giuridiche sulla procreazione artificiale umana», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1275 y ss.
- LIPARI, «La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive», *Rassegna di Diritto civile*, 1986, núm. 3, págs. 567 y ss.
- LISERRE, «Il problema della regola nella ingegneria genetica», *Rivista di Diritto Civile*, 1992-1, págs. 181 y ss.
- LLEDÓ YAGÜE, «Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana», *La Ley*, 1985-2, págs. 1011 y ss.
- LLEDÓ YAGÜE, *Acciones de filiación*, Edilex, Madrid, 1987.
- LLEDÓ YAGÜE, «La genética actual y el Derecho de Familia», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Octubre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º I, págs. 45 y ss.
- LLEDÓ YAGÜE, «El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Pro-*

- blemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Madrid, 1988, págs. 319 y ss.
- LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988.
- LLEDÓ YAGÜE, «La ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida», *ADC*, Tomo XLI, Fasc. IV, octubre-diciembre 1988, págs. 1241 y ss.
- LLEDÓ YAGÜE, «La Ley de la reproducción humana asistida o la culminación de un despropósito, su posible inconstitucionalidad», *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, julio-agosto 1989, págs. 343 y ss.
- LLEDÓ YAGÜE, «La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994, N.º 1, págs. 203 y ss.
- LLEDÓ YAGÜE, «Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ YAGÜE), Marzo 1994, págs. 321 y ss.
- LOMBARDI VALLAURI, «Manipolazioni genetiche e diritto», *Rivista di Diritto Civile*, 1985-1, págs. 1 y ss.
- LÓPEZ MORATALLA *et al.*, *Deontología Biológica*, Eurograf, S. L., Pamplona, 1987.
- LÓPEZ, «Presupuestos bioéticos y biojurídicos para una crítica a la ley Española sobre "Técnicas de Reproducción Asistida"», *Revista Persona y Derecho*, N.º 23, 1990, págs. 131 y ss.
- LUNA SERRANO en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. V, Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1993.
- MALAUURIE y AYNÉS, *Cours de Droit Civil. La Famille*, Éditions Cujas, Paris, 1992-93.
- MANDELBAUM y PLACHOT, *Generación Probeta*, Urano, Barcelona, 1993.
- MANDOFIA BERNEY, *Vérités de la filiation et procréation assistée. Étude des droits suisse et français*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le Main 1993, Faculté de Droit de Genève, Bruylant, Bruxelles (Collection genevoise).
- MANERA, «Inseminazione artificiale e manipolazioni genetiche: urgente necessità di un'appropriata disciplina legislativa», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1283 y ss.
- MARTÍN MATEO, *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.
- MARTÍN QUINTANA, «Consideraciones respecto a proyectos legislativos sobre fecundación asistida», *El Derecho*, 1992, págs. 147 y ss.
- MARTÍN-MUNICIO AGUADO, *Ingeniería Genética y reproducción asistida*, Ed. de Marino Barbero Santos. Madrid, 1989.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, «La inseminación artificial en el Derecho», *RDN*, n.º 128, abril-junio 1985, págs. 167 y ss.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, «La inseminación artificial y su problemática jurídica», *Derecho Médico*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 473 y ss.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, *La nueva inseminación artificial* (Estudio de la Ley de 22 de noviembre de 1988), Madrid, 1989.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «A propósito de una interpretación jurisprudencial del artículo 111 del Código Civil. Comentario a la sentencia de 3 de julio de 1987», *ADC*, 1988, págs. 589 y ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Recensión realizada a VIDAL MARTÍNEZ: «Las nuevas formas de reproducción humana, Madrid, 1988», *ADC*, 1988, págs. 845 y ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *El Derecho Civil a finales del siglo xx*, Tecnos, Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de familia*, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ y PARRA LUCÁN (Coordinado por DE PABLO CONTRERAS), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, Colex, Madrid, 1998.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en *Comentarios al Código Civil II*, Vol. 1.º, Libro Primero (Títulos I a IV), coordinados por RAMS ALBESA, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, págs. 290 y ss.
- MARTÍNEZ VAL, «Biojurídica: realidad y horizontes», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 4, 1986, págs. 15 y ss.
- MARTÍNEZ VAL, «Recensión al Documento Vaticano “Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”», *RGLJ*, 1987, Marzo, págs. 493 y ss.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, MASSIGOGUE BENEGIU, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid 1994.
- MASSAGER, «L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître», *10 années d'application du nouveau droit de la filiation. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège et par l'Unité de droit familial du Centre de droit privé de la Faculté de droit de l'ULB les 6 juin et 17 octobre 1997*, Liège, 1997, págs. 135 y ss.
- MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, Brylant, Bruxelles, 1997.
- MASTROPAOLO, «Valori fondamentali e persona umana nell' evoluzione del diritto privato», *Iustitia*, 1987-3, págs. 181 y ss.
- MASTROPAOLO, «Aspetti giuridici delle manipolazioni biologiche», *Quadrimestre. Rivista Di Diritto Privato*, 1989-2, págs. 275 y ss.
- MAYOR DEL HOYO, «Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad. (Comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)», *ADC*, 1998, págs. 917 y ss.
- MAYOR ZARAGOZA, «La UNESCO y la Bioética», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994, N.º 1, págs. 21 y ss.
- MAZEN, «L'insémination artificielle: une réalité ignorée par le législateur», *JCP*, 1978, I, 2899, n.º 20.
- MELE, «La sperimentazione umana: el punto di vista della bioetica personalista», *Iustitia*, 1992-2, págs. 228 y ss.

- MEMETEAU, «La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1990, págs. 611 y ss.
- MERINO GUTIÉRREZ, «Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida», Comunicación presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 417 y ss.
- MEULDERS-KLEIN, «Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1988, págs. 645 y ss.
- MIRALLES SANGRO, «La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño», *AC*, 1991, págs. 525 y ss.
- MIRANDA CANALES, «El Derecho de Familia en el nuevo Código peruano y el Derecho genético», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Diciembre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º II, págs. 31 y ss.
- MONETA, «Procreazione artificiale e diritto matrimoniale canonico», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, pp 1303 y ss.
- MONGE, *Persona humana y procreación artificial*, Palabra. Madrid, 1988.
- MONTÉS PENADÉS, «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 171 y ss.
- MONTÉS PENADÉS, «La genética actual y el Derecho de Familia.», Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Abril 1988, págs. 25 y ss.
- MONTÉS PENADÉS, «Primera lectura de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida», *La Ley- Legislación*, 1989-2, págs. 123 y ss.
- MONTÉS PENADÉS, «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», *AC*, Diciembre 1994, págs. 957 y ss.
- MORENO-LUQUE CASARIEGO, «Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena», Comunicación presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 437 y ss.
- MORETTI, «La fecondazione artificiale: problemi e prospettive in una analisi comparatistica», *Quadrimestre. Rivista di Diritto Privato*, 1988-2, págs. 415 y ss.
- MORGANTI, «L'accertamento biologico della paternità», *Quadrimestre. Rivista di Diritto Privato*, 1985-2, págs. 238 y ss.
- MORI, *La fecondazione artificiale: questioni morali nell'esperienza giuridica*, Giuffrè, XV. Università di Milano. Facoltà di giurisprudenza. Istituto di filosofia e sociologia del diritto. Studi di filosofia del diritto, 1988.

- MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988.
- MORO ALMARAZ, «Procreación, paternidad y fecundación artificial», *AC*, 1988, págs. 1425 y ss.
- MOTRONI ONORATO, «Dinamismo dell' esperienza etica e «inadeguatezza» del diritto», *Rivista di Diritto Civile*, 1989-2, págs. 363 y ss.
- MUÑIZ ESPADA, «La sanción del artículo 111, número 2, del Código Civil: la filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor. Su crítica», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1994, págs. 119 y ss.
- MURAT, «Procréation assistée et «droits de l'enfant», *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 1991, págs. 387 y ss.
- NARDO, «La dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, págs. 321 y ss.
- NEIRINCK, *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations Unies*, 1 édition, Delmas, Belfond, Paris, 1993.
- NEIRINCK, «Les transferts d'embryons *post mortem* avant les lois bioéthiques (CA Toulouse, 1.º ch. 18 av. 1994)», *La Semaine Juridique*, Ed. Générale, N.º 30-35, 26 juillet 1995, II, 22472, págs. 301 y ss.
- NELKIN, «Informazione genetica: bioetica e legge», *Rivista Critica di Diritto Privato*, Dicembre 1994, Anno XII, n. 4, págs. 491 y ss.
- NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1991.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Incidencia de la Constitución en el concepto de Derecho Civil y en especial en el Derecho de Familia», *Tapia*, Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia de Cáceres, Octubre de 1987, págs. 87 y ss.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, t. IV, Madrid, EDESA, 1991.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, v. II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1992.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Investigación de la paternidad: acciones de filiación*, 1.ª ed., Actualidad Editorial, Madrid, 1994.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Comares, Granada, 1993.
- OCHANDO GONZÁLEZ, «Orígenes y bases de la revolución tecnológica. Debate sobre Biotecnología, Política y Sociedad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1989-4, págs. 167 y ss.
- OLLERO, «Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?», *Iustitia*, 1994-2, págs. 121 y ss.
- PALACIOS ALONSO, *Biolegislación española y Consejo de Europa*, Editorial Stella, Gijón, 1989.
- PALACIOS ALONSO, *Reproducción Asistida, Discurso y Recurso*, Editorial Stella, Gijón, 1990.
- PALACIOS ALONSO, Coordinador del Seminario sobre Reproducción Asistida, Cursos de Verano, San Roque. Universidad de Cádiz-Actas, 15-17 de julio, 1991.

- PALACIOS ALONSO, Coordinador del Seminario sobre Diagnóstico prenatal y reproducción asistida, Cursos de Verano, San Roque, 1992.
- PALACIOS ALONSO, «Una Convención Internacional de Bioética», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 5 octubre 1992, págs. 164 y ss.
- PALAZZO, «Esperienze straniere, Raccomandazioni del Consiglio d'Europa e prospettive per la regolamentazione in Italia della fecondazione in vitro», *Quadrimestre. Rivista di Diritto Privato*, 1984-3, págs. 653 y ss.
- PANTALEÓN PRIETO, «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, Diciembre de 1988, págs. 19 y ss y en *Homenaje al profesor Roca Juan*, Murcia, Universidad, Secretariado de Publicaciones, págs. 641 y ss.
- PANTALEÓN PRIETO, «Procreación artificial y responsabilidad civil», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 245 y ss.
- PANTALEÓN PRIETO, «Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, mayo-agosto 1993, págs. 129 y ss.
- PARDO GARCÍA, «La investigación genética al servicio del hombre: reflexiones de un jurista», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994, N.º 1, págs. 25 y ss.
- PATTI, «Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1315 y ss.
- PATTI, «Verità e stato giuridico della persona», *Rivista di Diritto Civile*, 1988-1, págs. 231 y ss.
- PÉDROT, «Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé», *La Semaine Juridique [JCP]*, Éd. G, N.º 3, 1991, págs. 26 y ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 877 y ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. IV, v. 3.º, Madrid, 1996, págs. 91 y ss.
- PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989.
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, «Recensión a SILVA RUIZ, PEDRO, «El derecho de familia y la inseminación artificial», *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, San Juan, vol. 48, n.º 1, enero-marzo 1987, págs. 25 y ss.», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N.º 63. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Septiembre-Diciembre, 1988, págs. 1249 y ss.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, «Ideas generales en torno al nuevo régimen de la filiación», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXV, 1982, págs. 421 y ss.

- PERIS RIERA, «Identificación personal: avances genéticos e interrogantes jurídicas», *RDP*, 1991, págs. 137 y ss.
- PERLINGIERI, «Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica», *Iustitia*, 1988-2, págs. 93 y ss.
- PHILIPPE, «Volonté, responsabilité et filiation», *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique, 1991, págs. 47 y ss.
- PICONTÓ NOVALES, «Política y derecho en la aplicación de la nueva normativa aragonesa de protección de menores», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1993-2, págs. 313 y ss.
- PIÑAR LÓPEZ, «Problemas morales y jurídicos de la inseminación artificial», *Estudios en honor del profesor Castán*. volumen V, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, págs. 537 y ss.
- PIRIANO LETO, «I procedimenti di procreazione tra libertà e diritto», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1325 y ss.
- POLAINO-LORENTE, «Limitaciones éticas a las investigaciones humanas», *Revista Persona y Derecho*, n.º 3, 1976, págs. 485-495.
- POLAINO-LORENTE, *Manual de Bioética General*, Ediciones Rialp, SA, Madrid, 1993.
- POUSSON-PETIT, «Rapport général: PMA dans les Pays Romanistes», Congrès International de l'Association Internationale de Droit de la Famille: *Biomédecine, Famille et Droits de l'Homme*, Oxford, UK, 27-30 août 1999.
- POZO VILCHES, «El reconocimiento de la filiación no matrimonial en la reciente Ley Catalana de Filiaciones», *ADC*, 1991, págs. 1199 y ss.
- POZO VILCHES, *El reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada*, Editorial Trivium, S.A, Madrid, 1993.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, «Responsabilidad médica. Tribunal y proceso», *Revista Persona y Derecho*. N.º 3, 1976, págs. 467 y ss.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*. Tomo IV, Bosch. Barcelona, 1985.
- PUY, «Fundamento ético-jurídico del derecho a la vida», *Revista Persona y Derecho*, N.º 2, 1975, págs. 91 y ss.
- QUESADA GONZÁLEZ, «Las pruebas biológicas a propósito del auto del T. C. 103/1990, de 9 de marzo», *Revista Jurídica de Cataluña*, Enero, 1993, págs. 107 y ss.
- QUESADA GONZÁLEZ, *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, Tecnos, Madrid, 1993.
- QUESADA GONZÁLEZ, «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico», *ADC*, Abril-junio 1994, págs. 237 y ss.
- RAMÍREZ NAVALÓN, «Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas», *Revista General del Derecho*, 1987, págs. 6536-6567.
- RAYMOND, «L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des Lois Bioéthiques)», *La Semaine Juridique*, [JCP], Ed. G. n.º 43, 1994, págs. 453 y ss.
- RAYNAUD, «L'enfant peut-il être objet de droit?», *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique, 1988, págs. 109 y ss.

