

ANTONIO REVERTE NAVARRO

**CONSIDERACIONES DESDE EL  
PUNTO DE VISTA DEL DERECHO  
CIVIL ACERCA DE LA LEY  
SOBRE TÉCNICAS DE  
REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

DISCURSO DE APERTURA  
DEL CURSO ACADÉMICO 1992-93

UNIVERSIDAD DE MURCIA  
Facultad de Medicina  
Biblioteca

DPT

2-2

47

UNIVERSIDAD DE MURCIA  
1992

**DPT**

**2-2**

**47**

DISCURSO DE APERTURA  
CURSO ACADÉMICO 1992-93



DPT  
2-2  
47

ANTONIO REVERTE NAVARRO

**CONSIDERACIONES DESDE EL  
PUNTO DE VISTA DEL DERECHO  
CIVIL ACERCA DE LA LEY  
SOBRE TÉCNICAS DE  
REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

DISCURSO DE APERTURA  
DEL CURSO ACADÉMICO 1992-93



Univ. Murcia

319



1746260

N.º 1: 117458

UNIVERSIDAD DE MURCIA  
1992

I.S.B.N.: 84-7684-347-X

Depósito Legal: MU-1785-1992

Fotocomposición: Compobell, S. L. Murcia

Imprime: Sucesores de Nogués, S. L.

Platería, 44. 30001-Murcia

Excelentísimo y Magnífico Sr. Rector,  
Excelentísimas e Ilustrísimas Autoridades,  
Compañeros del Claustro Universitario de Murcia  
Queridos alumnos,  
Señoras y Señores.

*Cuando hace unos meses me comunicaron que por turno me correspondía pronunciar la lección de apertura del presente curso académico experimenté dos sentimientos: un nostálgico recuerdo y una incertidumbre.*

*El recuerdo fue para mi padre al que también le correspondió desarrollar, desde esta misma tribuna, el discurso inaugural del año 1948 en esta Universidad, cuyo Claustro abandonó para siempre el uno de mayo hace ya once años.*

*La incertidumbre fue sobre el objeto de esta lección inaugural y del contenido que debía darle.*

*Opté por un tema que, desde la óptica jurídica y con el preciso rigor universitario, fuera de actualidad y pudiera concitar, por su carácter interdisciplinar, la atención de un auditorio heterogéneo; aunque obviamente mi aportación se atiene a la perspectiva jurídica desde la visión de mi disciplina: el Derecho Civil.*

*El tema que me pareció reunía estas características lo podríamos titular «Consideraciones desde el punto de vista del Derecho Civil acerca de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida».*

*Del tema conviene señalar su creciente interés social, como lo prueba el incremento de noticias que sobre reproducción asistida existen hoy y el número de niños nacidos a través de estas técnicas, que ha hecho que en EEUU exista la figura de los baby brokers e, incluso uno de los medios de*

comunicación por excelencia como la televisión se ha hecho eco del problema presentando en nuestro país una serie televisiva (culebrón o telenovela, según los gustos) llamada *Ventre de Alquiler*.

De otra parte la reproducción asistida o artificial suscita no sólo cuestiones médicas, sino también éticas, morales, sociales, psicológicas, pero sobre todo jurídicas. Seguramente habrán oído preguntas como las siguientes:

— ¿A quien corresponde el hijo que nace de una inseminación artificial con fecundación en un útero diferente al de su madre biológica?

— ¿Quién está legitimado para destruir los embriones congelados de una pareja después de su divorcio?

— ¿El padre del bebé es el padre biológico o es el padre que lo quiere tener como hijo suyo sin serlo biológicamente?

— ¿Puede el hijo nacido por éstas técnicas investigar su paternidad biológica, cuando los gametos provengan de un banco de semen?

— ¿Que calificación jurídica tienen los intermediarios o baby brokers en la maternidad subrogada o también llamada de alquiler?

La necesidad de que en estos temas el Derecho se ajuste con los descubrimientos de la ciencia, entre otras causas, obedece a que no estamos ante una cuestión pasajera o coyuntural sino que adquiere con el paso del tiempo visos de permanencia y amplitud y que, además, incide en la propia esencia de la persona.

El Derecho Civil, los principios que lo inspiran y el sistema jurídico creado, aun cuando encuentra sus raíces en un pasado de más de veinte siglos, sigue ofreciendo en muchos casos soluciones aceptables y adecuadas a las necesidades que demanda la sociedad y el progreso científico y técnico. Acaso esta adecuación sea debida a que su evolución histórica ha constatado que sigue siendo la parte del ordenamiento jurídico que tiene por objeto la protección y defensa de la persona y la ordenación de sus fines personales, patrimoniales y familiares dentro de la comunidad. No obstante, «nuestro mundo camina hacia nuevos sistemas de ideas y de convicciones y el Derecho tiene que estar a la altura de su tiempo. Recoger y dar cauce jurídico a estas nuevas condiciones vitales y a estas estructuras nuevas es una tarea penosa que exige una persecución constante de la evolución social. El Derecho Civil no puede ser ya el Derecho de las antiguas formas de vida de las instituciones tradicionales. Tiene que ser el



*Derecho de las formas de vida de la persona del tiempo presente»<sup>1</sup>. En este reajuste de los nuevos valores con vigencia efectiva no se le puede negar al Derecho Civil, por la materia sobre la que incide, llevar en sí el germen de su propia renovación para regular las nuevas realidades sociales: basta pensar que en este sector del ordenamiento jurídico se pueden encontrar solución para exigir la responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente, por accidentes nucleares o por atentados terroristas. Pero lo que tampoco cabe desconocer es que la dimensión jurídico familiar de la persona, como parte institucional del Derecho Civil, es una de las mas afectadas por las transformaciones sociales, culturales, jurídicas y por el progreso y evolución de la ciencia biomédica.*

\* \* \*

*Esta lección que hoy les expongo la he estructurado en los siguientes apartados:*

- I. Transcendencia de las técnicas de reproducción asistida en el ámbito civil.*
- II. Reflexiones generales sobre la ley de técnicas de reproducción asistida.*
- III. Filiación de los nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida.*
- IV. La fecundación post mortem.*
- V. La maternidad subrogada.*

---

<sup>1</sup> DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil*, Vol I, Madrid 1990, p. 54 y 55.



# I

## TRANSCENDENCIA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL ÁMBITO CIVIL

El nacimiento, en Inglaterra en el año 1978, de la niña Louise Brown, primer ser humano concebido con la técnica de la «fecundación in vitro», produce una alteración en el sistema tradicional de la procreación humana que hasta tal fecha se basaba exclusivamente en la previa unión sexual de los dos progenitores.

En España el primer bebé nacido por empleo de esta técnica fue la niña Victoria Ana Perea, en Barcelona el 12 de Julio de 1984,

También habrán podido leer noticias de este tenor<sup>2</sup>: «Zoe, la niña que surgió del frío. Zoe Leyland paso los dos primeros meses de su vida congelada a una temperatura de 196 grados bajo cero. De un tamaño

---

2 GILLIE, O. y WILES, J.: en «Zoe la niña que surgió del frío» en el *País semanal*, nº 370, 13 mayo 1984, p. 17 y s.

Supuestos mitológicos de reproducción que no fuera natural se podrían citar, entre otros, el de Acrisio, rey de Argos, que encierra a su hija Danae para evitar que quede encinta y no se cumpla el oráculo de que morirá en manos de su nieto. Pero Zeus se enamora de ella y transforma su semen en lluvia de oro que insemina a Danae, que es fecundada y da a luz a Perseo.

equivalente a 8 células y menor que un punto ortográfico, esperó, en animación suspendida, su oportunidad de crecer. Zoe es el primer niño que sobrevive tras haber sido congelado el embrión». Esto acontecía el 28 de marzo de 1984.

El esfuerzo investigador médico condujo a la primera fecundación extrauterina, y ésta produciría grandes alteraciones en los diversos campos del conocimiento humano.

Estas alteraciones no tienen un único punto de partida, sino que incluso, aún dentro de cada disciplina del conocimiento podríamos decir que «la confusión es grande, las divergencias muchas y las coincidencias escasas»<sup>3</sup>. Así, el avanzado conocimiento de los códigos genéticos; la posibilidad de manipular los gametos humanos fuera de su nido natural y detenerlos en el calendario por medio de la congelación, para fusionarlos a voluntad, y volver a detener la vida, conservando en frío el producto de la fecundación; la disociación de las funciones biológicas, las fisiológicas y las sociales en la maternidad y en la paternidad; los experimentos que tratan de conseguir los llamados seres clónicos, consiguiendo hacer realidad la quimérica y aterradora visión de Aldous Huxley; y tantas otras manifestaciones de la llamada revolución genética han planteado al hombre un conjunto de problemas de carácter ético, moral, religioso, médico, social, psicológico y jurídico para el que no se han encontrado normas válidas anteriores sobre las que apoyarse y construir su pensamiento<sup>4</sup>.

El Consejo de Derecho de Familia del Departamento del Fiscal General de Australia<sup>5</sup>, país pionero en la materia de reproducción asistida, en un dictamen que emitió en Julio de 1985, dice que: la tecnología reproductiva difiere fundamentalmente de otras recientes tecnologías, en que éstas pretenden sostener y prolongar una vida ya existente, mientras que aquella posibilita la creación de una nueva vida, la creación de un niño que de otro modo no habría nacido.

El tema de la reproducción asistida es apasionante, pues se adentra en el misterio de la vida. Si el temor a las consecuencias negativas hubiera

3 ZARRALUQUI, L.: *La procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid 1988, p. 24.

4 cfr. ZARRALUQUI, L.: ob. cit., p. 23; cfr. también, PIÑAR, B.: Problemas morales y jurídicos de la inseminación artificial, en *Estudios de Derecho Civil en honor de CASTAN TOBEÑAS*: vol. V, 1969, p. 535 y s.

5 Citado por ZARRALUQUI, L.: ob. cit., p. 181.

primado sobre los aspectos positivos del avance científico, la Ciencia, en todos sus ramas, no hubiera alcanzado el grado de desarrollo que actualmente tiene; se hubiera puesto en juego el avance de la propia civilización. Por ello decía EINSTEIN que «los nuevos avances de la ciencia exigen una nueva mentalidad de la sociedad»<sup>6</sup>.

Los estudiosos del mundo social y jurídico no pueden prescindir de los avances y descubrimientos derivados del progreso de las ciencias de la naturaleza, que preceden normalmente a las normas jurídicas. El progreso científico no se puede detener, como algunos proponen, por el temor del mal uso que se pueda hacer de las técnicas de reproducción asistida.

Sociológicamente se podría constatar que el modelo de familia al que camina el siglo XXI favorecerá el desarrollo de estas técnicas: por las dificultades que existen para la adopción, por el incremento de las tasas de infertilidad, por el cambio de la demografía de la esterilidad que de estar integrada por personas de edad avanzada va referida en los tiempos presentes a mujeres de 20 a 30 años<sup>7</sup>, porque actualmente el matrimonio no es el único y exclusivo motor de la familia, ni se camina en la sociedad española hacia un aumento del número de matrimonios, sino a un incremento de las uniones de hecho estables y del número de personas que optan por una vida independiente. Es indudable, que la sociedad y la familia actuales no son las de nuestros padres, mucho más monolíticas y uniformes<sup>8</sup>.

En los países de nuestro entorno cultural y jurídico se arbitran una serie de normas que se denominan Derecho de Familia y a través de ellas se determina la pertenencia a un grupo familiar. De este modo el sistema jurídico pretende dar una respuesta a una serie de demandas sociales, tales como la identificación de la persona, con la consiguiente atribución de un

---

6 Citado por MARTÍNEZ GONZÁLEZ, VILLAR GIL y CASTILLO MARTÍNEZ: *Manipulaciones genéticas y del desarrollo, en la obra colectiva, Fundamentos culturales de la paz en Europa*, vol I, Ed. P.P.U., Barcelona 1986, p. 43.

