

INNOVACIONES JURÍDICAS EN EL CAMPO DE LA BIOGENÉTICA (*)

M.^a DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ**

SUMARIO: 1. *Planteamiento del tema.*—2. *Técnicas de Reproducción Asistida.*—3. *Ámbito de aplicación.*—4. *Sujetos de las técnicas.*—5. *Consentimiento.*—6. *Filiación. Determinación de la maternidad.*—7. *Determinación de la paternidad.*—8. *Impugnación de la filiación por el hijo.*—9. *Determinación de la paternidad cuando se preste el consentimiento por el marido.*—10. *Filiación de los hijos de pareja «more uxorio» cuando contraen matrimonio.*—11. *Filiación «post mortem».*

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Los avances de las ciencias experimentales han alcanzado tal desarrollo en sectores como la ingeniería genética, que al afectar la experimentación al propio ser humano, a su generación, existencia y relaciones parentales, se proyecta sobre la ciencia del Derecho con tan heterogéneos y complicados problemas que nos suscita la duda, al menos, de si el Derecho es tal ciencia, es decir, si aquellos problemas pueden ofrecer respuesta por el Derecho como integrantes del saber jurídico, o, por el contrario, aquéllos se encuentran en el campo extracientífico de la moral y de la ética.

Se ha dicho, y con razón, que las Técnicas de Reproducción Asistida (en lo sucesivo TRA) son el origen de vivacísimos debates, de grandes esperanzas y de grandes inquietudes. El problema tiene una importancia fundamental, porque

* El texto de este trabajo corresponde a la ponencia presentada en el «Congreso Mundial. Creatividad 93».

* Vicerrectora de Educación Permanente. Profesora titular de Derecho Civil.

la imagen de nuestro tiempo que emerja de las páginas de la historia futura probablemente dependerá de la respuesta que nuestra época haya dado a una cuestión tan crucial como decisiva.

El Derecho intenta dar soluciones a los problemas que plantean las TRA, pero tiene el reto de partir de un principio moral fundamental: se trata de saber si es lícito o no al hombre disponer del proceso reproductivo, controlándole con intervención directa y artificial.

El problema existe; no es posible obviarlo; juristas, médicos, biólogos y moralistas de todo el mundo, han emitido sus opiniones, esperanzadoras, unas, y temerosas, otras; las más conservadoras y algunas progresistas. Los Estados y ciertas Instituciones tratan, a su vez, de ofrecer soluciones jurídicas, por vía legislativa, pero lo hacen con mesura y precaución dada la incidencia que la materia tiene sobre el ser humano, su dignidad y su desarrollo material y espiritual en el seno de la familia.

Entre las naciones europeas, Suecia ha sido quien primero ha tratado de ofrecer una solución legislativa a los problemas jurídicos derivados de las TRA. Lo ha hecho por Ley de 20-12-1984, que entró en vigor el 1 de marzo de 1985.

Nuestros legisladores no han sido ajenos a estas preocupaciones ni a esta realidad sociológica. Con diligencia encomiable, han tratado de dar respuesta a esta cuestión en las Leyes 35/1988, de 22 de noviembre sobre TRA, corregida en el «BOE» de 26 de noviembre, y 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos.

De ellas nos ocuparemos a continuación, pero sólo en cuanto inciden en materia de paternidad y filiación, desde el punto de vista del Derecho Civil. Descartamos, de antemano, cualquier juicio de valor en el plano de la ética o la moral, aunque reconocemos que no están sustraídas a valoraciones axiológicas desde perspectivas que rebasan el mero campo del Derecho.

2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Las TRA que regula la Ley 35/88 son:

- Inseminación Artificial con semen del marido, denominada Inseminación Homóloga (IA).
- Inseminación Artificial con semen procedente de una tercera persona, donante o dador, llamada Inseminación Heteróloga (IAD).

- Fecundación «in vitro», ya sea homóloga o heteróloga, según que los gametos provengan de los cónyuges o pareja conviviente o hayan sido donados por terceras personas previamente (FIV).

En esta modalidad, en cualquiera de sus clases, la fecundación del óvulo se obtiene en el laboratorio, ante la imposibilidad de que el semen se fertilice, naturalmente, en el tercio externo de las trompas de Falopio.

- Transferencia Intratubárica de Gametos, que consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos y espermatozoides para que fecunden a aquéllos en las propias trompas (TIG).

Estas Técnicas han sido posibles, científicamente, mediante la manipulación de los gametos, espermatozoides y óvulos. Han contribuido a ello las técnicas de congelación, que permiten disponer durante un tiempo, más o menos largo, de los gametos para una posterior utilización.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre TRA, viene determinado por el apartado 2.º, del artículo 1.º, que dispone que «Las Técnicas de Reproducción asistida, tienen por finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces». Es decir, las TRA parece que tienen carácter subsidiario, porque sólo se aplicarán si no fuese posible la procreación por medios naturales. La finalidad atribuida por la Ley parece que es eminentemente terapéutica, como un remedio subsidiario para aquellas parejas que por diversas circunstancias no pueden procrear por medios naturales. Sin embargo, esto no es así, porque por vía de corrección de errores de la Ley 35/88, «BOE» de 26 de noviembre, entre otras rectificaciones se incluye la referente al apartado 2.º del artículo 1.º de la Ley, en el sentido de añadir la palabra «fundamental» al primer párrafo, de manera que el citado precepto queda redactado en los siguientes términos: «Las TRA tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana...».

La inclusión del termino «fundamental», que a simple vista parece carecer de trascendencia jurídica, determina, sin embargo, la extensión del ámbito material de aplicación de la Ley en gran medida. Si la primitiva redacción aparecida en el «BOE» acota su ámbito y limita las TRA al atribuirles un carácter meramente subsidiario, sólo para los supuestos de esterilidad humana, la redacción actual, como consecuencia de la rectificación por vía de error, la expande a supuestos que no son de mera esterilidad, más acorde quizás con el tratamiento que se hace en otros apartados de la Ley a distintos supuestos, como la preven-

ción y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, o la extensión de las Técnicas a las mujeres solteras (art. 6-3 a «sensu contrario»).