- REICHLIN en VV.AA., *Procreazione assistita e tutela del figlio. Prospettive femministe, dibattito bioetico e ipotesi normative* (A cura di CATTORINI), Dipartimento di Medicina e Scienze Umane. Istituto Scientifico H. San Raffaele, Europa Scienze Umane Editrice, Milano, 1996.
- REVERTE NAVARRO, *Consideraciones desde el punto de vista del derecho civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida*, Universidad de Murcia, 1992.
- RICO-PÉREZ, «Responsabilidad civil en la procreación humana no natural», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Octubre 1987, págs. 56 y ss.
- RICO-PÉREZ, «La posesión del estado de filiación (I)», *AC*, 1988, págs. 2029 y ss.
- RICO-PÉREZ, «La posesión del estado de filiación (II)», *AC*, 1988, págs. 2093 y ss.
- RIMOLI, «Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione», *Diritto e Società*, 1994-1, págs. 115 y ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, *La presunción de paternidad legítima*, Tecnos, Madrid, 1971.
- RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, págs. 871 y ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Octubre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º I, págs. 49 y ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, en «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 141 y ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, «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*, n.º 1517, págs. 58 y ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA y RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º, Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989. Hay edición de 1997.
- RIVERO HERNÁNDEZ, «Nueva jurisprudencia sobre reclamación de filiación en Derecho Catalán», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1992, págs. 409 y ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, «El “desconocimiento de la paternidad” del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, en la Compilación Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, N.º 15, enero-junio 1993, Homenaje al Profesor Sancho Rebullida, págs. 271 y ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 457 y ss.

- RIVERO HERNÁNDEZ, «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: LLEDÓ YAGÜE), Marzo 1994, págs. 281 y ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, «Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación», *Poder Judicial*. 2.^a época / n.º 33, 1994 (marzo), págs. 349 y ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, «*¿Mater semper certa est?* Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español», *ADC*, 1997-I, págs. 5 y ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.
- RIVERO HERNÁNDEZ, «La filiación: Su determinación, la filiación matrimonial y no matrimonial, las acciones y los efectos», en HERNÁNDEZ MORENO y VILLAGRASA ALCAIDE (Coords.), *El Codi de Família i la Llei d'Unions Estables de Parella. Aproximaciones doctrinales a las leyes 9/1998 y 10/1998, del Parlament de Catalunya*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2000., págs. 291 y ss.
- RIZZUTO, «Disconoscimento di paternità», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1987, págs. 373 y ss.
- ROBERT, AUBY, PINET, «Le Conseil Constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation», *Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, n.º 6, 1994 (Noviembre-diciembre), págs. 1647 y ss.
- ROBERTSON, "Embryos", Families and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction», 59 South California, *Law Review*, 1986, págs. 954 y ss.
- ROCA TRÍAS, «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 17 y ss.
- ROCA TRÍAS, «Familia, familias y derecho de la familia», *ADC*, 1990, págs. 1055 y ss.
- ROCA TRÍAS, «El derecho perplejo: los misterios de los embriones», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994-1, págs. 121 y ss.
- ROCA TRÍAS, «Filiación asistida y protección de derechos fundamentales», *Derecho y Salud*, 1999-1, págs. 1 y ss.
- ROCA TRÍAS, en LAMARCA i MARQUÉS y RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Ley de Situacions Convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, 2000, págs. 439 y ss.
- RODRÍGUEZ CASTRO, «*¿Aborto in vitro?*», *Tapia*, Enero-febrero 1985, págs. 743 y ss.
- RODRÍGUEZ CASTRO, «La Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Registro Civil», *AC*, N.º 47, 17-23 Diciembre 1990, págs. 743 y ss.
- RODRÍGUEZ LUÑO y LÓPEZ MONDEJAR, *La fecundación in vitro*, Ediciones Palabra, Madrid, 1986.
- ROMEO CASABONA, «Aspectos jurídicos del consejo genético», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994-1, págs. 153 y ss.

- ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- ROMEO CASABONA, «Perspectiva legal de las técnicas de reproducción humana asistida. Los límites de la manipulación y experimentación embrionaria», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. (Director: Francisco Lledó y Yagüe), Marzo 1994, págs. 247 y ss.
- ROMEO CASABONA, *Código de Leyes sobre Genética*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1997.
- ROSSI, «Sterilità e tecniche di riproduzione artificiale nella dinamica familiare», *Iustitia*, 1991-4, págs. 474 y ss.
- ROSSI, «Significato e problemi di un nuovo modo di diventare genitori», *Medicina e Morale*, 1993, págs. 1139 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, Jurisprudence française en matière de droit civile. Personnes et droits de famille, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1984, N.º 3, págs. 706 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, Jurisprudence française en matière de droit civile. Personnes et droits de famille, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1985, págs. 135 y ss., 355 y ss. y 709 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, Jurisprudence française en matière de droit civile. Personnes et droits de famille, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1986, págs. 569 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, «Les procréations assistées: État des questions», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987, págs. 457 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, Jurisprudence française en matière de droit civile. Personnes et droits de famille, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987, págs. 67 y ss., 287 y ss. y 725 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, Jurisprudence française en matière de droit civile. Personnes et droits de famille, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1988, págs. 79 y ss., 319 y ss. y 707 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, Jurisprudence française en matière de droit civile. Personnes et droits de famille, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1989, págs. 41 y ss., 277 y ss. y 721 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, Jurisprudence française en matière de droit civile. Personnes et droits de famille, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1990, págs. 53 y ss., 249 y ss. y 443 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, «Procréations assistées et stratégies en matière de filiations», *La Semaine Juridique*, Ed. G, N.º 21, 1991, págs. 181 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, «Droits de la mère et droits de l'enfant: Réflexions sur les formes de l'abandon», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1991, págs. 695 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, «Mères porteuses, premier et deuxième types», *Bioéthique*, N.º 6, diciembre de 1991, págs. 141 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, «Une importante réforme en droit de la famille: la loi n. 93-22 du 8 janvier 1993», *La Semaine Juridique [JCP]*, Éd. G, N.º 12, 1993, págs. 123 y ss.

- RUBELLIN-DEVICHI, *Jurisprudence française en matière de droit civil. Personnes et droits de famille*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1994, N.º 3, págs. 580 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, «Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la Loi et la Jurisprudence Françaises», *La Semaine Juridique*, [JCP], Ed. G, n.º 7, 1994, págs. 87 y ss.
- RUBELLIN-DEVICHI, en *Droit de Famille*, obra colectiva redactada bajo su dirección, Ed. Dalloz, París, 1996.
- RUBIDO DE LA TORRE, «La investigación de la paternidad en el Derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa», *Revista General de Derecho*, n.º 608, 1995 (mayo), págs. 4837 y ss.
- RUBINO, «Rilevanza giuridica degli accordi in tema di fecondazione artificiale», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1337 y ss.
- RUIZ MORENO, *El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad*, La Ley, Madrid, 2000.
- SÁNCHEZ MORALES, *Impactos sociales de la Biotecnología*, UNED, Madrid, 1995.
- SANCHO RUBELLIDA, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-3.º, ed. experimental, Barcelona, Librería Bosch Editor, S.A., 1982.
- SANCHO REBULLIDA, «Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 99 y ss.
- SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984.
- SANTOSUOSSO, «Riproduzione umana artificiale e diritto», *Iustitia*, 1985-3, págs. 345 y ss.
- SCARDULLA, «Inseminazione artificiale omologa od eterologa ed intollerabilità della convivenza», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1343 y ss.
- SERIAUX, «Droit naturel et procréation assistée: quelle jurisprudence?», *Recueil Dalloz Sirey*, 1985-1, págs. 58 y ss.
- SERIAUX, «La procréation artificielle sans artifices: illicéité et responsabilités», *Recueil Dalloz Sirey*, 1988, págs. 201 y ss.
- SERRANO ALONSO, «El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 365 y ss.
- SERRANO ALONSO, «Aspectos de fecundación artificial», *AC*, 1989, págs. 385 y ss. y en *Homenaje al profesor Roca Juan*, Murcia, Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1989, págs. 829 y ss.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, «Aspectos jurídicos de dos documentos sobre bioética (Postura católica e informe Palacios. Estudio sobre una antítesis)», *RGLJ*, N.º 6, junio de 1987, págs. 923 y ss.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Bioética, Poder y Derecho*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1993.