7 ERNSI, V.: *Psychosocial aspects of artificial procreation, en Procreation Artificielle, génétique et Droit* (Calloge Lausanne 29-30 noviembre 1965), Zurich 1986, p. 77, 79, 86; ROBERTSON, *Embryos: families and procreative liberty: The legal structure of the new reproduction*, S. Cal. L. Rev. 59, 1986, p. 945 y s.; citados por PANTALEÓN PRIETO: *Procreación artificial y responsabilidad civil, en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX*, Madrid 1988, p. 245 y 246, notas 3 y 5.

8 MERINO GUTIÉRREZ, A.: *Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida, en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX*, Madrid 1988, p. 418.

nombre de familia; la educación del niño; su alimentación; su protección y, en su caso, su representación; o su participación en los derechos sucesorios de los miembros del grupo social donde está integrado. Por tanto la forma como los individuos participan en la sociedad se produce a través de lo que en la cultura jurídica occidental recibe el nombre de familia<sup>9</sup>, que ha sido, al menos hasta ahora, un vehículo de protección y defensa del interés familiar más necesitado de protección como es el del hijo.

Es lógico pensar, por tanto, que los principios en los que se sustentaba el sistema jurídico familiar de la filiación han cambiado, o al menos se han visto alterados, por la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.

---

9 ROCA TRIAS, E.: La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional, en *II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX*, Madrid 1988, p. 18.

## II

# VISIÓN GENERAL DE LA LEY SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Después de diversas vicisitudes parlamentarias aparece la Ley de 22 de Noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida<sup>10</sup>. En Europa sólo fue precedida por la Ley Sueca de 20 de Diciembre de 1984 que entró en vigor el 1 de Marzo de 1985. Los demás países europeos<sup>11</sup> han preferido en este tema ir con un ritmo más pausado, por entender que carece de una aceptación socialmente generalizada, a pesar del debate mundial que se ha venido ofreciendo desde la década de los años 80<sup>12</sup>.

---

10 La comisión especial del congreso presentó dos proposiciones de ley que se han convertido en textos legales vigentes; una, la que comentamos en esta lección y otra la ley 42/ de 1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (BOE 31 de diciembre).

11 Existen proposiciones y proyectos de ley: Francia (proyecto de ley de 18 de mayo de 1984), Italia (proyecto de 28 de febrero 1985), en Alemania existe la Ley de Técnicas Genéticas de 1991, que aborda aspectos de la Reproducción Asistida, etc.

12 La aportación científico-jurídica española con posterioridad a esta ley no es muy extensa. No se puede decir lo mismo de la extranjera.

Para confrontar las publicaciones aparecidas con posterioridad a la publicación de la LTRA, nos remitimos a la bibliografía ofrecida al final del Discurso. En el Departamento de Derecho Civil de esta Universidad, bajo la dirección del prof. Dr. D. Juan ROCA JUAN, se ha desarrollado sobre la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida el programa de doctorado del curso 1988-1989.

La Ley de 1988 es una ley muy discutida y controvertida<sup>13</sup>. Acaso dicha controversia sea debida a que la Ley, teniendo en cuenta los bienes jurídicos afectados y la materia sobre la que incidía, ha tomado partido sobre extremos muy debatidos de nuestra realidad social: consideración y tratamiento jurídico de los gametos, preembriones y embriones humanos, posibilidad de la utilización de estas técnicas por parejas no casadas o por mujer soltera, maternidad de sustitución, ... y un largo etcétera de cuestiones opinables y conflictivas en los órdenes ético, personal, moral, social y jurídico.

Se ha dicho, con acierto, que nuestra ley española marca todo un hito, lo que no significa que merezca ser totalmente alabada, porque «en muchos aspectos ha ido más lejos de lo que debía, y ha sido más avanzada de lo que la demanda social requería, regulando temas que debían haber sido tratados en un futuro más lejano»<sup>14</sup>.

La Ley posee una clara vertiente administrativa y otra civil, por cuanto afecta al ámbito fundamental de la persona.

La citada vertiente administrativa se constata por cuanto la Ley regula cuestiones tales como las preceptivas autorizaciones con que deben contar los centros que pretendan la realización de estas técnicas, los requisitos materiales con los que tales centros deben contar, e incluso aspectos internos de organización del trabajo, así como infracciones y sanciones.

Estos aspectos que he calificado de puramente administrativos, sin duda, ofrecen interés sobre todo para los centros hospitalarios o de investigación que pretendan llevar adelante la ejecución de estas técnicas. Por el contrario parece que el interés más general se centra en aquellos aspectos que, como he dicho antes, afectan a la esfera fundamental de la persona, siendo en estos últimos en los que se centrará la presente exposición.

---

13 En muchos de sus aspectos, la inadecuada utilización de los términos jurídicos originará en el futuro posiciones interpretativas no pacíficas e, incluso, contradictorias. Basta citar que en base en la misma ley se pueden defender posiciones doctrinales referidas, por ejemplo, en favor o en contra de la filiación matrimonial o extramatrimonial del hijo fecundado post mortem.

De la Ley TRA se ha llegado a decir que «no solo ha pasado a la historia del ridículo jurídico, sino que nos ha puesto en ridículo ante colegas europeos»: PANTALEÓN: en *Contra la Ley*, ob. cit. p. 36.

14 En este sentido, aunque referido a la Proposición de Ley que presentó el grupo parlamentario socialista al Congreso de los Diputados, v. ROCA TRIAS: ob. cit. p. 25.



## A. ALGUNAS IMPRECIIONES JURÍDICAS DE LA LEY

La Ley, que debiera haber tenido rango de Orgánica<sup>15</sup> por entender que podía afectar derechos fundamentales de los nuevos seres, parece más bien un reglamento, y deja mucho que desear desde el punto de vista de la técnica jurídica, produciendo la impresión de tratarse de una ley redactada con precipitación. Así pueden señalarse los siguientes ejemplos:

1º.— El artículo 1.1 empieza diciendo que «La presente ley regula las técnicas de reproducción asistida (tales como la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación in vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE) y la transferencia intratubárica de gametos (TIG) cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados». Obsérvese que no se dice que estas técnicas queden prohibidas cuando no estén científica y clínicamente indicadas, o cuando no sean realizadas en centros autorizados.

La ley ha incurrido en lo que la técnica legislativa denomina «efecto boomerang»: es decir, al no regularse en la ley todas las técnicas médicas posibles y al no poder aplicarse la analogía dado el carácter sancionador de la misma, podría llegarse a la errónea conclusión de que esta permitido legal y lícitamente todo aquello que no se encuentre prohibido, con lo que se conseguiría así un resultado absolutamente contrario al perseguido legalmente.

La interpretación correcta, por tanto, será que las técnicas de reproducción asistida, cualquiera que estas fueran, únicamente podrán realizarse cuando estén científica y clínicamente indicadas y sean llevadas a cabo en centros autorizados y por equipos especializados.

2º.— La imprecisión técnica de este artículo también se constata al decir que «La ley regula las técnicas de Reproducción Asistida Humana...», cuando lo que debería haber sido objeto de regulación no son las técnicas

---

15 Así, PANTALEÓN PRIETO, F.: *Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida*, en *Jueces para la Democracia* nº 5, Diciembre 1988, p. 19; MARTÍNEZ CAL-CERRADA, L.: *La nueva inseminación artificial*. (Estudio de la ley de 22 de noviembre de 1988), Madrid 1989, p. 24.

en sí (que por su carácter científico y dinámico son de difícil regulación legislativa) sino las consecuencias jurídicas que se deriven para quienes utilizan tales técnicas o para los especialistas que las apliquen.

3º.— También (art. 5.3) al referirse al denominado «contrato de donación» de gametos indica que «nunca tendrá carácter lucrativo o comercial», ignorando que en buena técnica jurídica un contrato lucrativo es un contrato gratuito (en el que uno se lucra a costa del otro que se empobrece porque da sin recibir nada a cambio). De modo que la interpretación literal del precepto llevaría a pensar que la cesión de gametos necesaria y obligatoriamente debería hacerse mediante contraprestación. Interpretación evidentemente absurda porque la Ley confunde el término lucrativo con oneroso.

Podríamos señalar otras imprecisiones e incorrecciones técnicas, pero no voy a examinarlas en estos momentos<sup>16</sup>.

## B. LAS RECEPTORAS DE LAS TÉCNICAS

La Ley (artículo 6) indica que «toda mujer podrá ser receptora o usuaria (ya la palabrita usuaria se las trae) de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento» y tenga al menos 18 años y plena capacidad de obrar, exigiéndose además el consentimiento del marido en el caso de que estuviera casada, a no ser que hubiera separación de hecho o judicial.

Merece la pena matizar que a los requisitos del artículo 6 hay que añadir el establecido por el artículo 1º, según el cual «las técnicas de Reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación, cuando otras medidas terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces», así como la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario.

Esto implica, a nuestro juicio, que no cualquier mujer mayor de edad puede ser receptora de estas técnicas, dado que éstas sólo se pueden

---

16 Cfr. por todos, PANTALEÓN: *Contra la Ley*, ob. cit.

utilizar para los fines del artículo 1º. Conviene por lo tanto hacer la siguiente distinción:

— En mujeres casadas podrán realizarse estas técnicas cuando ellas o sus maridos sean estériles, o cuando se pretenda evitar una enfermedad del marido de origen genético o hereditario.

— En mujeres no casadas, o separadas, sólo podrán llevarse a cabo estas técnicas por razón de esterilidad de la receptora que, se supone, deberá ser previamente diagnosticada.

### C. LA CESIÓN DE GAMETOS

A la cesión de gametos, llamada incorrectamente por la ley «donación de gametos», se refiere el artículo 5º que la define como un «contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro autorizado». Aquí se cometen varias incorrecciones.

Esta cesión no es una donación en el sentido técnico de la palabra, porque el Código Civil define a la donación como un acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta. Y ha de tratarse de una cosa de la que el donante fuera propietario y que, en virtud de la donación, pase a ser propiedad del donatario, cosa que no ocurre en el caso que nos ocupa, porque, en sentido estricto, una persona no es dueña ni propietaria de su propio cuerpo, ni de las partes de éste; si así fuera, en sentido jurídico y por muy aberrante que pareciera se nos podría expropiar, llegado el caso, por razón de utilidad pública, un riñón, o un litro de sangre.

Por tanto la cesión de gametos no es donación y ni siquiera es un contrato, a pesar de lo que diga la ley. Y no es un contrato porque llamamos contrato a un acuerdo de voluntades (a un consentimiento entre dos o más personas) del que nacen obligaciones para una de las partes o para ambas, y cuyo cumplimiento pueda exigírseles judicialmente: sería igualmente aberrante pensar que pudiera ser forzada judicialmente la extracción de gametos, para el caso de cambiar de opinión el cedente.

Por ello parece que hemos de entender la declaración de la ley en el siguiente sentido: la cesión de gametos es un acto lícito siempre que sea gratuito. Y esta licitud, por otra parte, necesitaba ser legalmente declarada, porque en realidad el derecho sobre el propio cuerpo, como acabo de decir, lejos de ser un derecho de propiedad, es más bien el derecho a no soportar

ataques ajenos. De tal manera que, en principio, sólo son lícitos sin sombra de duda alguna, aquellos actos sobre el cuerpo humano que tienden a beneficiarle (intervenciones quirúrgicas, actuaciones médicas); son claramente ilícitos los que le perjudican (lesiones); y el resto de los actos sobre el cuerpo humano caen en una zona de indefinición. De aquí que la ley se vea obligada a expresamente declarar la licitud de tal cesión, para evitar dudas<sup>17</sup>.