Esta regulación pone de manifiesto que nuestro legislador atribuye a las TRA carácter alternativo para la procreación humana.

El dilema vía subsidiaria o vía alternativa de las TRA ha sido una de las cuestiones que más vienen preocupando a los modernos cultivadores de la ciencia del Derecho, porque va íntimamente ligada a la existencia o no de un derecho subjetivo de la persona a tener hijos.

Un sector de la doctrina se inclina a considerar que la mujer sola o el matrimonio de hecho no tienen, «hic et nunc», ante el Derecho, ningún tipo de derecho subjetivo, al menos de valor absoluto, a tener hijos¹.

En cambio, la doctrina también entiende que la pareja unida por matrimonio, ya sea civil o canónico, tiene como una de sus finalidades principales la procreación y educación de la prole. Aunque frente a esta aseveración es preciso hacer notar que en el actual sistema civil de Derecho de familia la exclusión de la procreación no tiene consecuencias jurídicas, a diferencia de lo que sucede en el sistema de Derecho canónico, en donde la exclusión de la procreación consciente y querida por los contrayentes, puede dar lugar a la nulidad matrimonial.

Por esta razón buen número de juristas y de moralistas, en general, aunque están de acuerdo en la práctica de estas Técnicas, discrepan en cuanto a su ámbito de aplicación. Este ámbito está constantemente sometido por ellos a crítica, análisis y revisión.

Nuestra doctrina jurídica se muestra unánime en admitir la aplicación de estas Técnicas a las parejas casadas. Está dividida, sin embargo, a extenderla a parejas no casadas. Parte de ella arguye² que la actitud renuente a las uniones «de facto» o «more uxorio», responde a la insuficiencia de criterios de calificación legal a la hora de valorar o enjuiciar la estabilidad de la relación similar al matrimonio, puesto que la misma no engendra, «per se», obligaciones ni deberes jurídicos o derechos personales y patrimoniales recíprocos, «vis a vis», a los miembros convivientes «de facto», por lo que en este punto se distancia de la relación conyugal. Y puede decirse que mayoritariamente es contraria³ a extenderla a las mujeres solas.

¹ MONTÉS PENADÉS, *La genética actual y el Derecho de familia*, Congreso Hispano Americano de Derecho de Familia, Tapia, Derecho de familia, III, año 1988, abril, n.º 39, pág. 25 y ss., particularmente pág. 27, y separata ponencia, pág. 53.

² LLEDÓ YAGÜE, *La genética actual y el Derecho de familia*, Tapia, Derecho de familia, año 1987, n.º 36, pág. 46.

³ GARCÍA CANTERO; SANCHO REBULLIDA; HERNANDEZ, CARMEN; LLEDÓ YAGÜE, entre otros.

La Ley, en sus apartados 3.º y 4.º del art. 1.º, extiende las TRA a la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías de diagnóstico y terapéuticas, y estén estrictamente indicadas.

También autoriza la posibilidad de investigación y experimentación con gametos y óvulos fecundados humanos, según lo establecido en los arts. 14, 15, 16 y 17 de esta Ley en relación con el apartado 4.º del art. 1.º

En íntima conexión con la Ley 35/88, la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos ha venido a regularse por la Ley 42/1988, de 28 de diciembre. Esta llamada donación de embriones, fetos o células se realiza con fines de diagnóstico, terapéuticos, de investigación o experimentación, con ciertas limitaciones expresamente reguladas. Con ella se pretende establecer un marco legal a los avances de la ciencia sin conculcar los principios constitucionales y desde el respeto a la vida, a la dignidad y a los derechos humanos, como se pone de manifiesto en su exposición de motivos.

No obstante, es muy difícil, en materia tan delicada y trascendente, establecer una línea que delimite lo que es lícito, moral y ético, cuando el objeto sometido a manipulación es el mismo ser humano en fase de formación. La esperanza abierta a muchas parejas heterosexuales, que la naturaleza les niega el poder transmitir la especie humana, tiene como contrapunto la puerta abierta a las mayores aberraciones que un ser puede imaginar. Se ha podido leer, al poco de publicarse la Ley, en un diario de gran tirada nacional, el siguiente epígrafe: «España se va a convertir en un país de simios». No creemos, sin embargo, que esto puede suceder, pero sí es cierto que la Ley autoriza el cruce de gametos humanos con otros de animales, cuando cuenten con el permiso de la autoridad pública correspondiente o, en su caso, de la Comisión Nacional Multidisciplinar, si tiene competencias delegadas. Así lo establece el art. 14, apartado 4.º, como excepción a lo dispuesto en el art. 3.º, que prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

4. SUJETOS DE LAS TÉCNICAS

Toda persona mayor de edad, con plena capacidad de obrar y en buen estado de salud psicofísica [art. 1,b)], cualquiera que sea su estado civil, puede ser objeto de las TRA, si bien, con más rigor, cabe decir que el sujeto de las técnicas es, de forma más directa, la mujer con plena capacidad de obrar.

Como existe la presunción de que toda persona mayor de edad (mayoría que se adquiere a los 18 años) es plenamente capaz, con presunción «iuris tan-

tum», plantéase el problema de si puede ser sujeto de estas técnicas aquellas personas que, sin estar incapacitadas judicialmente, de hecho presentan alguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que les impida gobernarse por sí mismas.

La capacidad para actos tan trascendentales como éstos, no creemos que deba coincidir con el mero dato cronológico de los años y falta de declaración judicial de incapacidad, sino que es preciso la aptitud para entender o querer (creemos que a ello se refiere la Ley cuando dice en buen estado de salud psicofísica). La falta de capacidad natural, por tanto, impide a la persona ser sujeto de las TRA. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en otras materias jurídicas, la nulidad del acto no impediría los efectos, siendo éstos de tal entidad que trascienden de lo patrimonial y de lo personal para proyectarse sobre la esencialidad misma del ser humano, como puede ser el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho, con toda la dimensión ética y espiritual que ello comporta.