- SGRECCIA, «La Bioética. Fondamenti e contenuti», *Medicina e Morale*, 1984, págs. 285 y ss.
- SGRECCIA, DI PIETRO, «Manipolazioni genetiche e procreazione artificiale: orientamenti giuridici e considerazioni etiche», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*. 3/4, 1987, págs. 1351 y ss.
- SHALEV, *Nascere per contratto*, a cura di Gianmaria Ajanni e Arianna Maffiodo, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992. (Título original: *Birth Power. The Case for Surrogacy*, 1989, Yale University Press, New Haven e London).
- SHENFIELD, «Panorama de la reproducción asistida en el Reino Unido: Regulación y efectos», en *Bioética 2000*, (Coordinación: PALACIOS), Ediciones Nobel, Gijón, 2000, págs. 279 y ss.
- SILVA RUIZ, «El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1447, febrero 1987, págs. 463 y ss. y en *Tapia*, Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia de Cáceres, Octubre 1987, págs. 78 y ss.
- SILVA RUIZ, «El Derecho de Familia y la inseminación artificial *in vivo* e *in vitro*», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Diciembre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º II, págs. 38 y ss.
- SILVA RUIZ, «Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización *in vitro* y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 85 y ss.
- SILVA RUIZ, «Maternidad subrogada o de alquiler», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1988, págs. 827 y ss.
- SIMONELLI, «Concepimento senza sessualità» *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1449 y ss.
- SISTO, «Mater non semper certa est: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1467 y ss.
- STOYANOVITCH, «La légitimité des enfants nés par suite de l'insémination artificielle, en France et aux États-Unis d'Amérique», *R.I.D.C.*, 1956, págs. 265 y ss.
- TAMAYO SALABERRIA, «Aspectos éticos de la investigación biológica de la paternidad», *Edersa* N.º 47. Madrid. *Cuadernos de Política criminal*, 1992, págs. 463 y ss.
- TENA PIAZUELO, *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000.
- TERRÉ, Filiation, Jurisprudence, N.º 21752, *La Semaine Juridique* [JCP], Éd. G, N.º 45, 1991, págs. 377 y ss.
- TESTART, *L'œuf transparent*, Champs Flammarion, 1986.

- TESTART, «Los caprichosos catorce días del preembrión», *Cuadernos de Bioética*, 1992-4, págs. 66 y ss.
- TESTART, *La procreación artificial*, Debate, Madrid, 1994, (versión castellana de *La procréation médicalisée*, Flammarion, 1993).
- TETTAMANZI, «Problemi etici sulla fertilizzazione in vitro e sull'embryo transfer», *Medicina e Morale*, 1983, págs. 343 y ss.
- TETTAMANZI, «Problemi morali circa alcuni interventi su feti / embrioni umani», *Medicine e Morale*, 1985, págs. 23 y ss.
- THOUVENIN, «Ethique et droit en matière biomédicale», *Recueil Dalloz Sirey, Chronique*, 1985, págs. 21 y ss.
- TORRE, «Profili giuridici dei comitati etici (fra jus conditum e jus condendum)», *Iustitia*, 1989-4, págs. 381 y ss.
- TORTORICI, Giurisprudenza di Merito: Tribunal de Grande Instance de Créteil, 1 agosto 1984-Pres. Daussy- P.M. Lescq, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1984, págs. 1057 y ss.
- TRABUCCHI, «Il figlio, nato o nascituro, inaeestimabilis res, e non soltanto res extra commercium», *Rivista di Diritto Civile*, 1991-1, págs. 211 y ss.
- TRABUCCHI, *Novissimo Digesto Italiano*, «Inseminazione artificiali», Diritto Civile, Volumen VIII, U.T.E.T., págs. 732 y ss.
- TRABUCCHI, «Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista», en *Rivista di Diritto Civile*, 1986-1, pág. 495 y ss. y en *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana (Atti del Convegno di Verona)* celebrado los días 2, 3, 4 y 25 de octubre de 1986, Padova, 1987, págs. 9 y ss.
- VALLAURI, «Manipulazioni genetiche e diritto», *Iustitia*, 1985-1, págs. 1 y ss.
- VALLEJO DE TORRES, «Prueba médico-legal en las acciones de filiación (I)», *AC*, 1986, págs. 2989 y ss.
- VALLEJO DE TORRES, «Prueba médico-legal en las acciones de filiación (II)», *AC*, 1986, págs. 3061 y ss.
- VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV. Parte Especial. Derecho de familia, 2.ª ed., Valladolid, 1921.
- VANRELL DÍAZ, «Reproducción humana asistida: aspectos médicos y jurídicos», en *Bioética y Justicia* (Actas del Seminario conjunto sobre Bioética y Justicia, celebrado en Madrid del 6 al 8 de octubre de 1999), Ministerio de Sanidad y Consumo, y Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2000, Estudios de Derecho Judicial, n.º 29, págs. 387 y ss.
- VASAK, «La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994, N.º 1, págs. 221 y ss.
- VÁZQUEZ BONILLA, «La adopción biológica en el Código Familiar para el Estado de Hidalgo», *Tapia*. Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia de Cáceres, Diciembre de 1987, págs. 43 y ss.
- VÁZQUEZ, «Ética, Derecho y Fecundación Asistida», *Doxa*, 1993, N.º 14, págs. 457 y ss.
- VEGA GUTIÉRREZ, M. L., VEGA GUTIÉRREZ, J., MARTÍNEZ BAZA, *Reproducción Asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos bioéticos*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Universidad, Serie: Medicina, n.º 26, 1993.

- VENTURA, «Sulla procreazione artificiale: un fallimento normativo per la Chiesa cattolica?», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1991-2, págs. 1135 y ss.
- VENTURA, «Sulla procreazione artificiale: una sentenza innovativa», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1990-1, págs. 173 y ss.
- VERCELLONE, «La fecondazione artificiale», *Politica del Diritto*, n.º 3, XVII, 1986, págs. 383 y ss.
- VERCELLONE, en «La filiazione» en *Trattato di Diritto civile Vassalli*, UTET, Torino, 1987, págs. 309 y ss.
- VERCELLONE, *La filiazione: legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, UTET. XI. Trattato di diritto civile italiano; 3. T.2, 1987, págs. 479 y ss.
- VERDERA SERVER, «Determinación y acreditación de la filiación», J. M. Bosch Editor, S. A, *Cuadernos de Derecho Privado*, 6. Barcelona, 1993.
- VIDAL MARTÍNEZ, «Las nuevas formas de reproducción humana ante el derecho civil: introducción y panorama general», *Revista General del Derecho*, 1986, págs. 3685 y ss.
- VIDAL MARTÍNEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español*, Universidad de Valencia, Editorial Civitas, S. A., Cuadernos Civitas, Madrid, 1988.
- VIDAL MARTÍNEZ, «Elección de sexo: Comentario a una reciente decisión judicial aplicando la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida» *RGD*, abril 1991, págs. 2535 y ss.
- VIDAL MARTÍNEZ, «Choix de sexe: commentaire d'une décision judiciaire appliquant la loi espagnole sur les techniques de reproduction assistée», *Journal International de Bioéthique*, 1992, vol. 3, n.º 1, págs. 5 y ss.
- VIDAL MARTÍNEZ, «Algunos datos y observaciones para contribuir a la consideración jurídica del embrión humano concebido *in vitro*», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Doctor José Luis LACRUZ BERDEJO*, J.M. Bosch Editor, S. A, Barcelona, 1993, págs. 337 y ss.
- VIDAL MARTÍNEZ, «La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida», *RGD*, septiembre 1994, págs. 9523 y ss.
- VIDAL MARTÍNEZ, «Acerca de la reciente legislación francesa regulando actividades relacionadas con la bioética», *Revista General del Derecho*, 1994, págs. 9535 y ss.
- VIDAL MARTÍNEZ (coordinador), BENÍTEZ ORTÚZAR y VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998.
- VIDAL PRADO, «El derecho a conocer la filiación biológica. (Con especial atención a la filiación materna)», *Revista Jurídica de Navarra*, 1996, n.º 22, págs. 265 y ss.
- VILA-CORO BARRACHINA, «El comienzo de la vida humana», *Revista General de Derecho*, n.º 3, t. XLIV, 1988, págs. 528 y ss.
- VILA-CORO BARRACHINA, «Nuevas tendencias del Derecho de Familia», *RGD*, diciembre 1989, págs. 7817 y ss.
- VILA-CORO BARRACHINA, «Los derechos del menor en la nueva genética», *RGD*, abril 1992, págs. 2487 y ss.