Ahora bien, que la cesión de gametos sea un acto lícito de naturaleza no contractual, no quiere decir que una vez los gametos hayan sido cedidos no surjan obligaciones para el centro receptor y que podemos cifrar, de acuerdo con la ley, en las siguientes:

- Obligación de guardar el secreto acerca de la identidad del cedente;
- y
- Obligación de adoptar las medidas necesarias para que de un mismo cedente no nazcan más de 6 hijos.

a) En cuanto a la primera de las obligaciones, nuestra ley no se limita a regular y autorizar estas técnicas, sino que pretende más bien impulsarlas, aun a costa de que lleguen a nacer niños sin padre (ni jurídico, ni biológico, dada la obligación del secreto). Para ello exime al cedente de toda responsabilidad en cuanto a la paternidad de los hijos nacidos, e incluso le intenta ahorrar el mal trago que para él podría representar el que el día de mañana alguien pudiera presentársele diciéndole que es su hijo biológico; para la Ley ojos que no ven, corazón que no siente. Por ello la ley de Técnicas de Reproducción Asistida declara que aunque los hijos nacidos tienen derecho a obtener información general de los cedentes, tal información no podrá incluir su identidad, y sólo excepcionalmente<sup>18</sup> podrá revelarse la identidad del donante. En tal caso, dice la ley (artículo 5º) la revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de su identidad.

Este precepto ha sido acusado de inconstitucional, dado el tenor del artículo 39.2 de la Constitución, que expresamente establece que «la ley

17 cfr. ATAZ LÓPEZ, J.: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid 1985.

18 Estas situaciones excepcionales se traducen según la ley cuando se produzca un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda de acuerdo con las leyes procesales penales

posibilitará la investigación de la paternidad», con lo que se hace precisa una delicada labor interpretativa.

El precepto constitucional parece más bien estar pensando en la investigación de la paternidad biológica, con la idea de que quien sea biológicamente padre debe necesariamente asumir las consecuencias jurídicas de su paternidad biológica. Y por ello el Código Civil desde el año 1981 aclara en su artículo 127 que en los juicios de filiación será admisible la investigación de la paternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas.

Lo que cabría deducir de aquí es que, a pesar de la dicción del artículo 5º de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, siempre será posible para el hijo la investigación acerca de quien fue su padre biológico, es decir: quien fue el cedente; pues una simple ley no puede recortar el derecho que constitucionalmente se concede a la investigación de la paternidad. Ahora bien, ello no quiere decir que el hijo nacido de estas técnicas tenga derecho a que se declare la paternidad del cedente, sino tan sólo a investigarla y, por lo tanto, a conocerla: porque en contra de lo que han dicho algunos, la Constitución no establece en ningún lugar que el padre biológico deba necesariamente asumir la paternidad jurídica. De hecho en muchas ocasiones el Código Civil prefiere un padre distinto del biológico, como ocurre en la adopción.

b) Respecto a la obligación del Centro de adoptar medidas para que de un mismo cedente no puedan nacer más de 6 hijos, también derivada del hecho de la cesión, parece que con ella la ley pretende evitar la proliferación de hijos de un mismo padre, que serían hermanos biológicos, sin saberlo, con los problemas que de allí pueden derivarse, tales como matrimonios biológicamente incestuosos. Ahora bien: el por qué de la cifra de 6 hijos, y las medidas que se pueden adoptar para impedirlo es algo que se nos escapa, a no ser que se trate de un número mágico para la Medicina, lo mismo que el 3 lo es para la Teología, el 7 para la Alquimia o el 12 para la constitución de los Departamentos Universitarios.

Faint, illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page.

### III

## FILIACIÓN DEL NACIDO MEDIANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

#### A. PRINCIPIOS GENERALES

Si un ciudadano de la Roma clásica se trasladara a través del túnel del tiempo a la sociedad actual, se ha dicho que con quien menos dificultades tendría para sostener un diálogo sería con un jurista. No comprendería los avances en el campo de la electricidad, de la electrónica, de la cirugía, etc., pero no le sería ajena la concepción de la posesión o de la compraventa. Aunque se encontraría perplejo cuando el jurista le relatara que un hijo puede tener por propia naturaleza varias madres (la genética y la de gestación) que colaborasen a su procreación efectiva o se le dijera que un hijo pudiera ser matrimonial sin que los gametos masculino y femenino fueran de los esposos.

Más cercanos en el tiempo los redactores del Código Civil de finales del diecinueve mostrarían también su perplejidad ante la posibilidad de investigar la paternidad con gran fiabilidad.

Se figurarían que estaban soñando si leyes en noticias como la aparecida en el diario La Verdad del 19 de junio de este mismo año 1992: «decenas

de italianas de avanzada edad (60 años) se han convertido en madres durante los últimos meses, a pesar de haber superado su periodo de fertilidad, tras recibir el trasplante de óvulo donado por una amiga; son las llamadas «madres-abuelas italianas». También en Italia, según las noticias aparecidas en otro diario (*El País*, 16 de Octubre de 1988) se publica el hecho de que el óvulo de una madre, fecundado *in vitro* y gestado por su hija, conducirá a que la mujer gestante dará a luz un hijo que lo es a su vez genéticamente de su propia madre.

Ante estas nuevas realidades conviene, pues, empezar recordando los principios jurídicos básicos en materia de filiación que, al igual que ocurre en el campo de la Biología, se basan en la idea del vínculo o relación que se da entre generantes y generados. Tal relación biológica no siempre coincide con la jurídica aunque sí constituye su base, puesto que en principio se entiende que todo generante es jurídicamente padre o madre del generado biológicamente. A veces, como digo, la relación jurídica de filiación puede no coincidir con la biológica. Así ocurre, por ejemplo, en la adopción, o en aquellos casos en que el padre biológico resulta desconocido, o en aquellas ocasiones en las que el Ordenamiento jurídico prefiere, en atención al interés del hijo que la paternidad biológica no se traduzca en una paternidad jurídica, como sucede en el caso de los hijos incestuosos.

De modo que puede afirmarse que la procreación no siempre da lugar a una relación jurídica de filiación, pues en el plano jurídico no es lo mismo ser progenitor que ser padre, ni ser procreado que ser hijo<sup>19</sup>.

---

19 CICU comienza su extraordinaria obra sobre la filiación (*La filiazione*, ed. Turín, 1969) con estas palabras: «no hay coincidencia plena entre el hecho natural de la filiación y la relación jurídica de filiación. La procreación no siempre da lugar a una relación jurídica de filiación. Hay personas que no tienen o no pueden tener progenitores jurídicamente reconocidos como tales. Incluso en casos en que la filiación es reconocida por la ley, la relación jurídica no es siempre idéntica. Se puede, en fin, tener una relación de filiación faltando, sin embargo, por completo el hecho natural», como en la filiación adoptiva.

Si IHERING decía que uno de los signos por los que el jurista se distingue de otro hombre está en la diferencia que establece entre posesión y propiedad, bien se podría decir también «que otros de tales signos se halla en la distinción entre la filiación como hecho o mera realidad biológica y la filiación como relación jurídica o como *status iuris*. Desde la posición de los sujetos implicados en una relación biológica de filiación, podríamos decir que, en el plano jurídico, no es lo mismo ser progenitor que ser padre, ni



La relación jurídica es mucho más complicada y amplia que el mero hecho o dato biológico, pues en cuanto categoría jurídica y social que es se integran en la misma factores y elementos afectivos, sociales, volitivos, formales, etc., habida cuenta del rol social y jurídico atribuido a los sujetos de dicha relación jurídica de filiación. 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 la filiación por naturaleza.

El principio de veracidad o de verdad biológica quibra paladinamente en la Ley de Reproducción Asistida a favor de otro principio: el del consentimiento o el de autorresponsabilidad. Es decir, la paternidad puede quedar determinada por una libre y simple declaración de voluntad (la mayoría de los casos manifestada en los impresos médicos que proporcionan los Centros Sanitarios) de querer asumir las responsabilidades derivadas de la filiación jurídica (apellidos, alimentos, protección, guarda, derechos sucesorios, etc.); son los padres sociales o de deseo a que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley.

Se pretende resaltar sobre los lazos biológicos otros elementos irrefutables que lleva en sí el concepto de paternidad: la intencionalidad y la responsabilidad<sup>20</sup>. Se podría decir, cuando el hombre y la mujer consienten la heteroinseminación artificial o la fecundación in vitro con donación de gameto y así poder tener un hijo, que es una manera muy cercana a la procreación natural.

Tradicionalmente los principales problemas de la filiación y de la determinación de la paternidad han tenido su origen en la intimidad y en el secreto de las relaciones causantes del nacimiento y en la dificultad de saber de cual de entre las relaciones habidas con varios varones derivó la

---

ser procreador que ser hijo»: BLASCO GASCO, F. de P., y otros: en *Derecho de Familia*, coord. V. L. MONTES PENADES, Valencia 1991, p. 351 y 352. Seguimos fundamentalmente a éste autor en la exposición del texto.

20 Pero no puede desconocerse que de acuerdo con los postulados del sistema general de la filiación del Código Civil y con los preceptos constitucionales, la sola voluntad de los padres sociales o de deseo no puede impedir que el hijo pueda ejercitar la acción de reclamación de la filiación ni tampoco puede impedir el padre que no es progenitor (biológico) la oportuna acción de impugnación de la filiación que ejercita el hijo: así DELGADO ECHEVERRÍA: cit. por BLASCO GASCO: *Derecho de Familia*, ob. cit., p. 357.

gestación. De ahí que se justifique el juego de las presunciones, restricciones probatorias, acciones de filiación (la de declaración, la de reclamación y la de impugnación) y otros formalismos jurídicos que han informado hasta épocas relativamente recientes buena parte del Derecho de Filiación<sup>21</sup>.

En la Ley de Reproducción Asistida la categoría jurídica de padres la basa en posiciones sociales, psicológicas y afectivas más que en las biológicas utilizadas por el Código Civil, lo que ha llevado a que la filiación derivada de la reproducción asistida de donante anónimo se aproxime a la adoptiva y que el elemento volitivo, el consentimiento del marido (o del compañero) de que nazca el niño por inseminación heteróloga de su esposa o compañera, produzca el desplazamiento, en principio, del dato genético en la determinación de la paternidad<sup>22</sup>.

Otro dato que debería ponerse de manifiesto es que el Código Civil siempre tiene en cuenta el beneficio y la protección de los intereses del hijo cuando excepciona el principio que pretende hacer coincidir la verdad biológica con la realidad jurídica (así en los supuestos de hijos incestuosos, hijos reconocidos con posterioridad a su fallecimiento, hijos adoptivos, etc.).

Mientras que en la Ley de Reproducción Asistida se pretende más bien satisfacer el interés de los posibles padres jurídicos con preferencia al interés del hijo; por ello determinados preceptos del Código Civil o no tienen una directa aplicación a las situaciones jurídicas de reproducción asistida o éstas violentan indebidamente los esquemas y el sistema del Derecho de Filiación; basta pensar que no se tiene en cuenta el interés del hijo cuando se prohíbe revelar la identidad de su padre biológico (cuando por el contrario, en otras legislaciones, como la sueca, se suprime la prohibición, en base precisamente al prevalente interés del hijo) o el favorecer que nazcan hijos sin padre, al permitir la ley la inseminación de mujer soltera sin consentimiento de varón que asuma la paternidad.

---

21 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: La investigación de la nueva relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial, en *II Congreso Mundial Vasco, La Filiación a finales del siglo XX*, Trivium, Madrid 1988, p. 141 y 142.

22 cfr. así, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: en *Elementos de Derecho Civil*, IV-2, Derecho de Familia, de LACRUZ y otros: Barcelona 1989, p. 155.

## B. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA UTILIZACIÓN DE ESTAS TÉCNICAS

La determinación de la filiación de los nacidos por la utilización o empleo de las técnicas de reproducción asistida es posiblemente la cuestión más importante planteada desde el punto de vista jurídico civil por la ley. Su preámbulo dice que los Códigos civiles «han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan», pues no es difícil que en ellos no se encuentren soluciones para los problemas nuevos que van a necesitar nuevas ideas para resolverlos.