Por ello creemos que sería conveniente de «lege ferenda» arbitrar un procedimiento para comprobar si el sujeto tiene capacidad natural de obrar, porque a veces no coincide con la capacidad derivada del cumplimiento de los 18 años. A tal fin el buen estado psicofísico de la mujer requerido [2,b)] debería cumplir un protocolo obligatorio como se exige para los varones donantes (art. 5, apartado 6.º).

Cuando de este protocolo se dedujera la existencia de indicios suficientes, a juicio de una comisión de expertos, de que la persona no está debidamente capacitada para consentir, o lo que es lo mismo, carece de capacidad natural de obrar, debería darse traslado del informe al Ministerio fiscal para, en su caso, promover la incapacitación judicial de la persona.

Somos conscientes de que no es fácil encontrar una fórmula totalmente satisfactoria. Esta que proponemos tiene el inconveniente de la lentitud de la justicia, incompatible con la perentoriedad de las técnicas que actúan sobre la manipulación de gametos, óvulos o esperma. Por vía de corrección de errores se han suprimido del art. 19 los apartados 4, 5, 6, 7 y 8, en los que se regulaban las Historias Clínicas, etc.

A veces, en nuestro mundo de hoy se dan grandes paradojas; pensamos que nuestro ordenamiento jurídico ofrece cierta incongruencia cuando exige pruebas psicotécnicas y médicas para la obtención del permiso de conducir o el permiso de armas y apenas se preocupa de obtenerlas cuando se trata de dar vida a un ser humano y traer al mundo una criatura desvalida e indefensa por procedimientos no absolutamente naturales.

Si esta Ley no sólo tiene por objeto el tratamiento de la esterilidad, sino también la posibilidad de tratamiento y prevención de enfermedades de origen genético o hereditario, creemos que debieran adoptarse todas las medidas que la ciencia moderna pone a nuestro servicio para que las usuarias de estas técnicas

sean no sólo personas capaces legalmente, sino además con aptitud responsable para afrontar las trascendentales consecuencias que de ellas pueden derivarse, a fin de otorgar la protección que toda persona merece por el hecho de nacer, según establece nuestra propia Constitución y los Convenios Internacionales.

5. CONSENTIMIENTO

El art. 6, apartados 1, 3 y 4 de la Ley de TRA, exige que la mujer y el marido, así como la mujer y el varón conviviente, presten el consentimiento y que éste se manifieste de manera libre, consciente, expresa y por escrito (así, también en la donación de órganos procedentes de persona viva, arts. 2 y 4 de la Ley 30/1979 de 27 de octubre).

El consentimiento en las TRA se manifiesta como una declaración de voluntad dirigida a aceptar las mencionadas técnicas, pero, al mismo tiempo encierra, implícitamente, una aceptación voluntaria de maternidad o paternidad, como es la de considerar al niño como hijo propio. A diferencia del reconocimiento en la filiación por naturaleza, que se presenta como un acto jurídico declarativo o confesorio de paternidad⁴.

De relevante podemos calificar la función del consentimiento en relación a la determinación de la paternidad. El consentimiento tal y como se regula en la Ley de TRA, se erige en elemento constitutivo de la paternidad; se es padre legal, si previamente el marido o el varón conviviente han prestado el consentimiento.

La filiación asistida, que así denominamos la filiación derivada de las TRA para diferenciarla de la filiación por naturaleza y de la filiación adoptiva, se funda en el consentimiento dirigido no sólo a aceptar estos medios reproductivos, sino a asumir el papel de madre o padre con todas las consecuencias legales. Pero la paternidad o maternidad, en relación a la eficacia constitutiva del consentimiento, ofrecen particularidades que justifican un tratamiento jurídico diferente.

El elemento constitutivo, fundamental, de la maternidad es el parto, mientras que en la paternidad el elemento constitutivo fundamental es el consentimiento. En el varón el consentimiento va dirigido directamente a asumir la paternidad. En la mujer el consentimiento no tanto va dirigido a reconocer su maternidad como a aceptar someterse a las TRA y sus consecuencias, exone-

⁴ Cfr., en este mismo sentido, LLEDÓ YAGÜE, *ob. cit.*, págs. 44 y ss.

rando con ello a los facultativos de cualquier incidencia que pudiera derivarse para su salud, siempre que hayan actuado con arreglo a su pericia («lex artis»).

Que el consentimiento sea libre hace referencia a una voluntad sin vicios, es decir, sin coacción ni violencia y que no venga impuesta.

Para que el consentimiento se califique de consciente, la mujer y el varón deben saber pormenorizadamente en qué va a consistir la técnica que se va a aplicar y sus consecuencias. Además, la mujer debe conocer los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo, derivados de la edad inadecuada. La libre determinación se logra así teniendo previamente información cabal y completa de la técnica a practicar y de sus riesgos y consecuencias.

El consentimiento libre precisa, pues, que la persona sepa lo que hace y por qué lo hace y que, además, quiera hacerlo.

Hay, por tanto, consentimiento cuando se sabe lo que se quiere y se quiere lo que se sabe.

Este consentimiento requiere, además, para que surta plena eficacia, que se manifieste de manera expresa y por escrito. Es necesario que salga del sujeto, es decir, tiene que ser exteriorizado, de manera que sea aprehensible por los demás, concretamente por las personas que deben recibir la declaración de voluntad, como son los directivos o facultativos de los Centros autorizados.

Si el consentimiento no se exterioriza, difícilmente puede ser conocido ni producir efectos. Si esto se puede predicar del consentimiento en general, como elemento necesario de todo negocio jurídico, con más razón cuando, como en el caso de la Ley TRA, es preciso manifestarlo ante las personas que corresponda del Centro Autorizado para realizar las prácticas de reproducción asistida.