- VILA-CORO BARRACHINA, «La reproducción asistida en la mujer sola», *RGD*, mayo 1992, págs. 3901 y ss.
- VILA-CORO BARRACHINA, «Falacia legislativa», Comunicación presentada a la Reunión Internacional sobre el Genoma Humano: Aspectos legales, celebrada en Bilbao del día 24 a 26 de mayo de 1993.
- VILA-CORO BARRACHINA, «El padre referencial», *Actualidad Administrativa*, 1994-5, págs. 49 y ss.
- VILA-CORO BARRACHINA, *Introducción a la biojurídica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.
- VISINTIN, «Ancora qualche considerazione sulla necessità di una legge che regolamenti la fecondazione artificiale umana», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1987, págs. 1503 y ss.
- VVAA., «I quarant'anni delle "Dottine Generali" di Francesco Santoro Passarelli». Ricordi di Natalino Irti, Michele Giorgiani, Gustavo Minervini, Pietro Rescigno, Renato Scognamiglio e Augustin Luna Serrano. Nota introduttiva di Alberto Trabucchi. Saluto di Francesco Santoro-Passarelli, *Rivista di Diritto Civile*, 1986-2, págs. 61 y ss.
- VVAA., II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones*, Trivium, Madrid, 1988.
- VVAA., «Filiación, su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación», *Cuadernos de Derecho Judicial*. (Director: Francisco Lledó y Yagüe), Marzo 1994
- VVAA., *Procreazione assistita e tutela del figlio. Prospettive femministe, dibattito bioetico e ipotesi normative* (A cura di CATTORINI), Dipartimento di Medicina e Scienze Umane. Istituto Scientifico H. San Raffaele, Europa Scienze Umane Editrice, Milano, 1996.
- ZAMPI, «Aborto e diritto alla paternità: quando il diritto positivo viola il diritto di natura», *Iustitia*, 1991-2, págs. 201 y ss.
- ZANNONI, «La genética actual y el Derecho de Familia», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, Diciembre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n.º II, págs. 47 y ss.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, «La naturaleza jurídica de los elementos genéticos», *RGD*, junio 1986, págs. 2435 y ss.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1988.
- ZATTI, «Dal consenso alla regola: il giurista in bioetica», *Rivista Critica di Diritto Privato*, Dicembre 1994, Anno XII, n. 4, págs. 523 y ss.
- ZATTI, «Inseminazione omologa ed eterologa, fecondazione e trattamento de gamei ed embrioni» en *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Padova, 1987, págs. 86 y ss.
- ZATTI, «Verso un Diritto per la Bioetica: Risorse e limiti del discorso giuridico», *Rivista di Diritto Civile*, 1, 1995, págs. 43 y ss.

ABC, Madrid, Fechas contempladas en texto y notas.

As, Madrid. Fechas contempladas en texto y notas.

AAFKE DE JONG *et al.*, Informe presentado por los Países Bajos al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

AREZO PIRIZ, «La medicina moderna de la procreación en el derecho de familia y en el derecho de las sucesiones», Informe presentado por la Delegación Uruguaya, al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

BEAULNE, «La médecine moderne de la procréation et son influence dans le droit de la famille et des successions», Informe presentado por la Delegación canadiense al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

BUGUET-CORDIER en el Informe Francés presentado al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

COLL DE PESTAÑA, URRUTIA DE BASORA, «La nueva tecnología reproductiva: reflexiones sobre las normas filiatorias y hereditarias y sugerencias para una Adopción Pre-Natal», Informe presentado por la Delegación de Puerto Rico, al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

COMISIÓN ESPECIAL DE ESTUDIO DE LA FECUNDACIÓN *IN-VITRO* Y LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANAS

1) Documentación Nacional:

1. Instituto de la Mujer: «Opinión del Instituto de la Mujer sobre utilización, desarrollo y regulación de las diversa técnicas de gametización instrumental».

2. Dr. D. Pedro BARRI RAGUE: «Fertilización *in vitro*».

3. Dr. D. Josep EGOZCUÉ CUIXART: «Informe».

4. Dr. D. José BOTELLA LLUSIÁ: «Objeciones al informe sobre inseminación artificial con semen de donante, del que son autores los doctores CALAF, IGLESIAS y VANRELL».

5. Dres. D. Joaquim CALAF ALSINA, D. Xavier IGLESIAS GUIU y D. Juan Antonio VANRELL DÍAZ: «Informe a los miembros de la Comisión del Congreso sobre inseminación artificial con semen de donante».

6. Dr. D. Josep EGOZCUÉ CUIXART (Fecha: 11-X-85): «Informe».
 7. Dr. D. Santiago DEXEUS TRIAS DE BES: «Informe».
 8. Dr. D. José Antonio USANDIZAGA BEGUIRISTAIN: «Informe».
 9. Dr. D. Juan Ramón LACADENA CALERO: Resumen sobre «Consideraciones genéticas sobre la reproducción humana».
 10. Dr. D. Julián RUBIO CARDIEL: «Contestación a las cuestiones formuladas por el Ilmo. Sr. presidente de la Comisión Parlamentaria en la sesión de 23-X-85».
 11. Dres. D.^a Carmen OCHOA MARIETA y D. Jon Ander BILBAO: «Informe a los miembros de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas».
 13. Dr. D. Gonzalo HIGUERA UDÍAS: «Aportación ética».
 14. Dr. D. Xavier RUBERT DE VENTÓS: «Informe para la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas».
 15. Dr. D. Augusto HORTAL ALONSO: «Aspectos éticos de la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro* humanas».
 16. Dr. D. Marciano VIDAL GARCÍA: «Fecundación Artificial y Ética: ¿Cómo formar un juicio ético con validez científica?»
 17. Dr. D. José Luis LACRUZ BERDEJO: «Informe sobre Inseminación Artificial y otros extremos semejantes».
 18. Dr. D. Vicente MONTÉS PENADÉS: «Informe presentado tras la Reunión de Juristas del día 28 de Noviembre de 1985».
 19. Dr. D. Juan Ramón LACADENA: «Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto». (Excluyo el segundo apellido del autor por fidelidad al índice original depositado en el Congreso de los Diputados).
 20. Dr. D. Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA: «Aspectos jurídicos de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas».
 21. Dr. D. Francisco LLEDÓ YAGÜE: «Informe».
 22. Asociación de Mujeres para la Salud: «Dossier».
 23. Dr. D. Sixto PERERA GONZÁLEZ y Dr. D. Pedro CABALLERO PEREGRÍN: «Informe».
 24. Instituto Borja de Bioética. Informes del Dr. D. MANUEL CUYÁS sobre: «La trascendencia moral del cigoto y del embrión» y «Fertilización *in vitro*: Consideraciones morales».
 25. Dres. LACADENA, BARRI, VIDAL GARCÍA, GRACIA y GAFO: «La fecundación artificial: ciencia y ética».
 26. Dr. VANRELL: «Información de la Sociedad Española de Fertilidad y la Asociación Española de Andrología a solicitud del Presidente de la Comisión Especial».
 27. Dr. D. Juan Ramón LACADENA CALERO: «Glosario de términos científicos relacionados con la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial». y «Adenda de definiciones para el Glosario».
 28. Clínica 2200. Madrid
- Dr. D. Ángel SOPENA y otros: «Fertilización *in vitro* con punción ecográfica, nuevos criterios estudio Fase II» (*sic*).
- Dr. D. Alberto ARENAZA y otros: «Congelación de semen humano en píldoras. Aspectos técnicos».