Por ello es lamentable que la Ley que estamos comentando al regular esta materia de filiación sólo haya dictado las confusas o al menos insuficientes<sup>23</sup> normas de su art. 7, que dice:

«1º. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulan por las normas vigentes, a salvo de las contenidas en este capítulo.

2º. En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación».

La falta de precisión del vigente art. 7 deja un amplio margen al intérprete para que desde un mismo punto de partida pueda llegar a conclusiones diferentes<sup>24</sup>.

---

23 En el Proyecto de Ley de mayo de 1987 se adoptaba una posición más clara y precisa: «el hijo nacido por estas técnicas de procreación, decía el art. 8.3 del proyecto, deberá ser considerada legalmente como hijo de la madre que lo gestó y del varón con el que ésta constituyó matrimonio o pareja estable, siempre que éstos lo hayan aceptado previamente».

24 Así, e incluso desde el punto de vista del Registro Civil, las dudas interpretativas son numerosas. RODRÍGUEZ CASTRO, J.: La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y el Registro Civil, *Actualidad Civil*, núm. 47, semana 17-23 de Diciembre de 1990, p. 56: La prohibición de que en el Registro Civil refleje datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación se debería hacer una doble aclaración: a) que dada la finalidad de la prohibición ha de entenderse que abarca no sólo a la inscripción principal de nacimiento (art. 130 RRC) sino también a las inscripciones marginales de la sección 1ª del Registro Civil (art. 175 RRC) y a cualquier otro asiento registral: anotaciones (art. 38 LRC) y notas marginales (art. 155 y ss RRC); y b) que la hipótesis del art. 7º.2 LTRA es más bien académica, pues tanto en el supuesto de filiación matrimonial como no matrimonial, cuando ha de hacerse constar en el cuerpo de la

Acaso sólo haya en la ley una posición clara y terminante y es el dato de la determinación de la maternidad. Esta corresponde siempre a la receptora de las técnicas, dado que la ley prohíbe el contrato de maternidad subrogada o los vientres de alquiler, en terminología popular: la maternidad sigue viniendo determinada por el hecho del parto, o, dicho en términos menos técnicos y más claros: la madre es la madre que parió al hijo.

Veamos algunos supuestos de determinación de la paternidad:

1.— En el supuesto de procreación asistida de la esposa con gametos del marido, la filiación es matrimonial, pues al no contemplar la ley ninguna especialidad se aplican las normas del Código Civil (art. 116 y s.). Aquí, lo mismo que en la procreación natural coinciden voluntad y material genético del marido. Se ha dicho que esta hipótesis, donde se engloba tanto la inseminación artificial como la fecundación in vitro, «equivale biológicamente y jurídicamente a la cohabitación sexual de los esposos»<sup>25</sup>.

El marido no puede impugnar su paternidad, pues si el artículo 8.1 prohíbe esta impugnación para el caso de inseminación artificial de donante anónimo con mayor razón cuando es el marido el que aporta el material genético<sup>26</sup>.

---

inscripción principal de nacimiento «la fecha, hora y lugar del alumbramiento, sexo, del nacido y menciones de identidad de la madre» (art. 167 RRC), quedando constreñida la calificación y eventual inscripción de nacimiento al contenido de dicha declaración», bastará que el declarante guarde silencio sobre la forma de la generación para que no conste que ésta fue de manera asistida o artificial.

25 Así, RIVERO, EN LACRUZ y otros: *Elementos* t. IV, ob. cit., p. 155 y s., al que especialmente he seguido para el tratamiento de la filiación.

26 Para SERRANO ALONSO, E.: Aspectos de la fecundación artificial, *Actualidad Civil*, nº 6, 1989, p. 394, «si se ha utilizado semen del marido (en contra de la voluntad expresa o sin constancia de su voluntad en uno u otro sentido) estimo que la filiación es en principio matrimonial, si bien el marido tendrá acción para impugnar tal filiación, por aplicación, en contrario del art. 8.1 de la Ley».

Tampoco se podría impugnar la paternidad matrimonial por parte del esposo cuando la mujer, con gametos de su marido pero sin consentimiento de éste, provocara su inseminación artificial con connivencia del médico, pues sin perjuicio, como dice PANTALEÓN (*Contra la Ley*, ob. cit., p. 23), de la responsabilidad civil por los daños morales contra la propia mujer y contra el médico por estimarse como tal el nacimiento de un niño no deseado. Al tener la certeza de que los gametos son del marido el interés del hijo favorece la interpretación de la filiación matrimonial. Esta situación sería equiparable al embarazo no deseado que se produce por un fallo en alguno de los métodos anticonceptivos.

2.— Cuando la infertilidad de los esposos es generandi, al menos por incompatibilidad de sus propios gametos, se podrá realizar la fecundación asistida con semen de tercero.

El artículo 8.1 contempla esta situación: «ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación». Este precepto, que es aplicable tanto a la inseminación artificial como a la fecundación in vitro, determina la filiación matrimonial del hijo y prohíbe al padre la impugnación de su paternidad<sup>27</sup>.

Se ha sostenido<sup>28</sup> que el citado apartado 1º del art. 8 de la Ley debía haberse incorporado al Código Civil; pero tal incorporación si no se hace excepción alguna al consentimiento del esposo, conduciría a que no se pueda impugnar la filiación paterna del hijo nacido de las consentidas relaciones sexuales adulterinas de su mujer o cuando se preste el consentimiento a la fecundación de la esposa por medios naturales por obra de tercero.

Esta parece ser la posición del Código Civil suizo (art. 256, III) modificado en el año 1976, que aunque no menciona expresamente la inseminación artificial, se dice: «el marido no puede intentar la acción (de impugnación de paternidad) si ha consentido la concepción por obra de tercero.» En análogo sentido, pero ya referido a la inseminación artificial, se expresan el Código Civil portugués de 1977, la ley sueca de 1984, y la casi la

---

No generaría responsabilidad alguna ni sería lícita su exigibilidad (v. en este sentido PANTALEÓN: *Contra la Ley*, ob. cit., p. 23 y la bibliografía allí citada) la transferencia al útero de la esposa del preembrión fecundado in vitro, aunque entre el momento de la fecundación y el momento de la transferencia el marido haya cambiado de opinión.

27 Ante el silencio de la ley, pues el párrafo 1º del artículo 8 sólo va referido a los esposos, se ha planteado (Cfr. así, BLASCO GASCO, *Derecho de Familia*, ob. cit., p. 400) si al hijo le esta prohibida impugnar tal filiación (la matrimonial) y reclamar su filiación biológica (extramatrimonial). Ante este planteamiento se debe alegar que el apartado 3º del artículo tiene carácter más general, al señalar que la revelación de la identidad del donante no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación, y por lo tanto no podrá impugnar la filiación matrimonial. Mas este precepto debe entenderse en el sentido de que si no es bastante para determinar la filiación, atribuyendo las responsabilidades que de tal determinación se deriven, no le impide al hijo que pueda proceder a la investigación biológica de la paternidad reconocida constitucionalmente.

28 En este sentido, v. PANTALEÓN: *Contra la Ley*, ob. cit., p. 24.

totalidad de los Estados de Norteamérica que tienen regulado esta forma de fecundación (California, Florida, Texas, Washington, etc.)<sup>29</sup>.

Como se ha podido constatar es el consentimiento no viciado a la inseminación artificial el que determina la filiación matrimonial. El donante de material genético queda al margen de la filiación.

3.— La Ley no contempla la fecundación artificial de la esposa sin consentimiento del marido, como tampoco lo hace la Ley catalana de Filiaciones.

En tal hipótesis la filiación del hijo sólo será materna pero no matrimonial, al no concurrir ninguno de los dos elementos (genético y volitivo) que unas veces sumados ambos y otras veces considerados aisladamente permiten hablar de paternidad<sup>30</sup>.

Además podría decirse que la heteroinseminación artificial de la mujer sin consentimiento del marido puede ser causa de separación matrimonial por infringir el deber de fidelidad a que hacen referencia los artículos 82.1 y 68 del Código Civil<sup>31</sup>, no en su sentido usual del término (infidelidad conyugal), sino en el de violación de la confianza que debe imperar en la pareja<sup>32</sup>.

Si el hijo nacido fuera inscrito como matrimonial, dada la presunción de filiación matrimonial del art. 116 CC, el marido podrá impugnar la paternidad, según las reglas generales, en el procedimiento correspondiente<sup>33</sup> demostrando o probando que no prestó su consentimiento a la inseminación artificial y la prueba médica de su infertilidad o que no pudo cohabitar con la madre, en el caso de ser fértil.

29 v. sobre legislación extranjera VIDAL: *La Nueva* ob. cit., p. 3691 y s.; MARTÍNEZ CALCERRADA: *La nueva* ob. cit., p. 151. RIVERO, EN LACRUZ, *Elementos*, IV, ob. cit., p. 156, nota 12.

30 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: Aspectos jurídicos privados más relevantes de la L. 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1517, 1989, p. 70; y RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ y otros: *Elementos*, IV, ob. cit., p. 158.

31 En este sentido LÓPEZ ALARCÓN, M.: *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid 1983, p. 153.

32 Este supuesto de la heteroinseminación artificial sin consentimiento del marido no podrá considerarse como adulterio: así lo resolvió la única resolución al respecto en el Reino Unido (Escocia) en el juicio de McLennon contra McLennon, en 1958: tomado de ZARRALUQUI: ob. cit., p. 166, nota 38.

4.— La ley también contempla la filiación de hijo nacido de personas no unidas matrimonialmente, unidas de hecho o en pareja estable, que dará lugar a una filiación extramatrimonial paterna y materna.

La Ley (artículo 8.2º) declara que el consentimiento «prestado antes de la utilización de las técnicas ...libre, consciente y formal» por varón no casado a la fecundación asistida de su pareja estable con material genético de tercer donante se considerará escrito indubitado «a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil».

Para la Ley el consentimiento del varón es causa determinante de la asunción de los deberes y responsabilidades de la paternidad jurídica, aunque no sea la biológica.

Sin embargo el procedimiento para ello no es adecuado y ocasiona varios problemas. Este escrito indubitado (el documento médico de que nos habla el artículo 8.2) no puede ser considerado como reconocimiento del hijo a los efectos del art. 120.1 del Código Civil<sup>34</sup>, so pena de darle otro significado diferente, pues la Ley de Reproducción Asistida considera escrito de reconocimiento de la paternidad el documento suscrito por varón que precisamente reconoce su no paternidad biológica<sup>35</sup>. Como se

---

33 La impugnación de la paternidad deberá instarse dentro del año siguiente a su inscripción (art. 136 CC) en el juicio declarativo correspondiente (art. 484 LEC). Para LLEDO YAGÜE (Fecundación artificial y Derecho, Madrid 1988, p. 178 y 179) podrá impugnarse cuando el nacimiento se ha producido dentro de los 180 días primeros de la celebración del matrimonio, mediante «La declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto» (art. 117 CC.), siempre que en dicha declaración dice LLEDO, «quedase probado su incapacidad para procrear —coeundi y generandi—, prueba médica, y, a su vez, la falta de consentimiento a la operación inseminatoria».

En la práctica difícilmente se planteará este última hipótesis dado que la LTRA exige el consentimiento del marido (art. 6.1, 6.3, 19.3).

34 No se considera reconocimiento, ya sea por no tratarse de una escritura pública, ya por no tener como fin dicho reconocimiento expresamente o ya por ser anterior a la inseminación, si se entiende que no cabe el reconocimiento a favor del concepturus: Así, LLEDO YAGÜE, F.: *La ley sobre técnicas de reproducción asistida*, ADC, t. XVI, 1988, p. 1248, siguiendo a R. BERCOVITZ.