El consentimiento, pues, debe manifestarse y llegar a conocimiento de ciertas personas, por lo que constituye una declaración de voluntad recepticia, que necesariamente precisa exteriorizarse y comunicarse. De ahí que el consentimiento que permanece en la interioridad del sujeto carezca de significación y es irrelevante, porque no produce ninguna consecuencia jurídica en esta materia.

Pero el art. 6-1 de la Ley sobre TRA exige, además, que el consentimiento sea expreso y por escrito.

¿Qué debe entenderse por consentimiento expreso, o lo que es lo mismo, declaración de voluntad expresa?

Los autores que siguen el criterio objetivo de manifestación de la voluntad entienden que la declaración es expresa si se realiza con medios que por su

naturaleza están destinados a exteriorizar la voluntad, como es la palabra oral o escrita; y es declaración tácita la que consiste en un comportamiento (hechos concluyentes, «facta concludencia»)⁵ que, sin ser medio destinado por su naturaleza a exteriorizar la voluntad, la exterioriza, sin embargo, porque a través de él se advierte que el sujeto que lo realiza tiene una voluntad determinada (por ejemplo, aprehender la cosa, en la ocupación, o arrojarla lejos de sí, en la derelicción).

Siguiendo el criterio subjetivo, declaraciones expresas son las que emplean medios sensibles, de uso cotidiano en la vida, como palabras, escritura, signos o señas, alfabetos convencionales, incluso cualquier acción u omisión cuando éstas sirven para manifestar un acto volitivo. Declara de modo expreso no sólo quien habla o escribe, sino también, por ejemplo, el mudo que se expresa por señas, el comerciante que, mediante la entrega del precio, responde sin más entregando la mercancía, etc.

Por tanto, existe declaración expresa cuando cualquiera que sea el medio empleado para exteriorizar la voluntad, es decir, con palabras o, sin utilizar el lenguaje, con signos o actos, revelan directamente la voluntad.

Por el contrario, denomínanse tácitas, aquellas declaraciones que persiguen otros fines, pero que permiten deducir una voluntad.

En otras palabras, son tácitas, aquellas declaraciones que empleando cualquier medio para exteriorizarlas, van dirigidas a un negocio, pero que necesariamente presuponga la existencia de otra voluntad negocial, por supuesto diferente de la expresamente querida. Es decir, en una declaración expresa puede hallarse contenida, además, una declaración tácita.

Para los autores partidarios del criterio objetivo, la expresión «expresa y por escrito» que emplea el art. 6-1 de la Ley, referida al consentimiento, es una mera redundancia, porque una manifestación del consentimiento por escrito será siempre una declaración de voluntad expresa.

Sin embargo, para los que siguen la línea de pensamiento del criterio subjetivo, declaración expresa del consentimiento es la que contiene una voluntad clara dirigida a someterse a la TRA, para la que se puede emplear cualquier medio de exteriorización, si bien la Ley lo acota cuando dice que se realice por escrito.

Nosotros nos inclinamos por el criterio subjetivo para interpretar la expresión «expreso y por escrito», referido al consentimiento que utiliza la LTRA. Sin duda, por la importancia que el acto tiene para la persona, el legislador

⁵ ALBALADEJO, *Derecho civil*, Tomo I, vol. 2.º, ed. Bosch, Barcelona, 1985, pág. 174.

estima necesario que la voluntad se manifieste de manera expresa y además, como requisito de forma, que conste esa voluntad por escrito. Es la manera de asegurar la certeza del deseo de someterse a las técnicas de reproducción asistida, teniendo siempre por base la autodeterminación, voluntaria y libre de la persona. Se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresarán todas las circunstancias que definan la aplicación de la técnica (artículo 2-3).

Es claro, por lo demás, que serán de aplicación todas las normas del CC relativas a los vicios del consentimiento (violencia, intimidación, error y dolo), aunque con ciertas particularidades o especialidades derivadas de la peculiar significación que el consentimiento tiene en materia de reproducción asistida, de las que ahora no podemos ocuparnos.

Esa peculiar significación del consentimiento se manifiesta también en que es posible revocarlo en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas (art. 9-4). Iniciadas éstas, el consentimiento se hace irrevocable.

6. FILIACIÓN. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

La Ley 35/1988 sigue en la determinación de la maternidad el principio inmemorial de «mater semper certa est», es decir, que madre es la mujer que da a luz al niño.

Para probar la maternidad, por tanto, sólo habrá que probar la existencia del parto y la identidad del hijo.

En la inseminación homóloga no se plantea jurídicamente problema, pues la madre, ya esté unida por vínculo matrimonial o no, es la que aporta el óvulo; la madre es, a la vez, madre genética, madre gestante y madre legal.

En la inseminación heteróloga, la única particularidad respecto a la anterior consiste en que el gameto masculino pertenece a una tercera persona, ajena a las relaciones matrimoniales, o relación «more uxorio», pero no afecta a la maternidad. La mujer aporta su óvulo y concurren en ella las cualidades de madre genética, gestante y legal.

La fecundación «in vitro» presenta diversas variantes respecto a la mujer. Es posible que el óvulo no proceda de la mujer gestante, sino de una tercera mujer. Consecuencia de ello es la disociación de la maternidad, de manera que el niño tendrá a su vez una madre genética, la que aporta el óvulo, y una madre gestante, la que lo engendra. Entre la genética y la gestante, la Ley considera

madre legal a ésta última. Como se ha dicho, la Ley parte del principio que madre legal es la que da a luz al niño.