— Dr. D. Galera FERNÁNDEZ y otros: «Inseminación artificial por donante con semen descongelado».

— Dra. D.^a Mercedes RODRÍGUEZ y otros: «Recuperación de ovocitos por punción ecográfica. Nuevas aportaciones técnicas».

— Cinta de video.

Informes varios (no enviados a los Sres. Expertos).

2) Documentación extranjera Australia

1. Parlamento de Australia:

«Cronología de la fecundación *in vitro*». Enero de 1983 a Agosto de 1984.

«Family Law Amendment Act 1983 y The Marriage Amendment Act 1985».

2. Fertilización *in vitro*. (Universidad de Monash).

3. Committee to consider the social, ethical and legal issues arising from *in vitro* fertilisation: «Report on donor gametes in IVF».

4. The Australian & New Zeland Journal of Obstetrics & Gynaecology(*sic*): «From Magar to Baby Cotton-Subrogacy, 85». Autor: The Hon. Justice M. D. Kirby, CMG.

Estados Unidos

5. Congreso de los Estados Unidos (OTA): «Human Gene Therapy».

6. Ethics Advisory Board (Department (*sic*) of Health, Education and Welfare): «Report and Conclusions: HEW Support of Research Involving Human *in vitro* Fertilization (*sic*) and Embryo (*sic*) Transfer».

7. Dr. Paul G. McDONOUGH M.D.: «The legacy of *in vitro* fertilization-filial 1» (*sic*). (July 1983).

8. Dra. Maureen McGUIRE y Dra. Nancy J. ALEXANDER: «Artificial Insemination of single women» (February 1985).

9. Dres. Martin M. QUIGLEY y Lory B. ABDEWS (*sic*): «Human *in vitro* fertilization and the law» (September 1984).

10. Dr. Bernard D. HIRSCH: «Parenthood by Proxy».

Francia

11. «Procreación Artificial»

12. Asamblea Nacional: «Proposition de Loi relative au statut de l'enfant conçu ainsi qu'aux expérimentations e recherche concernant la creation de la vie humaine» (*sic*).

Reino Unido

13. Departamento de Sanidad y Seguridad Social. Londres: «Informe de la Comisión Investigadora sobre fertilización humana y embriología» («Informe Warnock, 1984).

Italia

14. Camera del Deputati (*sic*): «Proposta di Legge sobre Norma sulla inseminazione artificiale e sulla fecondazione *in vitro*».

Suecia

15. Informe del Servicio de Investigación del Gobierno de Suecia.

16. SOU 1984:88, pages 20-26.

17. SOU 1983:42. «Dictamen previo a la redacción de la Ley de inseminación artificial humana».

Consejo de Europa

18. CAHGE.GT 1984, 2. «Working party of the *Ad hoc* Committee of Experts on ethical and legal problems relating to human genetics».

Varios

19. Dres. ACOSTA, GARCÍA, JONES, VEECK, SANDOW: «Organisation of an *in vitro* fertilization (*sic*) programme».

20. Ensayo de Derecho Argentino. 1984. «La inseminación artificial y el Derecho de Familia».

21. Research related to human fertilisation and embryology. British Medical Journal. v. 285. 20/11/82.

Por fidelidad al texto he mantenido la identificación como figura en la documentación consultada en el Archivo del Congreso de los Diputados.

COMISIÓN ESPECIAL DE ESTUDIO DE LA FECUNDACIÓN *IN VITRO* Y LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANAS, (presidida por Marcelo Palacios), *Informe*, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La legislazione straniera sulla procreazione assistita*, Presidenza del Consiglio dei Ministri. Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria in collaborazione con Dipartimento per gli Affari Sociali, Roma, 1993.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, «Parere sulle tecniche di procreazione assistita: sintesi e conclusioni», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1995-1, págs. 426 y ss.

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ (CCNE), *X Anniversaire. Les Avis de 1983 à 1993*.

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, «Avis» n° 40, de 17 de décembre de 1993, auprès le transfert d'embryos après le décès de son époux ou de son compagnon, *Journal International de Bioéthique*, 1995, vol. 6, n° 1, págs. 67 y ss.

CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Donum Vitae*, Instrucción sobre el respeto de la vida naciente y la dignidad de la procreación, Ciudad del Vaticano, 22 de febrero de 1987, Colección Folletos mc, n° 441.

CONSEIL D'ÉTAT, Arrêt de 22 de enero de 1988, *Recueil Dalloz Sirey, informations rapides*, 1988, págs. 45 y ss.

CONSEIL D'ÉTAT, *De l'éthique au Droit*, La Documentation française, Paris, 1988.

CONSEIL D'ÉTAT, Arrêt de 21 de julio de 1989, *Recueil Dalloz Sirey, Informations rapides*, 1989, págs. 247 y ss.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Procréation artificielle humaine*/ préparé par le Secrétariat du Conseil de l'Europe, Conseil de l'Europe (Affaires juridiques), 4c, 1989, 42.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Proposition d'une convention pour la protection de la personne humaine à l'égard des sciences biomédicales*, Strasbourg, 1990.

CONSEIL DE L'EUROPE, «Rapport sur la Procréation Artificielle Humaine: Principes énoncés dans le rapport du Comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales (CAHBI, publié en 1989)», *Textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique*, Direction des Affaires Juridiques, Strasbourg, 1993.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Assistance Médicale à la procréation et protection de l'embryon humain. Étude comparative sur la situation dans 39 pays*, Strasbourg, 2 juin 1998, CDBI/INF (8) 8, Provisoire.

DÍAZ LEMUS DE MARTÍNEZ, «La medicina moderna de la procreación, en el derecho de familia y en el de sucesiones», Ponencia presentada por Guatemala al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

El País, Madrid. Fechas contempladas en texto y notas.

FLORIDI, «Fecondazione artificiale e principi del Magistero Cattolico», Informe presentado por el Notariado Vaticano al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

GONZÁLEZ DE CANCINO, «Derecho de Familia y técnicas de Reproducción Humana Asistida», Ponencia presentada por Colombia al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

HADERKA (juge, Cour Régionale d'Ostrava, République Tchèque), «Filiation et bioéthique», Informe presentado al XXVII Colloque de Droit Européen sur les problèmes juridiques concernant le lien de filiation, celebrado en La Valette, Malte, del 15 al 17 de septiembre de 1997. Recogido también en las Actas publicadas por el Consejo de Europa, Estrasburgo, 1999, págs. 39 y ss.