35 Así lo observaran DÍEZ PICAZO Y GULLÓN: *Sistema IV*, ob. cit, p. 280.

habrá podido apreciar la Ley ha optado por una concepción meramente voluntarista de la paternidad o por una paternidad de deseo<sup>36</sup>.

5.— Y por último, admitida la hipótesis que la mujer no casada pueda acceder a estas técnicas de reproducción el nacido tendrá la consideración de hijo extramatrimonial de la mujer y carece de acción de filiación de todo tipo contra el padre biológico o cedente de los gametos. Como se ha dicho<sup>37</sup> sólo la madre que ha tomado la decisión de que nazca y la Ley que lo posibilita son responsables del nacimiento de un hijo sin padre.

---

36 Aunque la ley (art. 8.2) no prohíba, a diferencia de lo que hace para la pareja casada (art. 8.1), la impugnación de la paternidad, resulta clara la aplicación analógica del párrafo 1º por tratarse de los mismos presupuestos fácticos y ser idéntica la ratio decidendi: RIVERO, en LACRUZ y otros: *Elementos*, IV, p. 159.

37 RIVERO, en LA CRUZ y otros: *Elementos*, IV, p. 159 y notas 15 bis.



## IV

### LA FECUNDACIÓN POST MORTEM

La fecundación post mortem se concreta jurídicamente a la inseminación de la mujer con gametos de su esposo o compañero estable ya fallecido, o transfiriendo a la mujer un embrión formado por su óvulo y el semen del varón muerto<sup>38</sup>.

La aplicación de las técnicas de la reproducción asistida a la fecundación post mortem convulsiona en profundidad el orden jurídico en relación a los efectos personales, patrimoniales o sucesorios como consecuencia de no encajar en las vigentes categorías jurídicas esta situación insospechable en el Código Civil o en su reforma del año 1981. Basta pensar en la validez y eficacia de un testamento en el que se instituye heredero al futuro ser que se fecunde con el semen congelado del testador en el útero de la esposa o de otra mujer, como sucedió hace poco tiempo en Estados Unidos; o bien por la repercusión jurídica que tuvo el llamado caso Parpalaix<sup>39</sup>: Alain Parpalaix, comisario de policía de un pueblecito cercano a París padecía una grave enfermedad testicular por lo cual antes de someterse a la

---

38 La fecundación post mortem, no tienen razón de ser cuando es heteróloga o se realiza con material genético de mujer fallecida.

39 Cfr. RIVERO, en LACRUZ y otros: *Elementos*, IV, p. 169, nota 28. Se puede ver la amplia reseña que dedica al tema el diario El País del 2 de agosto de 1984.

intervención quirúrgica dejó depositado semen suyo en un Centro especializado; poco antes de morir contrajo matrimonio con la joven Corinne de 23 años, con quien convivía desde hacía tiempo. Esta, una vez fallecido su marido, pretendió la inseminación artificial con el semen depositado a lo que se negó el Centro. El Tribunale de Grande Instance de Creteil dictó sentencia el 1 de agosto de 1984 dando la razón a la viuda. El juez interpretó que el convenio entre Alain Parpalaix y el establecimiento, cuando aquél depositó su semen, era un contrato atípico que comportaba para el establecimiento la obligación de conservarlo y restituirlo a aquél, o entregarlo a quien estaba destinado el esperma. Por si tienen curiosidad les diré que inseminada artificialmente Corinne con el esperma de su difunto marido la fecundación resultó infructuosa; igualmente les señalo que detrás de la contienda judicial no se escondía reivindicación hereditaria o económica alguna, por carecer de fortuna personal el difunto, sino sólo el deseo de Corinne de tener un hijo de éste.

No ha sido pacífica la admisión de la aplicación de las técnicas de reproducción post mortem<sup>40</sup>. En nuestro sistema algún sector doctrinal<sup>41</sup> ha configurado la fecundación post mortem como ilícita. Entiendo, por el contrario, que acaso la ilicitud podría sostenerse si la Ley no hubiera permitido dicha fecundación.

La Ley Sueca de 1984 (art. 2) no admite la fecundación post mortem pues requiere para la inseminación artificial de la esposa que el marido viva en el momento de practicarse las técnicas de reproducción artificial<sup>42</sup>.

La Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida (art. 9.1) establece que «no podrá determinarse legalmente la filiación, ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de

40 La doctrina que se ha manifestado a favor o en contra de la admisión, puede consultarse en HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: La ley 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideración en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada, *Actualidad civil*, 1988-2, p. 3032 s.; y RIVERO, en LA-CRUZ y otros: Elementos, IV, p. 166 y s.

41 En nuestro Derecho, por tanto, 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»: PANTALEÓN, *Contra la ley*, ob. cit., p. 31.

42 En la proposición de la Ley francesa de 25 de mayo de 1984 (art. 3) «la inseminación artificial no se autoriza mas que entre esposos y cuando tenga por objeto remediar la esterilidad de la pareja; la Instrucción del Vaticano de 22 febrero 1987 manifiesta que las legislaciones deberían prohibir la inseminación post mortem.

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».

«No obstante, 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 deriven de la filiación matrimonial».

De la misma manera cualquier varón no unido por vínculo matrimonial, sigue diciendo la Ley, también podrá hacer uso de la posibilidad de fecundación post mortem (art. 9-3).

De éste artículo noveno se pueden hacer las siguientes consideraciones:

1.— Esta fecundación sólo es posible si media el consentimiento del esposo manifestado en escritura pública o en testamento que «podrá ser revocado en cualquier momento» (art. 9.3). Dicha revocación, aunque diga la ley «en cualquier momento» está claro que sólo es posible en vida del varón. La revocación del consentimiento, ante el silencio de la ley, podría entenderse que debe revestir la misma forma (escritura o testamento) que para su emisión y constancia, pero dado el criterio restrictivo que entiendo debe adoptarse en la fecundación post mortem, sería válida y eficaz la revocación en simple documento privado<sup>43</sup>.

2.— Aunque el art. 9.1 habla 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.

3.— El cómputo de los seis meses, la doctrina considera que debe comenzar desde que se inician las técnicas de reproducción (aunque éstas no conduzcan al embarazo deseado), y no desde el día del fallecimiento del marido como literalmente señala la ley<sup>44</sup>.

43 Así, SERRANO: *Aspectos*, ob. cit., p. 397.

44 Para RIVERO (en LACRUZ y otros: *Elementos*, IV, p. 169) la interpretación del texto es la que normalmente hacen los especialistas médicos es una interpretación razonable, habida cuenta de la brevedad del plazo legal concedido y de los pocos días mensuales de fertilidad de la mujer.



4.— La Ley vigente permite dos posibilidades en la filiación de los hijos nacidos por fecundación artificial post mortem.

Si la pareja estaba casada el nacido ostentará la filiación matrimonial paterna y materna. En caso de no estarlo, por ser unión de hecho o pareja estable, el hijo ostentará la extramatrimonial también paterna y materna.

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<sup>45</sup> y por mediar el consentimiento de los interesados a dicha

---

Para el supuesto de la fecundación post mortem recogido en la Ley catalana de filiaciones el cómputo se inicia a partir del inicio del procedimiento de fecundación asistida, pero no debe ser considerado como plazo máximo para el nacimiento, cfr. GETE-ALONSO y CALERA, M. C. y BLASCO GASCO, F. de P.: *La nueva regulación de la filiación en el derecho catalán*, Valencia 1992, p. 83.

En la Ley catalana de filiaciones el plazo para la fecundación post mortem es de 9 meses, prorrogables por otros 3 a juicio del juez con justa causa (art. 9 L. Catalana Filiaciones). En esta Ley catalana la regulación es mucho más clara que en la Ley de técnicas que comentamos (aunque se elude absolutamente el juego de las presunciones de paternidad), que además del plazo se requiere que conste fehacientemente (documento público) la voluntad de ambos a la fecundación asistida con gametos propios de cada uno de ellos, y que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple, interpretado el término «un solo caso», en el sentido de que «no se trata, pues, de un solo procedimiento de fecundación asistida, sea cual fuere su resultado, es decir, aunque se frustre el procedimiento sino de una fecundación asistida efectiva, aunque posteriormente se frustre el embarazo. Con otras palabras, el límite material se halla en un embarazo fruto de la inseminación asistida post mortem, y no en un intento de fecundación asistida post mortem»: Así, GETE-ALONSO y BLASCO GASCO: *La nueva regulación*, ob. cit., p. 83.

45 Para algún autor la fecundación post mortem sería inconstitucional, pues se violaría el deber de los padres, establecido en el art. 39.3 Constitución «de prestar asistencia de todo orden a los hijos», al permitir «que venga al mundo un niño sin un padre que haya de cumplir con aquel deber» (PANTALEÓN: *Contra la ley*, ob. cit., p. 30).

fecundación. Otra cosa sería que la ley hubiera dicho, que no ha dicho, que al hijo generado post mortem le fueran de aplicación los mismos efectos

Sin embargo el art. 39.3 CE lo que considera no es que un niño venga al mundo sin padre sino que a quien es padre en sentido jurídico (no necesariamente biológico) le atribuye el deber de asistir a su hijo. Desde esta perspectiva no es inconstitucional la admisión de la paternidad post mortem, pues pueden nacer hijos sin padre y el problema se concreta a determinar la paternidad y determinada ésta imputar las facultades y los deberes que como padre de una paternidad ya determinada, les corresponda. Esta imputación es una cuestión de política jurídica y queda a la opción del legislador ordinario condicionar a determinados requisitos su posibilidad y regulación (BLASCO GASCO, F. de P.: La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación, en *Rev. Estudios Legislativos*, ADC, 1991, p. 705; y en *Derecho de Familia*, ob. cit., p. 403), pero sin violentar el sistema o establecer desigualdades legales entre los iguales.

El apartado 2, del art. 9, «es posiblemente inconstitucional porque introduce un criterio de desigualdad en la atribución de la filiación respecto de los hijos no matrimoniales. Veamos algún ejemplo: 1) Una pareja convive more uxorio y son padres de un niño. En atención a tal hijo quieren «legalizar» su situación de hecho y deciden contraer matrimonio. Desgraciadamente, el padre muere días antes del 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!» (BLASCO: *La ley*, ob. cit., p. 706).

En contra, RODRÍGUEZ CASTRO (La Ley 35/1988, ob. cit. p. 49 y 50) sostiene la inscripción matrimonial del hijo, en base al art. 9.2 de la LTRA basándose en los siguientes aspectos: 1) Que el art. 9.1 LTRA, situándose en el mismo nivel dentro de la jerarquía normativa que el art. 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) 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 aún faltando la presunción de nacimiento. 3) Que de inscribirse el nacimiento con la sola filiación materna, sería preciso para inscribir después la filiación paterna del marido fallecido acreditar el consentimiento de éste a través de las formas previstas en el art. 9.2 (escritura pública o testamento), lo cual se plasmaría en la extensión de la correspondiente 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. 7.2 que advierte que «en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el

que a los hijos matrimoniales, que es cosa muy diferente de atribuirle la filiación matrimonial, y que es lo que se dice legalmente<sup>46</sup>.

5.— Los derechos sucesorios del hijo generado post mortem se le denegaban en la Proposición de Ley española del año 1987<sup>47</sup>, al establecer que «dicho hijo no será tomado en consideración en la sucesión o herencia del fallecido» (art. 9.2 y 9.3 de la Proposición). Esta posición es coherente con el dato de que la cualidad de heredero no deriva de la filiación,

---

carácter de la generación». En conclusión, entiende, dicho autor, que una interpretación coherente y sistemática de los arts. 9.2 y 7.2 LTRA, en relación con el art. 116 Cc. nos llevaría a inscribir directamente dicha filiación como matrimonial.

46 Para obviar estas exigencias de técnica jurídica y también pensando en los efectos favorables que el Código Civil atribuye a los hijos póstumos (concebidos en vida del esposo y nacidos después de la muerte de éste), la doctrina denomina a los hijos nacidos por fecundación post mortem hijos «super póstumos».