Incluso se impone este principio en los casos de la maternidad subrogada (denominada también alquiler de útero, localización de vientres, contrato por incubación en útero ajeno, gestación por sustitución, madre uterina, etc.), en los que se plantea el tema de una maternidad legal sin que la mujer sea madre gestante. Es el supuesto de la mujer que desea tener un hijo y concierda con otra que lo gaste, bien con su propio óvulo o con el de la gestante, o con el de una tercera mujer, para, una vez dado a luz, renunciar a la filiación materna y entregárselo a la contratante.

En el primer caso, existe una madre genética, que es la que desea el hijo y una madre gestante, que se presta a engendrarlo para posteriormente, cuando dé a luz, entregarlo a la primera.

En el segundo supuesto, existe una madre genética que, a su vez, es gestante, y una mujer que desea ser madre legal.

En el tercer supuesto existe la madre gestante, la madre genética que aporta el óvulo y la mujer que pretende ser madre legal.

La Ley, en su art. 10,1, prohíbe cualquier contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna en favor de la contratante o de una tercera.

Por ello, en cualquiera de los tres supuestos, haya habido o no previo contrato, para el Derecho será madre legal la madre gestante, a quien no se permite renunciar a la filiación en favor de una tercera mujer.

Así lo establece de manera clara y expresa el ap. 2 del art. 10, cuando dispone que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será la determinada por el parto, o lo que es lo mismo, en tales casos madre legal será la que da a luz.

Con ello la Ley pone fin a la especulación de la doctrina en relación a la admisión o no de la maternidad subrogada.

El art. 8-1 prohíbe a la madre impugnar la filiación matrimonial. Nada se dice en relación a la filiación no matrimonial, aunque parece que la prohibición debe alcanzar a la impugnación de la maternidad, pues el CC sólo la admite cuando concurren los requisitos exigidos en el art. 139 (suposición de parto o no ser cierta la identidad del hijo).

El art. 2-4 permite a la mujer pedir la suspensión de las Técnicas en cualquier momento de su realización.

7. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD

Hasta la Constitución de 1978, la determinación de la paternidad en nuestro Código Civil se basaba en el principio «pater est quem nuptiae demonstrant», de tal manera que el marido sólo podía destruir la presunción de paternidad si probaba que en el momento de la concepción existía imposibilidad de acceso carnal.

Sin embargo, la Constitución dio un giro copernicano en este aspecto, al admitir la investigación de la paternidad (art. 39-2 CE), constitucionalizando así la verdad biológica. La permisión de la investigación de la paternidad, en contra del sistema implantado por los redactores del Código civil, tiende a que el padre legal coincida con el biológico, o mejor dicho, a que el padre biológico sea el padre legal, con independencia del vínculo matrimonial, o a pesar del vínculo matrimonial, sustituyendo de esta manera el criterio que venía imponiendo, expresado ahora en la regla «pater is quem sanguis demonstrant».

La reforma del CC en materia de Derecho de familia por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, siguiendo el mandado constitucional, admite la investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas (art. 127 CC).

Con ello preténdese dispensar a los menores de una mayor protección jurídica, como advierte la sentencia del TS de 19 de noviembre de 1985, cuando dice que los art. 127 y 135 del CC establecen una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética, que permite a los Tribunales utilizar cualquier sistema de los previstos por la razón humana y, en consecuencia, con la realidad social al tiempo en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitorial, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, según el art. 3-1 del CC que no es otro que la defensa de los intereses personales del hijo, tanto en el orden material como moral.

Cuando todo parecía indicar que se había dado un paso adelante en el tema de filiación, deseado por un amplio sector de la sociedad y del mundo científico, los avances de la ingeniería genética han determinado el fenómeno jurídico de que en pocos años la nueva ordenación, sin duda avanzada, de la filiación quede superada y en parte obsoleta por resultar insuficiente para afrontar los problemas de carácter jurídico derivados de la TRA.

Sin haber alcanzado la madurez, la Ley de reforma del Derecho de familia, elaborada con la pretensión de acomodar el viejo Código civil al progreso de los nuevos tiempos, creemos, sin temor a errar en gran medida, que ha quedado trasnochada, ¡Merece una jubilación anticipada sin derecho a obtener el grado de emérito!

Los principios inspiradores de la nueva regulación de la filiación en la Constitución y, en consecuencia, en el Código civil es verdad que parecen pensados

principalmente para la procreación natural. Aunque, según la Constitución, como hemos apuntado, prima la verdad biológica en la determinación de la filiación, creemos que esto no impide que las TRA se inspiren en otros principios que, sin ser contrarios a aquéllos, traten de dar soluciones a materia no regulada en la reforma del Derecho de familia de 1981. Partiendo de presupuestos fácticos no previstos en esta reforma, las soluciones no tienen por qué someterse a criterios o principios ordenados para otros hechos y otra realidad sociológica. Coinciden, en todo caso, la Ley 11/81 con la Ley 35/88 en estar inspiradas, en orden a la filiación, en situar en primer plano el interés de los menores, como el interés más digno de protección jurídica, aunque las vías sean distintas.

El problema incide con más agresividad en la fecundación heteróloga «in vivo» o «in vitro», porque en ella se reconoce como padre legal al que no es progenitor, es decir, a quien no es padre biológico.

La regulación de la determinación de la paternidad en las TRA parece que tiene como base la vieja regla «*pater est quem nuptiae demonstrant*», es decir, se presume padre el marido de la madre, prohibiendo además a ambos cónyuges impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por aplicación de las TRA si previamente y expresamente han prestado su consentimiento (art. 8-1).

A continuación analizamos los distintos supuestos de filiación, según que la inseminación o fecundación sea homóloga o heteróloga, con las soluciones propuestas.

A) Inseminación homóloga

Esta técnica consiste en fecundar el óvulo de la mujer con semen del marido o conviviente. Por consiguiente, el hijo será matrimonial cuando el dador sea el marido, ya que la filiación matrimonial se establece por el nacimiento dentro de matrimonio. La Ley presume que el hijo es engendrado por los cónyuges.