JONG, HAMANS y MEYER, Informe presentado por los Países Bajos al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

JUAN PABLO II, *Carta Encíclica de Juan Pablo II. Evangelium Vitae. Valor y carácter inviolable de la vida humana*, 1995, págs. 59 y ss. y 134 y ss.

LABRIOLA y SALERNO, «La medicina moderna della procreazione nel diritto de famiglia e della successione», Informe Italiano presentado al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

LIGOT y RENCHON, Informe Belga presentado al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO: Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *I Informe Anual*, Diciembre 1998.

MURAT, «La Convention Internationale sur les droits de l'enfant et la capacité civile du mineur», en *Autour de l'enfant*» sesión celebrada en Lyon en mayo de 1992.

Nota del Letrado de la Comisión de Política Social y Empleo don MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, de 21 de abril de 1988, relativa a la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Núm. expdte. 122/000062).

PONCE DE FAUSTINELLI, «La medicina reproductiva moderna y sus efectos en el derecho familiar y hereditario», Ponencia argentina presentada al XXI Congreso

Internacional del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

ROTHLEY *et al.*, «Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación artificial humana». Comisión de asuntos jurídicos y de derechos de los ciudadanos. Parlamento Europeo, 1990.

RUBELLIN-DEVICHI, «Les réformes législatives et la convention des droits de l'enfant», en las Actas de «Autour de l'enfant», sesión celebrada en Lyon en mayo de 1992, Coloquio, organizado por el centro de Derecho de la Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad LYON III.

SIMÓ SEVILLA, «La medicina moderna de la procreación en el Derecho de Familia y en el Derecho Sucesorio», Ponencia española presentada al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995.

Simposio del Consejo de Europa sobre Bioética (Estrasburgo, Francia), *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994, N.º 1, págs. 245 y ss.

Simposio sobre las implicaciones de la manipulación de embriones humanos desde una perspectiva científica, legal y ética, celebrado los días 27 y 28 de octubre de 1993 en Barcelona, Suplemento nº 142 de *La Vanguardia* del viernes, 20 de octubre de 1993.

ZIMMERMANN y BECKER, «La medicina reproductiva moderna y sus efectos en el derecho familiar y hereditario», Informe Alemán presentado al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995.

Alquiler de útero: Sinónimo: Subrogación de útero.

Anidación: Proceso por el cual el embrión se une a la pared del útero y comienza a introducir en la misma unas a modo de prolongaciones denominadas vellosidades coriónicas. La anidación comienza hacia los siete días después de la fecundación, cuando el embrión alcanza el estadio de blastocisto, y termina hacia los catorce días.

Aspiración: Proceso de extracción de los óvulos para su fecundación *in vitro*.

Astenozoospermia: Genéricamente, debilidad referente a la producción de espermatozoides.

Azoospermia: Carencia de espermatozoides en el semen.

Blastocisto: Estadio del desarrollo embrionario que aparece en la especie humana hacia el séptimo día después de la fecundación, iniciando inmediatamente después su fijación a la pared del útero y terminándola al cabo de otros siete días.

Blastómero: Cada una de las células que constituye el embrión durante los primeros estadios de desarrollo.

Cigoto: Célula formada por la fusión de dos gametos. Dicha célula contiene la información genética que constituye el programa de desarrollo del huevo.

Clonado: Obtención de individuos genéticamente idénticos. Referido a organismos animales superiores, lleva implícita su obtención mediante la técnica de trasplante de núcleos totipotentes o la separación de blastómeros en los primeros estadios del desarrollo embrionario.

Concepción: Acción y efecto de concebir. Sinónimo: Fecundación.

Cresta neural: Conjunto de células embrionarias que constituyen el primordio del futuro sistema nervioso. Comienza a aparecer a los catorce días después de la fecundación, coincidiendo, por tanto, con el final de la anidación.

¹ Cfr. LACADENA, «Glosario de términos científicos», para la Comisión Especial de Estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas; y en «Glosario de términos científicos referentes a la reproducción humana, en sus aspectos biológicos naturales y artificiales», en GAFO, *Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, págs. 169 y ss. así como LEJEUNE, *¿Qué es el embrión humano?*, Editorial RIALP, S. A. Madrid, 1993.

Donante: Cualquier persona que ofrece sus gametos o, en su caso, el útero para uso o en beneficio de otra(s) personas.

Embarazo: Periodo comprendido desde la fecundación del óvulo hasta el parto. Para algunos autores, el embarazo empieza al producirse la anidación.

Embriogénesis: Proceso de formación del embrión.

Embrión: Producto de la concepción desde las primeras modificaciones del huevo fecundado. En la especie humana se mantiene este término hasta los tres meses de embarazo, a partir de los cuales toma el nombre de feto.

Esperma: Sinónimo: Semen.

Espermátida: Célula animal masculina resultante de la división meiótica; por tanto, cada proceso meiótico produce cuatro espermátidas. Se diferencian en espermatozoides durante el proceso de la espermiogénesis.

Espermatocito: Célula animal masculina que experimenta la meiosis.

— Primario: Espermatocito que experimenta la primera división meiótica y origina dos espermatocitos secundarios.

— Secundario: Espermatocito que experimenta la segunda división meiótica y origina dos espermátidas.

Espermatogénesis: Gametogénesis masculina en animales que da lugar a la formación de los espermatozoides (gameto masculino) dentro de la gónada masculina (testículo).

Los testículos contienen las células germinales primordiales (espermatogonias primarias) que entran en una fase de rápida multiplicación mitótica (mitosis), produciendo las espermatogonias secundarias. Estas se transforman en espermatocitos primarios, los cuales sufren la primera división meiótica, dando lugar cada uno a dos espermatocitos secundarios que, a su vez, sufren la segunda división meiótica y originan cada uno dos espermátidas.

Espermatozoide: Célula reproductora masculina madura, constituyente esencial del semen, producida en los testículos.

Esterilidad: Cualquier fallo total o parcial que presente un individuo en la producción de gametos funcionales (esterilidad gamética) o cigotos viables (esterilidad cigótica).

Fecundación: Unión del óvulo maduro y el espermatozoide con fusión del material genético de sus núcleos.

Fecundación artificial: Cualquier caso de fecundación que no se realice por procedimientos estrictamente naturales.

Fecundación *in vitro* (FIV): Fecundación en condiciones de laboratorio de un óvulo previamente extraído quirúrgicamente de la mujer por un espermatozoide.

Fenotipo: Expresión externa o manifestación de un determinado genotipo. Puede decirse que el fenotipo es la expresión del genotipo en un ambiente determinado.

Fertilidad: Potencial reproductivo de un individuo medido por la capacidad de producir descendencia viable.

La fertilidad normal se da cuando se producen gametos viables en número

normal, cuando la unión de los gametos es normal y cuando se produce descendencia viable tras la viabilidad normal de los cigotos, los embriones y los fetos.

Feto: Término con el que se denomina el producto de la concepción desde el final del primer trimestre de embarazo hasta el parto.

Folículo de Graaf: En el ovario de mamíferos, vesícula esférica que contiene un óvulo en desarrollo y líquido folicular. Dicha vesícula está rodeada por numerosas células foliculares.

Gameto: Célula sexual masculina (espermatozoide) o femenina (óvulo).

Gametogénesis: Proceso de formación de los gametos o células sexuales masculinas y femeninas.