El hijo no puede ser matrimonial, ni tan siquiera por el juego de las presunciones de paternidad, pues el nacido más allá de los 300 días de la disolución matrimonial no puede entrar en el juego presuntivo de la paternidad matrimonial del artículo 116 Código (LLEDO, *La ley de técnicas*, ob. cit. p. 1253 considera que la función de paternidad del art. 116 debe modificarse cuando se trate de reproducción asistida a 480 días —300 días establecidos por el art. 116 y 180 fijados por el art. 9 de la LTRA—); ni tampoco sería de aplicación el artículo 118 del mismo Cuerpo legal que establece que «aún faltando la presunción de paternidad del marido por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges si concurre el consentimiento de ambos. Pero en este caso debe hacerse notar «que lo que otorga carácter 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 (BLASCO, *La ley*, ob. cit., p. 707).

Se ha sostenido (Así, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: *La ley*, ob. cit., p. 3032; en el mismo también RIVERO, en LACRUZ y otros: *Elementos*, p. 170) que podría aplicarse el artículo 118 del Código que regula: «aún 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». Es evidente que este caso no es una separación legal, ni una separación de hecho. Pero cabría aplicar este precepto debido a que el gameto masculino era del marido, siempre que se dé como requisito sine qua non que el marido consintiera de forma libre y fehaciente, la fecundación de su mujer tras su muerte. Lo que significa que el consentimiento que se emitió con anterioridad a la fecundación post mortem, equivaldría al exigido en el art. 118, quedando determinada de esta forma la filiación matrimonial.

47 Lo mismo que decía el informe Warnock emitido a requerimiento del Gobierno inglés para la fecundación in vitro.

matrimonial o no, sino del hecho de ser, en nuestro caso, descendiente y estar vivo o, al menos, concebido en el momento de la muerte del causante (nasciturus). La sucesión del que nacerá (concepturus) deviene por mecanismo testamentario o sucesión voluntaria, pero jamás por sucesión legal o forzosa<sup>48</sup>. Pero no obstante lo dicho 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.

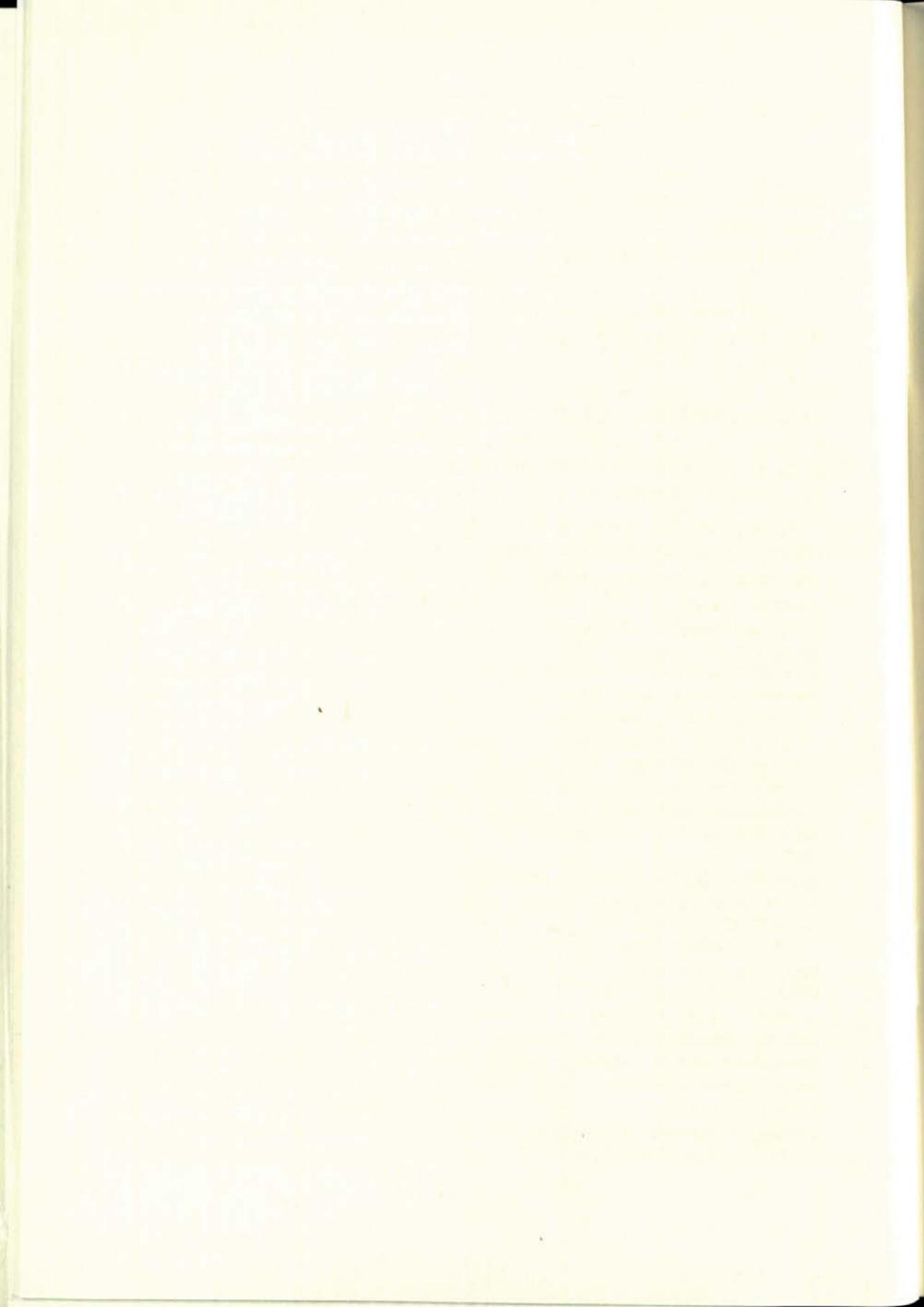
6.— Por todo ello, y aunque la Ley omita toda referencia, es evidente que para evitar dudas acerca de la paternidad, serán de aplicación las reglas sobre las «Precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta» contenidas en los artículos 959 a 967 del Código Civil, que de esta forma se aplican a supuestos imprevisibles para los codificadores civiles<sup>49</sup>. Entre estas precauciones impensables se pueden citar 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 del parto.

---

48 Reconocen derechos sucesorios en la sucesión del esposo fallecido derivados de la filiación matrimonial del hijo, SERRANO: *Aspectos*, ob. cit., p. 399; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: *La ley*, ob. cit., p. 3033.

PANTALEÓN: *Contra la ley*, ob. cit., p. 31. Para este autor (p. 31): el nacido por estas técnicas «es un hijo no matrimonial (aunque figurará como matrimonial, si nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido), que carece de derechos sucesorios legales (a salvo llamamientos testamentarios en favor de concepturi) en la herencia de su padre, por la sencilla razón de que ni siquiera estaba concebido en el momento de la muerte de aquél»

49 Así, SERRANO: *Aspectos*, ob. cit., p. 397.





## V

### LA MATERNIDAD SUBROGADA

«Raquel, viendo que no daba hijos a Jacob, estaba celosa de su hermana, y dijo a Jacob: «Dame hijos o me muero». Airóse Jacob contra Raquel, y le dijo: «¿Por ventura soy yo Dios que es quien te ha hecho estéril?». Ella le dijo: «Ahí tienes a mi sierva Bala; entra a ella, que para sobre mis rodillas y tenga yo prole por ella», (*Génesis* 30, 1-4).

La maternidad subrogada o por sustitución, no es un fenómeno de nueva aparición. A lo largo de la historia se han conocido casos en los que mujeres de bajo nivel social han sido utilizadas para la prestación de este «servicio». Por ello, «muchos comentaristas y, en particular, los grupos feministas consideran que la maternidad subrogada supone la explotación y manipulación económica de un grupo de mujeres necesitadas y dispuestas a vender su capacidad reproductora. Estos contratos de subrogación, no harían más que crear un nuevo grupo de mujeres explotadas y angustiadas»<sup>50</sup> y una forma moderna de esclavitud, salvo los supuestos basados en la amistad o en las relaciones afectivo-familiares.

---

50 Brief filed on behalf of Amici Curiae, The Foundation of Economic trend et Al., julio 1987, p.10, y R. MILLER: Surrogate patering: An infant industry presents society with legal, ethical questions, *Obstetrics and Gyneacological News*, 1983, 18, Nº 3, citados por FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M. T.: La maternidad subrogada en Norteamérica: La Sentencia de «Baby M.», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, p. 656.

En la mayoría de ocasiones en que se produce una maternidad sustituta, media un afán de lucro que ha generado la creación de agencias que median entre las parejas «comitentes» (o que desean el hijo) y la madre gestante, las denominadas en países anglosajones «baby-brokers» y que incluso han llegado a aparecer en centros institucionales como es el caso del Centro de Infertilidad de Nueva York<sup>51</sup>.

La admisión de la maternidad subrogada supone dar entrada también a simples motivaciones subjetivas o psicológicas y no estrictamente biológicas o fisiológicas, como podría ser el no tener que soportar los inconvenientes de las molestias físicas que acarrea el parto, pérdida del puesto de trabajo o de la disminución del rendimiento laboral... De ello da muestra la ya famosa Sentencia americana denominada doctrinalmente «Baby M.» o «Baby Melisa», en la que la madre comitente que deseaba el hijo no era estéril, pero padecía una ligera enfermedad que con el embarazo podía agravarse, por lo que se sirvió de una mujer con plena capacidad reproductora y con escasos recursos económicos por el pago de 10.000 dólares.

Pueden existir dos tipos de maternidad subrogada.

La que se ha dado en denominar «maternidad subrogada parcial», que

51 Sobre las agencias mediadoras o «baby-brokers», FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M. T.: *ob. cit.*, p. 656 y ss.

La maternidad subrogada ha sido descrita en términos generales como aquella relación contractual que se establece entre una pareja estéril, y la madre sustituta, esto es, la mujer fértil que llevará acabo la gestación del niño. Y así es como ha sido tratado hasta ahora por la doctrina y legislación tanto nacional como extranjera, pero existiendo un diferente modo de entender el problema. Así, en el pensamiento europeo se produce una mayor reticencia a considerar válidos y lícitos estos contratos, dándose, en cambio, una mayor apertura en los países anglosajones. En Europa países como Italia (Proposición de Ley Italiana de 1985, comisión Santuosso), Francia (Comité Nacional de Ética), Alemania y España (art. 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción asistida) se han mostrado contrarios a la validez de este tipo de contratos. Por otro lado, Estados anglosajones como Inglaterra (Ley inglesa de contratos de subrogación, de 1985, únicamente considera ilícito el contrato cuando haya intermediación interesada y los contratos onerosos de gestación de sustitución, pero no aquéllos en los que no se actúa por interés económico) o Estados Unidos (Ontario Law Reform Commission, de 1985, en su Recomendación 49 se señala que: «Nacido un niño tras un acuerdo aprobado de maternidad subrogada, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Cuando la madre subrogada se niegue a entregar el niño, el Tribunal ordenará que éste sea entregado a los padres sociales...» lo que hemos dicho en el texto), se muestran favorables a la licitud de esta relación contractual.

es aquélla en la que la madre sustituta aporta, además de la gestación, su óvulo que será fecundado artificialmente con el semen del marido de la madre de deseo o «comitente»; en este supuesto se identifican madre genética y madre gestante.

Y la «maternidad subrogada total», en la que es la pareja «comitente» la que aporta todo el material reproductor, esto es, el óvulo de la mujer fecundado con el semen de su marido, que se trasfiere al útero de la madre «portadora» o «de alquiler», la cual se compromete únicamente a gestar al niño; se produce, por tanto, un desdoblamiento de los conceptos de madre genética y de madre gestante<sup>52</sup>.