Si entre el dador y la mujer fecundada existe solamente una relación «fáctica» o «*more uxorio*», el hijo será no matrimonial, siempre que ambos hayan prestado previamente el consentimiento, según resulta del art. 6-4.

Algún autor ha dicho que calificar a un hijo de no matrimonial es discriminatorio, pero como se ha puesto de manifiesto por un amplio sector doctrinal, de alguna manera debía denominarse al hijo de parejas no casadas, y el legislador optó por la terminología más conocida.

La filiación matrimonial y la no matrimonial desde la Ley 11/81, de 13 de mayo, que modificó, entre otros artículos, los referentes a la filiación, acomodo-

dándolos a los principios constitucionales, producen los mismos efectos, según la nueva redacción del art. 108 del CC, que dice: «La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código».

Lo mismo cabe decir respecto a la fecundación «in vitro» homóloga o fecundación «in vitro» heteróloga.

B) Inseminación heteróloga

Al ser un tercero el dador del semen, plantéase el problema de la disociación de la paternidad. Téngase también presente que presupone siempre haber prestado previamente el consentimiento bien los cónyuges o los convivientes. En caso contrario, la determinación de la filiación será muy diferente⁶.

En este supuesto existe, en principio, una doble paternidad: la biológica, determinada por la sangre, y la derivada de la relación matrimonial o «more uxorio».

La Ley, de manera indirecta, establece que el niño debe ser considerado por el derecho como matrimonial o no matrimonial, y que es padre legal el marido de la madre o el conviviente.

Y ello fundado en las siguientes normas:

- a) El art. 7.º de la LTRA, en cuanto dispone que 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.
- b) El art. 116 del Código civil establece que los hijos nacidos después del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges se presumen hijos del marido.

⁶ El artículo 4, del Proyecto Preliminar del Congreso de Europa, señala que «las técnicas de procreación artificial únicamente podrán utilizarse si las personas interesadas han prestado el consentimiento de forma expresa».

La Comisión Warnock establece que «el consentimiento formal por escrito de la pareja debe siempre ser obtenido como medida de buen porcedimiento antes de comenzarse el tratamiento de inseminación artificial por el donante. El impreso de consentimiento debe ser explicado a ambas partes».

El proyecto de Ley de 1985 de la Cámara de Diputados de Italia también alude al consentimiento.

- c) Según el art. 8-1 TRA 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.
- d) Art. 5-5 TRA, en cuanto afirma que la donación será anónima.

De las normas expuestas, resulta que prestado el consentimiento previamente por la mujer y el marido, el niño será hijo legal de los cónyuges por haber nacido constante matrimonio. Con la particularidad, además, de haberse destruido la presunción «iuris tantum» del art. 116 del CC, en tanto en cuanto no puede impugnarse la filiación matrimonial. Y si el niño hubiese nacido en los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, tendrá también la consideración de matrimonial, sin que el padre pueda destruir la presunción, porque el consentimiento prestado para la técnica empleada presupone el conocimiento del embarazo y destruye la posibilidad de impugnación del art. 117 del CC.

Respecto a las parejas no casadas, se infiere de los arts. 6-4 y del art. 8-2, que el consentimiento prestado por el varón conviviente funciona a modo de reconocimiento del concebido pero no nacido (que, por otra parte, un sector de la doctrina lo admite para los casos de fecundación natural fundado en el artículo 122 del Código civil, siempre que se produzca conjuntamente por ambos progenitores o por la madre), pues el art. 8-2 lo califica como escrito indubitado a los efectos del art. 49 de la Ley del Registro Civil, que regula el reconocimiento mediante expediente gubernativo.

Ello, no obstante, los convivientes podrán reconocer al hijo según lo establecido en los arts. 120 y ss. del CC, y de no hacerlo así recurrir al art. 49 de la Ley del Registro Civil.

En la Ley de TRA, cuando se trata de parejas no casadas, no se prohíbe explícitamente la impugnación de la filiación por parte de la pareja conviviente, que previamente ha prestado el consentimiento de forma libre, consciente y formal, a diferencia de lo que sucede en la filiación matrimonial. Sin embargo, debe entenderse que el consentimiento prestado por la pareja tiene carácter irrevocable desde el momento de la iniciación de la técnica de reproducción de que se trate. Este carácter irrevocable resulta de interpretar, a «sensu contrario», lo establecido en el art. 9-4, que sólo autoriza la revocación del consentimiento en cualquier momento anterior a la realización de la técnica en cuestión.

También es preciso resaltar que la interpretación correcta de este art. 9-4, en relación con su contexto, debería referirse tal vez únicamente a los supuestos previstos en el propio artículo 9, es decir, a la fecundación «post mortem». Pero al emplear dicho artículo la frase «para la aplicación de las técnicas» y no

utilizar adjetivo demostrativo (éstas) y hacer uso del plural, parece que el legislador quiere referirse a toda clase de técnicas, incluso las que no son «post mortem». Limitado sólo a técnicas «post mortem» parece que al legislador sólo le preocupa algo que es imposible: la revocación de quien ha fallecido.

Por otra parte, el reconocimiento debe tener carácter irrevocable. La revocabilidad supondría ir contra los propios actos.

Conviene advertir que las circunstancias que concurren en la fecundación asistida determina, con relación al niño, que la paternidad legal (sea o no progenitor) no deba impugnarse; lo contrario sería tanto como dejar a merced del marido o conviviente el estado civil de una persona cuando éste, como sabemos, es irrenunciable, intransmisible e indisponible.

Es obvio que si se prohíbe impugnar la paternidad a los padres legales, tampoco podrán impugnarla sus herederos.

8. IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN POR EL HIJO

Hemos dicho que ni los cónyuges ni los convivientes pueden impugnar una filiación consentida. ¿Pero qué sucede respecto al hijo? ¿Puede el hijo impugnar la paternidad?