Genotipo: Constitución fundamental hereditaria de un individuo que resulta de una combinación particular de genes.

Gestación: Periodo intrauterino del desarrollo de un embrión.

Gestación de alquiler: Sinónimo: Maternidad de alquiler.

Gestación de sustitución: Sinónimo: Maternidad de sustitución.

Gestación subrogada: Sinónimo: Maternidad subrogada.

IA: Inseminación artificial.

IAC: Inseminación artificial con semen del marido (o del compañero en parejas estables).

IAD: Inseminación artificial con semen de donante.

Implantación: Sinónimo: Anidación. Fijación del óvulo fecundado en la superficie del útero.

Impotencia: Incapacidad de engendrar o concebir.

— *Coeundi:* Imposibilidad de que el varón fértil deposite el semen en el fondo vaginal para que luego los espermatozoides puedan avanzar a lo largo del tracto genital.

— *Generandi:* Sinónimo: Esterilidad.

In utero: Referente a procedimientos que se realizan o a fenómenos que tienen lugar dentro del útero.

In vitro: Referente a procedimientos que se realizan o a fenómenos que tienen lugar en tubo de ensayo o equivalente (placa Petri, etc.).

In vivo: Referente a procedimientos que se realizan o a fenómenos que tienen lugar en el organismo vivo e intacto.

Incompatibilidad genética: Es la restricción selectiva de la competencia de apareamiento debida a genes de incompatibilidad que limitan o impiden la fecundación de los gametos y, consecuentemente, la formación del cigoto. Ello significa que dos individuos capaces de producir gametos viables no pueden tener descendencia entre sí, aunque podrían tenerla con terceros individuos.

Individualización: Cuando en el proceso de desarrollo el organismo adquiere de forma definitiva las propiedades de unicidad y unidad que le confieren la categoría biológica de individuo.

Infertilidad: Cuando se interrumpe en cualquier etapa la cadena de acontecimientos normales (formación de gametos, fecundación, desarrollo) que ha de originar el nacimiento de un individuo.

Inseminación artificial (IA): Introducción del semen dentro de la vagina o el útero de la mujer por medios diferentes a la cópula o acoplamiento sexual. Puede realizarse:

- Con semen del marido o del compañero, en caso de pareja estable (IAC).
- Con semen de donante (IAD).

Inseminación heteróloga: Inseminación con semen de otra especie. Algunos autores la consideran como sinónimo de IAD.

Inseminación homóloga: Inseminación con semen de la misma especie. Algunos autores la consideran como sinónimo de IAC.

Líquido espermático: Sinónimo: Semen.

Madre de alquiler: Sinónimo: Madre subrogada.

Madre biológica: Aquella en cuyo útero se desarrolla la gestación. Puede o no coincidir con la madre genética o la madre legal.

Madre genética: La que proporciona el óvulo que al ser fecundado por el espermatozoide da lugar al cigoto, a partir del cual se desarrollará el nuevo ser.

Madre legal: La que asume, a los efectos legales, todos los derechos y obligaciones de la maternidad. Puede o no ser la madre genética o la madre biológica.

Madre subrogada: La que ha cedido su útero para la gestación de un embrión que le ha sido transferido. La madre subrogada, que es la madre biológica, no coincide con la madre legal; no obstante, puede ser también en ocasiones la madre genética, en cuyo caso no es necesaria la transferencia del embrión sino, simplemente, la inseminación artificial.

Manipulación de embriones: Hace referencia a cualquier clase de intervención, tratamiento o utilización de los embriones con fines procreativos, de diagnóstico, terapéutico o de investigación.

Maternidad subrogada: La que lleva consigo la subrogación de útero.

Sinónimo: Maternidad de alquiler: Maternidad de sustitución.

Meiosis: Proceso celular esencial de la gametogénesis consistente en divisiones celulares sucesivas.

Mitosis: Proceso por el cual la información genética contenida en los cromosomas del núcleo se reparte a la células hijas en el proceso de división celular.

Oocito: Célula precursora del óvulo maduro.

Ovario: Órgano reproductivo femenino en el que se producen óvulos.

Ovulación: Liberación por el ovario de un óvulo maduro.

Óvulo: Gameto femenino.

Padre biológico: Sinónimo: Padre genético.

Padre genético: El que proporciona el espermatozoide que al fecundar el óvulo da lugar al cigoto, a partir del cual se desarrollará el nuevo ser.

Padre legal: El que asume, a los efectos legales, todos los derechos y obligaciones de la paternidad. Puede o no ser el padre genético.

Preembrión: Algunos autores denominan así al embrión antes de completar

la anidación, es decir, hasta los catorce días desde el momento de la fecundación.

Procreación: Acción y efecto de engendrar.

Quimera: Organismo cuyas células derivan de dos o más cigotos distintos.

Reproducción sexual: Consiste en la formación de las llamadas células germinales o gametos, su aislamiento de las restantes células del individuo (células somáticas) y su posterior fusión (fecundación) para dar lugar al cigoto que, por un proceso múltiple de división celular, se transformará en un nuevo individuo. Desde el punto de vista genético, el fenómeno de la reproducción sexual es doble: la reducción cromosómica (meiosis) que conduce a la formación de los gametos con un solo juego cromosómico y la restauración del número cromosómico propio de la especie mediante la fecundación.

Selección de sexo: Cualquier acción biológica encaminada a obtener descendencia de un sexo previamente elegido.

En mamíferos podrá realizarse por:

— Selección de espermatozoides: Mediante la posibilidad de separar por alguna técnica los espermatozoides portadores del cromosoma X de los portadores del cromosoma Y.

— Sexado de embriones: Conocimiento del sexo del embrión mediante análisis.

Semen: Fluido compuesto por la mezcla de espermatozoides y secreciones producidas por las vesículas seminales, la próstata y las glándulas de Cowper. La cantidad de semen eyaculado por término medio en un acto sexual contiene unos doscientos millones de espermatozoides.

Superovulación: Estimulación de la ovulación de la mujer mediante fármacos y hormonas con objeto de obtener varios óvulos maduros en un solo ciclo menstrual y extraerlos mediante aspiración del líquido folicular tras la punción del folículo.

Totipotencia: Capacidad de una célula de originar un individuo completo si las condiciones experimentales le indujeran a ello. Este concepto es aplicable en los experimentos de trasplante de núcleos realizados con el objeto de llevar a cabo el clonado de organismos.

Transferencia de embriones: Acción de trasladar embriones al interior del útero.

Unicidad: Calidad de ser único. Propiedad inherente a la individualización del nuevo ser. Durante las primeras etapas de desarrollo embrionario no está definida la unicidad, como lo prueba la existencia de gemelos monocigóticos producidos por división del mismo cigoto o del embrión en las primeras etapas del desarrollo. Dicha división sólo puede producirse antes de la formación de la cresta neural, lo cual coincide con la terminación del periodo de anidación.

Unidad: Realidad positiva que se distingue de toda otra; es decir, propiedad de ser uno solo. Propiedad inherente a la individualización del nuevo ser. Durante las primeras etapas de desarrollo embrionario no está definida la propiedad de unidad, como lo prueba la existencia de quimeras. Las quimeras no

pueden producirse después de la aparición de la cresta neural, lo cual coincide con la terminación del periodo de anidación.

Viabilidad: Término usado para indicar que el feto podría sobrevivir fuera del útero materno. Normalmente se considera que la viabilidad del feto comienza al principio del tercer trimestre de gestación, si bien con los adelantos clínicos actuales la edad de viabilidad fetal se anticipa progresivamente.