Los problemas que plantea la maternidad subrogada o de alquiler, dejando de lado consideraciones éticas, morales o sociales, son, fundamentalmente, jurídicos; de éstos sólo voy a esbozar algunos de ellos.

— El artículo 10 de la Ley de Reproducción Asistida sobre la maternidad subrogada señala que: «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».

Podríamos sostener que los actos que incidan en el tema de la maternidad subrogada no encajan en el ámbito de los contratos, sino que entran dentro del campo de lo ilícito civil, del que se pueden subvenir efectos o consecuencias civiles, o bien, en ocasiones, configurarse como un acto delictivo, un hecho punible atentatorio al estado civil de las personas.

Si nos detenemos un momento en la interpretación del artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida notaremos que el precepto centra la cuestión en la renuncia a la filiación materna por la gestante o sustituta en favor del padre biológico (y de la madre comitente que en

52 FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M. T.: ob. cit., p. 648 a 650.

Debemos tener presente que en la maternidad subrogada se sabe y se quiere que sea una concreta persona (el marido comitente, por ejemplo) la que vaya a aportar su material genético, por lo que la finalidad perseguida es que precisamente por perderse el secreto y el anonimato se atribuya la paternidad o maternidad. Pero no hay que olvidar que en el caso de la maternidad subrogada se violenta justo la principal finalidad perseguida por la Ley de Reproducción Asistida: «la intercambiabilidad y aleatoriedad del material genético». «Eventualmente, padre podría ser cualquiera de los donantes cuyos gametos están a disposición del consumidor.. La mujer no pretende —por lo común— los gametos de una persona determinada...»: LACRUZ BERDEJO, J. L.: La Constitución y los hijos artificiales, *Actualidad Civil*, 1987, p. 2.035.

algunos casos puede coincidir con la madre genética). Por ello se ha afirmado que «realmente la nulidad no abarca a todo el contrato sino el pacto o cláusula de renuncia a la filiación materna»<sup>53</sup>.

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<sup>54</sup>. 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.

— La Ley modificadora del Código Civil en materia de filiación de 13 de mayo de 1981, vino originada, fundamentalmente, por el deseo del legislador de que la paternidad y la maternidad legal o jurídica se identificase con las biológicas.

La Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 ha operado el cambio al potenciar la denominada «paternidad o maternidad social o de deseo». La Ley no cabe duda que otorga valor a la maternidad social o de deseo cuando permite la inseminación artificial de mujer no casada o cuando se muestra favorable a la fecundación artificial de parejas con problemas de infertilidad con material reproductor de tercero.

53 BLASCO GASCO: *Derecho de Familia*, ob. cit., p. 401.

54 LACRUZ afirma que es «característica común a los derechos-deberes familiares la indisponibilidad: no valen su renuncia o su transmisión». LACRUZ BERDEJO, J. L.: en *Elementos de Derecho Civil*, IV-1º, 3ª edic., 1989, p. 17. «Está universalmente reconocido que el estado de las personas es sustraído a la libre disposición de los particulares». CICU, A., *El Derecho de Familia*, Traducc. de SENTIS MELENDO, S.: *Buenos Aires*, 1947, p. 272 y 323.

Si se renunciase a la filiación materna se iría contra el artículo 6 del Código Civil, en su párrafo 3º (normas imperativas) y en su párrafo 2º («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»).

Sin embargo dicha maternidad (de deseo) no se tiene en cuenta en la maternidad subrogada, porque para tal caso la misma Ley ordena en los párrafos 2º y 3º del art. 10, que «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» y «Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

Por tanto queda claro que con respecto a la maternidad la Ley de Reproducción Asistida sigue el tradicional criterio de atribución de maternidad, esto es, la filiación materna vendrá determinada por el parto. La Ley considera que la madre gestante debe ser preferida a la genética (Exposición de Motivos).

Es un criterio de desigualdad jurídica de los sexos el dato de que la paternidad pueda devenir en jurídica o legal por el simple consentimiento del esposo a la fecundación de la mujer con gametos de donante anónimo (paternidad de deseo), mientras que la maternidad de deseo, que en algunos casos puede coincidir con la maternidad genética o biológica, ni tan siquiera se puede deducir la equiparación del texto legal.

Es difícil aportar soluciones a este interesante problema, y aunque se diga que en la maternidad subrogada se da un conflicto evidente entre la maternidad genética y la de gestación, debiendo optar por una de ellas, en cambio no se tiene en cuenta este conflicto cuando se trata de la paternidad. No se da el mismo trato a la madre biológica que al padre biológico, a pesar de que el artículo 127 del Código redactado para concordarlo con el precepto constitucional (artículo 39. 2º de la C.E.) diga que: «En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la *maternidad* mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas».

Es verdad que la Constitución habla de «investigación de la paternidad», y que acaso no previó estas nuevas formas de procreación, con la consiguiente diferencia en materia de filiación, pero también es verdad que esta norma constitucional debe interpretarse en un sentido amplio de acuerdo con la «realidad del tiempo en que debe ser aplicada» (art. 3 del Código Civil).

— El Anteproyecto de Código Penal, en su artículo 218, contempla el delito de tráfico de niños, en el que se establece una pena de 1 a 4 años para los que entregaran un hijo o descendiente a otra persona mediante compensación económica para establecer una relación análoga a la de

filiación, incumpliendo los requisitos legales de guarda, custodia, acogimiento o adopción. Con la misma pena se castigará al que lo recibiera y al intermediario. Si el Anteproyecto llegase a convertirse en ley el denominado «contrato de maternidad subrogada» pasaría a convertirse en un acto delictivo, en el que serían castigados por igual tanto la madre sustituta, la pareja comitente, como los miembros del Centro o Establecimiento que se prestaron a mediar y a intervenir en el mismo.

\* \* \*

Antes de terminar quiero pedir disculpas por el tiempo que he requerido su atención; poner de manifiesto que el tema jurídico de la Reproducción Asistida no queda ni mucho menos agotado con las reflexiones que acabo de hacer; y expresar que me consideraría recompensado, como profesor universitario, si en Ustedes hubiera motivado la curiosidad o despertado su inquietud intelectual sobre los diversos aspectos de una misma realidad, que tiene además la transcendencia de adentrarse en el misterio de la vida humana y en la esencia de la persona.

He dicho.

## BIBLIOGRAFÍA

Esta sumaria relación bibliográfica sólo contiene los trabajos específicos consultados sobre el tema referidos al Derecho español; aún consultadas, no se mencionan las obras generales y Manuales de Derecho Civil, los cuales dedican escasas referencias, ni la bibliografía extranjera (bastante numerosa), sin perjuicio de la pertinente cita a pie de página cuando proceda.

- ATAZ LÓPEZ, J.: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid 1985.
- BATLLE VÁZQUEZ, M.: *La eutelegenesia y el Derecho*, RGLJ 1949. p. 657.
- BLASCO GASCO, F. de P.: «La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», en *Rev. Estudios Legislativos*, ADC, 1991, p. 697-718.
- BLASCO GASCO, F. de P., y otros: en *Derecho de Familia*, coord. V. L. MONTES PENADES, Valencia 1991.
- BLASCO GASCO, F. de P.: *Técnicas de reproducción asistida y competencia legislativa autonómica*, en *RJ Cataluña* 1991, p. 955.
- BUSTOS PUECHE, J. E.: *El Derecho español ante las nuevas técnicas genéticas*, en *La Ley*, 28 de Julio de 1992, p. 1.
- CARBAJO GONZÁLEZ, J.: «El principio de verdad biológica y las relaciones de filiación derivadas de la inseminación artificial y la fecundación in vitro: el anonimato del dador», en *II Congreso Mundial Vasco, La Filiación a finales del siglo XX*, Trivium, Madrid 1988, p. 401.

- CASTAN TOBEÑAS, J.: «Los problemas civiles de la llamada "inseminación artificial"», en *Libro Homenaje a Juan Moneva Pujol*, Zaragoza 1954.
- CASTRO GARCÍA, J. de: *La investigación de la paternidad*, Madrid 1992.
- CLAVERIA GOSÁLBEZ, L. H.: «Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana», en *II Congreso Mundial Vasco*, La Filiación a finales del siglo XX, Trivium, Madrid 1988, p. 231.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: *Informe de la comisión especial de estudio de la fecundación «in vitro» y la inseminación artificial humanas*, Madrid 1986.
- II CONGRESO MUNDIAL VASCO: *La filiación a finales del siglo XX: Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: Ponencias y comunicaciones*, Vitoria-Gasteiz, 28-IX al 2-X, Madrid 1988.
- CUELLO CALON, E.: «El aspecto penal de la fecundación artificial», en *Tres Temas Penales*, Barcelona 1955.
- CUELLO CALON E.: *En torno a la inseminación artificial en el campo penal*, A. D. Penal, 1961.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J.: «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», en *II Congreso Mundial Vasco*, La Filiación a finales del siglo XX, Trivium, Madrid 1988, p. 201.
- DELGADO DE MOLINA HERNÁNDEZ, L.: *La prueba heterobiológica del artículo 127 del Código Civil. Antecedentes y evolución*, RDP, 1991, p. 5821.
- DÍAZ DEL CORRAL, J.: *La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial*, RDP, Junio 1988.
- FERNÁNDEZ-PACHECO, M. T.: «La maternidad subrogada en Norteamérica: La sentencia de Baby M.», en *Rev. General de legislación y Jurisprudencia*, nº 5 Mayo 1988, p. 647-685.
- GAFO, J. (ed.): *Nuevas técnicas de reproducción humana*, con J. M. CASTAN; J. GAFO; G. HIGUERA; A. HORTAL; J. R. LACADENA; E. LÓPEZ de la OSA; M. VIDAL; y M. YZQUIERDO, UPCM, Madrid 1986.