La Ley sobre TRA, aunque no ofrece solución directa a esta cuestión, como en materia de filiación, el artículo 7-1 se remite a las normas vigentes (que son las contenidas en el Código civil), salvo las especialidades contenidas en la propia Ley, hay que entender que debe solucionarse con arreglo a las disposiciones del CC en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en la Ley de TRA.

Por su parte, la doctrina no es pacífica en esta cuestión. Parece inclinarse por no admitir la posibilidad de que el hijo pueda impugnar la paternidad. En este sentido, Hernández, Carmen⁷ y Lledó Yagüe⁸. En contra, Montés Penadés⁹, que hace notar que el hijo, en cambio, debe gozar de la posibilidad

⁷ «Nuevas técnicas de procreación artificial, la inseminación artificial; consecuencias jurídicas», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1986, n.º 4, págs. 467 y ss., particularmente en la pág. 515 se dice: «en cuanto a que el hijo pueda impugnar la paternidad, pienso que la contestación también ha de ser negativa. Porque si conoce su origen, sabe que su padre genético y legal no son la misma persona. Aunque bien es cierto que en este caso no se puede alegar el que medie ningún consentimiento, ni que el hijo vaya contra sus propios actos».

⁸ *Fecundación artificial y Derecho*, ed. Tecnos, 1988, págs. 184. Este autor entiende que parece sensato que el hijo no pueda refutar su «status filii».

⁹ *La genética actual y el Derecho de familia*, loc. cit., pág. 41.

de impugnar la paternidad conforme a las reglas ordinarias: tal impugnación puede ser interesante para proclamar la verdad, como también para evitar falsos impedimentos matrimoniales.

En el Derecho comparado la tendencia es prohibir la impugnación de la paternidad cuando previamente ha existido consentimiento¹⁰, con la excepción del B.G.B., que en su parágrafo 1.591 admite al marido impugnar la paternidad del niño, aun cuando haya consentido previamente.

Del contexto de la nueva Ley parece desprenderse que ni siquiera el hijo puede impugnar la paternidad.

Por un lado, el art. 8-3 establece que aun cuando la identidad del donante se revele (en los casos admitidos), no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Y por otro lado, el art. 5-5, «in fine», dispone que dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

De estos artículos se desprende a «sensu contrario» que no es posible una nueva determinación legal de la filiación, ya que no cabe ni siguiera respecto al progenitor, es decir, al donante o dador.

La Ley permite la determinación de la paternidad formal o legal e impide una nueva determinación legal, que, a nuestro juicio, lleva implícita la imposibilidad de impugnación. El vínculo parental que nace del consentimiento prestado por el marido y del consentimiento y reconocimiento prestado por el conviviente, no puede romperlo ni el propio hijo.

La paternidad en la fecundación artificial nace de un hecho social, no de un hecho biológico. ¡No se es padre por engendrar al hijo, sino porque se es el marido o el compañero de la madre!

Si el Derecho regula y admite esta filiación, que hemos denominado asistida, para diferenciarla de la filiación por naturaleza y por adopción, parece una incongruencia que, una vez determinada legalmente, se permita, a su vez, la impugnación por el hijo. En tal caso éste tendría que probar que su padre no era el marido de la madre en el momento de su nacimiento, si se trata de una filiación asistida matrimonial, o que no era el compañero de su madre en el momento del nacimiento caso de filiación asistida no matrimonial. La filiación asistida heteróloga parte de que el padre legal no es el progenitor, luego impugnar la filiación en base a la verdad biológica, carece de fundamento en esta filiación que, como se ha dicho, no se funda en el vínculo biológico.

¹⁰ Cfr. HERNÁNDEZ, Carmen, *loc. cit.*, pág. 515.

De admitirse la impugnación por el hijo, éste perdería su cualidad de tal respecto al padre, y ello supondría la ineficacia del consentimiento o del consentimiento y el reconocimiento, según los casos, prestados previamente a la realización de las técnicas por sus padres formales. En consecuencia, el hijo aparecería legalmente sin padre a todos los efectos.

No creemos, por tanto, que pueda estimarse una demanda de impugnación de filiación asistida, sin basarse en un hecho biológico, como sucede en la filiación por naturaleza, cuyo fin no es otro que demostrar la verdad biológica.

La filiación asistida no matrimonial tampoco podrá impugnarse por las personas legitimadas según el art. 140 del Código civil, con mayor razón.

Piénsese, por ejemplo, en el siguiente supuesto: El compañero de la madre que prestó el consentimiento, después del nacimiento del hijo, por las causas que sean, y que no vienen ahora al caso, abandona a su compañera y deja de tratar al hijo como tal. Éste pierde la posesión de estado respecto a su padre legal; en supuesto similar, referido a la filiación por naturaleza, el artículo 140 del Código civil permite la impugnación de la filiación por aquellos a quienes perjudique. ¿Pero cabe esta legitimación en la filiación asistida?

Creemos que no. En primer lugar, es un contrasentido permitir la impugnación a personas ajenas a la relación de filiación, cuando no se permite a los sujetos de la relación.

En segundo lugar, como hemos hecho notar anteriormente, la regulación de las acciones de filiación por naturaleza parten del siguiente principio: el padre legal deberá coincidir con el progenitor; la relación que proclama el Registro deberá ser una relación biológica, de no ser así la impugnación prosperará. Pero la filiación asistida se funda en un principio distinto, la impugnación por falta de consanguinidad no puede destruir un vínculo cuyo origen se encuentra en una relación social y no biológica.

9. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD CUANDO NO SE PRESTE EL CONSENTIMIENTO POR EL MARIDO

Como ha quedado expuesto, el consentimiento del marido es un requisito previo a la realización de las técnicas, y los facultativos deben velar por que así conste. Pero pueden darse casos en los que las técnicas se realicen sin el consentimiento del marido, y el niño se inscriba como matrimonial por la presunción del artículo 116 del Código civil. En este supuesto el marido podrá impugnar la filiación («a sensu contrario» de lo dispuesto en el artículo 8-l.º); ello no

plantea problema. El «quid» radica, sin embargo, en el plazo que tiene el marido para ejercitar la acción de impugnación.