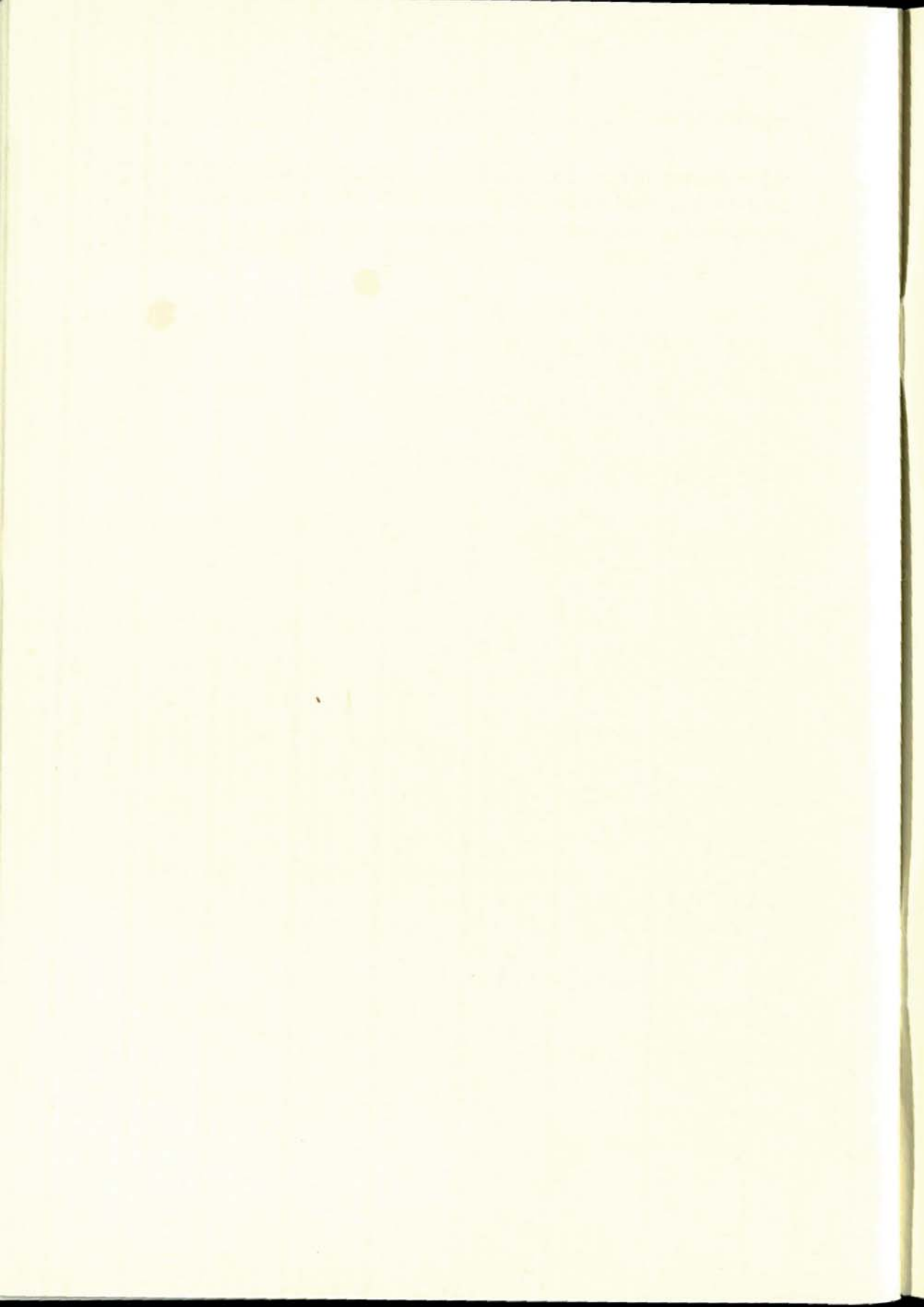
- GETE-ALONSO y CALERA, M. C. y BLASCO GASCO, F. de P.: *La nueva regulación de la filiación en el derecho catalán*, Valencia 1992.
- GUIRAO GALDON, M. S. y ORENES BASTIDA, J. M.: «Ensayo técnico-jurídico acerca de un estatuto sobre la fecundación dirigida», en *Rev. Jurídica de la Región de Murcia*, nº 8 Murcia 1988.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: «Nuevas técnicas de procreación artificial. La inseminación artificial: Consecuencias jurídicas», en *Rev. de Legislación y Jurisprudencia* nº 21 Julio 1986.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: «La ley 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideración en torno a la fecundación postmortem y a la maternidad subrogada», *Actualidad civil*. 1988-2, p. 3027.
- HERRERA CAMPOS, R.: *La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial*, Granada 1987.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: «La Constitución y los hijos artificiales», *Actualidad Civil*, núm. 34, 1987, p. 2031.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil*, IV, Barcelona 1989.
- LLEDO YAGÜE, F.: *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid 1988.
- LLEDO YAGÜE, F.: *La ley sobre técnicas de reproducción asistida*, ADC, t. XVI, 1988, p. 1241.
- LLEDO YAGÜE, F.: «El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo», en *II Congreso Mundial Vasco*, La Filiación a finales del siglo XX, Trivium, Madrid 1988, p. 319.
- MARTÍN MATEO, R.: *Bioética y Derecho*, Barcelona 1987.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *La nueva inseminación artificial*. (Estudio de la ley de 22 de noviembre de 1988), Madrid 1989.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *Derecho Médico*, vol. I Derecho médico general y especial, Madrid 1986.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *La inseminación artificial en el Derecho*, RDN 1985.
- MARTÍNEZ-VAL, J. M.: «La libertad de investigación genética humana y sus límites», en *Rev. General de Derecho* t. XLIV, 1988.
- MERINO GUTIÉRREZ, A.: «Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida», en *II Congreso Mundial Vasco*, La Filiación a finales del siglo XX, Trivium, Madrid 1988, p. 417.

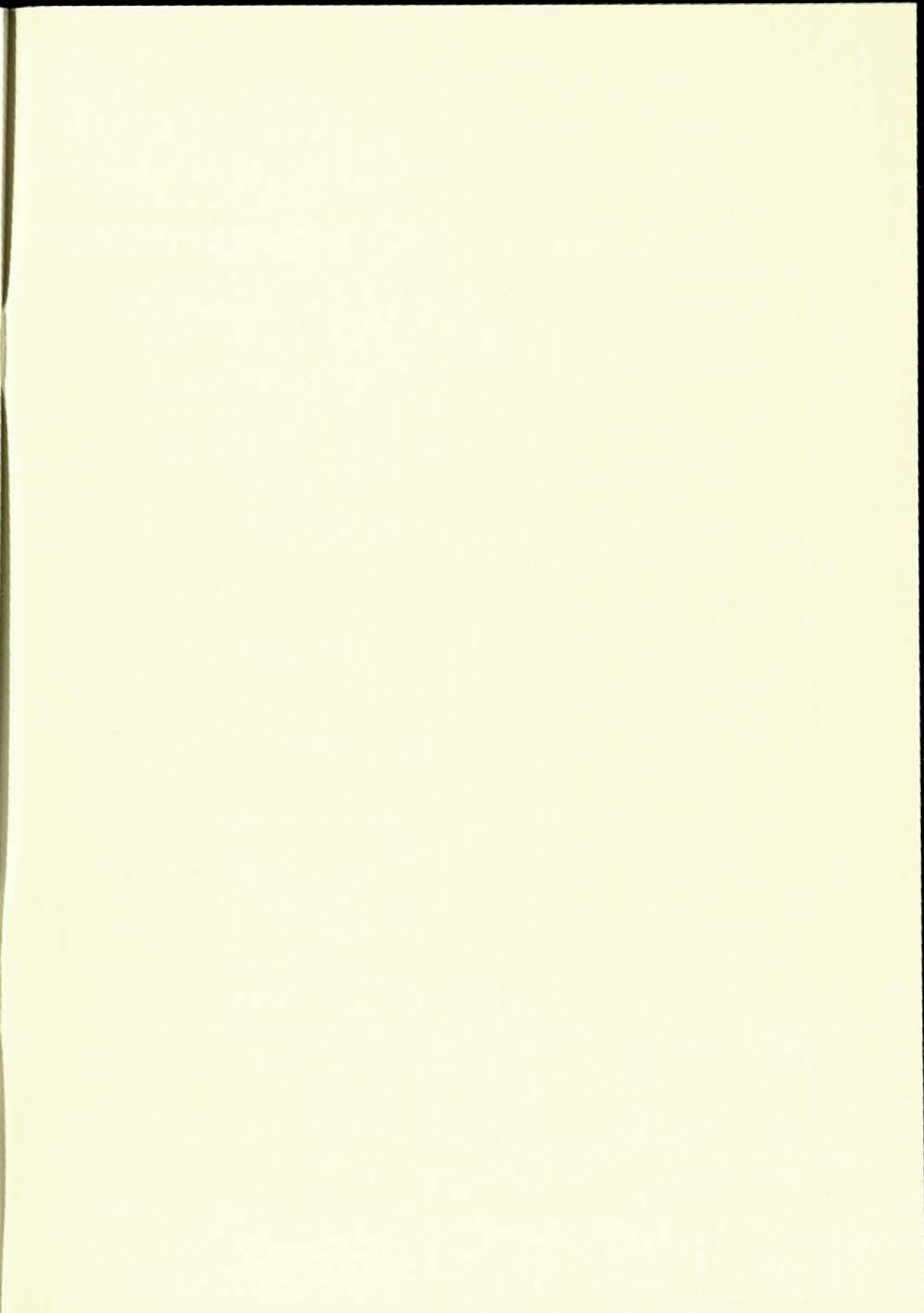
- MONTES PENADES, V. L. y otros: *Derecho de Familia*, coordinac. V. L. MONTES, Valencia 1991.
- MONTES PENADES, V. L.: «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», en *II Congreso Mundial Vasco*, La Filiación a finales del siglo XX, Trivium, Madrid 1988, p. 171.
- MORO ALMARAZ, J.: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación «in vitro»*, Barcelona 1988.
- MORO ALMARAZ, J.: «Procreación, paternidad y fecundación artificial», *Actualidad Civil*, nº 1 1988.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida», en *Jueces para la Democracia* nº 5, Diciembre 1988, p. 19 a 36. Y también, en libro Homenaje al prof. Roca Juan, Murcia 1989, p. 641 a 670.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Procreación artificial y responsabilidad civil», en *II Congreso Mundial Vasco*, La Filiación a finales del siglo XX, Trivium, Madrid 1988, p. 245.
- PERIS RIERA, J. M.: *Identificación personal: avances genéticos e interrogantes jurídicas*, RDP, 1991, p. 7111.
- PRIETO, C.: «El interés del hijo en los procesos de filiación: un interés de carácter preferente», *Actualidad civil*, 1991, p. 137.
- REVERTE NAVARRO, A.: *La intervención judicial en las situaciones familiares*, Murcia 1980.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: en *Elementos de Derecho Civil*, IV-2, Derecho de Familia, de LACRUZ y otros, Barcelona 1989.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «La investigación de la nueva relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», en *II Congreso Mundial Vasco*, La Filiación a finales del siglo XX, Trivium, Madrid 1988, p. 141.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Aspectos jurídico privados más relevante de la L. 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm 1517, 1989, p. 69.
- ROCA JUAN, J.: *Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho Civil y Medio ambiente)*, discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 1985.

- ROCA TRIAS, E.: «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su proyección jurisdiccional», en *II Congreso Mundial Vasco*, La Filiación a finales del siglo XX, Trivium, Madrid 1988, p. 17.
- RODRÍGUEZ CASTRO, J.: «La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y el Registro Civil», *Actualidad Civil*, núm. 47, semana 17-23 de Diciembre de 1990, p. 46.
- RODRÍGUEZ CASTRO, J.: *¿Aborto in vitro?*, Tapia, enero-febrero 1985.
- RUIZ VADILLO, E.: *La investigación científica y el Derecho. Especial consideración de la investigación genética*, RGD 1986, p. 3645.
- RUIZ VADILLO, E.: «Investigación genética y derecho penal», en *Rev. General de Derecho* nº 528, Septiembre 1988, p. 5791 a 5795.
- SERNA MEROÑO, E.: *La reforma de la filiación*, Madrid 1985.
- SERRANO ALONSO, E.: «Aspectos de la fecundación artificial», *Actualidad Civil* nº 6 1989, p. 385-401.
- SERRANO ALONSO, E.: «El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem», en *II Congreso Mundial Vasco*, La Filiación a finales del siglo XX, Trivium, Madrid 1988, p. 365.
- SILVA-RUIZ, P. F.: «Maternidad subrogada o de alquiler», en *Homenaje a Juan B. VALLET de GOYTISOLO*, III, 1989, p. 827.
- SILVA-RUIZ, P. F.: «El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler», *Bol. Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1447, 1987, p. 463.
- SILVA-RUIZ, P. F.: *El Derecho de Familia y al inseminación artificial in vivo o in vitro*, RD Privado, 1987, p. 323.
- VIDAL MARTÍNEZ, J.: «Las nuevas formas de reproducción asistida», *Cuadernos cívitas*, 1988.
- VIDAL MARTÍNEZ, J.: *Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil; introducción y panorama general*, RD Priv. 1986, p. 3685.
- VIDAL MARTÍNEZ, J.: *Elección de sexo: comentario a una reciente decisión judicial aplicando la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, RDP, 1991, p. 2535.
- VILA CORO BARRACHINA, M. D.: «El comienzo de la vida humana», en *Rev. General de Derecho*, nº 3 t. XLIV, 1988.

- YAGÜE, F.: «La ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida»,  
en *Anuario de Derecho Civil*, Octubre-Diciembre 1989, p. 1241-1265.
- ZARRALUQUI, L.: *Procreación asistida y derechos fundamentales*,  
Madrid 1988.









**Secretariado de publicaciones  
e intercambio científico.**  
**UNIVERSIDAD DE MURCIA**

UNIV  
Facu