Según la LTRA, como hemos visto, la filiación se rige por las normas establecidas en el Código civil. En consecuencia, deberá aplicarse el artículo 136 del Código civil, que regula la impugnación de la paternidad por el marido y señala el plazo de un año para ejercitar la acción de impugnación, a contar desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, con la excepción de que el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento.

Sin embargo, la impugnación de la paternidad en la filiación asistida se funda en un presupuesto distinto al de la filiación por naturaleza. En ésta procederá la impugnación cuando el padre legal no sea el progenitor; en la filiación asistida la impugnación será posible cuando falte el requisito del consentimiento, pues el padre legal se sabe desde un principio que no es el progenitor.

Creemos que el consentimiento en la filiación asistida constituye un requisito necesario para que surjan las relaciones paterno-filiales, sin el cual no cabe considerar al nacido como hijo del marido; en otras palabras, para que surja la paternidad del marido en la filiación asistida deberán concurrir los siguientes requisitos:

- a) Existencia de un matrimonio.
- b) Parto de la mujer.
- c) Identidad del niño.
- d) Consentimiento del marido.

La falta, por tanto, del consentimiento determina la nulidad de pleno derecho de la paternidad, según el art. 6,3 del Código civil (los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho). Consecuencia obligada es que la impugnación no está sujeta a plazo.

El consentimiento, además de ser un elemento constitutivo de la filiación, funciona como medio de legitimación. Su existencia genera la falta de legitimación para impugnar la filiación; su ausencia, en cambio, produce el efecto contrario, es decir, legitima para ejercitar la acción de impugnación.

En cuanto a las parejas «more uxorio», no se plantea el problema, pues la falta de consentimiento del conviviente conlleva la no determinación de la paternidad, al no existir la presunción de paternidad respecto al conviviente de la madre.

10. FILIACIÓN DE LOS HIJOS DE PAREJA «MORE UXORIO» CUANDO CONTRAEN MATRIMONIO

Cuando los padres contraen matrimonio después de haber nacido el hijo, la filiación adquiere carácter matrimonial desde la fecha del matrimonio, según dispone el artículo 119-1.º, siempre, claro está, que estuviera determinada la filiación legalmente.

Este precepto, creemos, puede aplicarse a la filiación asistida. El hijo no matrimonial reconocido y consentido se convierte en matrimonial por el matrimonio de sus padres, y desde la celebración de éste.

Si el varón conviviente no prestó el consentimiento previo a las técnicas de reproducción asistida el matrimonio no hace matrimonial al hijo de la mujer conviviente.

11. FILIACIÓN «POST MORTEM»

La Ley 35/88, después de proclamar en el artículo 9-1 que no se admite la paternidad «post mortem», si el material reproductor no se halla en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, establece a continuación, en los apartados 2 y 3, excepciones a esa regla general, según que el varón esté unido o no por vínculo matrimonial. En el primer caso, el marido podrá consistir, 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.

En el segundo supuesto, el varón no unido por vínculo matrimonial puede también hacer uso de esta posibilidad, sirviendo el consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil.

Para que se determine una paternidad «post mortem», se necesitan, por tanto, los siguientes requisitos:

- a) La existencia de material reproductor del marido o del varón conviviente.
- b) Consentimiento del marido o del varón en escritura pública o testamento.
- c) Utilización del material reproductor dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento.
- d) Ser receptora la viuda o mujer conviviente.

De nuevo observamos que el consentimiento se erige en requisito necesario para determinar la filiación. Para asegurar la certeza y su libre manifestación es preciso que se manifieste de forma solemne, bien en escritura pública o en testamento.

Al no exigirse una clase determinada de testamento entendemos que se refiere a cualquiera de las formas de testar establecidas en el Código civil y legislaciones forales, con la particularidad de tener que otorgarlo el testador a partir de los 18 años, ya que la Ley prescribe esta edad tanto para los donantes como para las usuarias de las TRA.

El hijo tendrá la consideración de matrimonial si existía matrimonio entre el causante y la madre del niño (artículo 9-2); en caso contrario, será tenido por no matrimonial (artículo 9-3).

Los hijos habidos en una fecundación «post mortem» tendrán los mismos derechos y deberes que los hijos concebidos antes del fallecimiento.

A los efectos hereditarios deberán aplicarse las normas que regulan las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta (artículos 959 y ss. del Código civil).

Sería aconsejable adoptar las precauciones necesarias para asegurar que la fecundación se realice con el esperma del difunto marido o conviviente.

La doctrina, mayoritariamente, antes de publicarse la LTRA, era contraria a la aceptación de la filiación «post mortem»¹¹.

Para concluir y no cansar más vuestra atención, recapitulando lo expuesto hasta aquí, en síntesis muy apretada, podemos formular dos conclusiones que inciden en nuestro Derecho de familia y particularmente en la ordenación legislativa de la filiación.

Primera

Que junto a la filiación por naturaleza y la adoptiva aparece un nuevo tipo de filiación, que es la llamada filiación asistida, producto de las Técnicas de Reproducción Asistida, en la que si bien el varón y la mujer juegan un papel

¹¹ Véase, por todos, HERNÁNDEZ, Carmen, *loc. cit.*, págs. 518 y ss., y RIVERO HERNÁNDEZ, La fecundación artificial «*postmortem*», *Tapia, Derecho de familia*, octubre de 1987, n.º 36, páginas 49 y ss.

importante no es absoluto ni definitivo, porque precisan también la colaboración de la genética y de la medicina.

Segunda

Los principios en los que se funda la filiación asistida pueden resumirse, a su vez, en estas dos reglas:

- a) Respecto a la maternidad, «mater semper certa est».
- b) Respecto a la paternidad, «pater est quem consensus manifestat».