

La filiación a finales del siglo XX

(Reseña de un Congreso)

Desde el 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, y enmarcado en el II Congreso Mundial Vasco, se celebró en Vitoria-Gastéiz un *Congreso Internacional de Filiación*, organizado por el Departamento de Derecho civil de la Facultad de Derecho de San Sebastián. El objetivo de los organizadores era el de disponer un foro donde expertos juristas abordaran las múltiples cuestiones que *las nuevas técnicas de reproducción* plantean y, en definitiva, se diera un paso adelante en la tarea de configurar el estatuto jurídico civil de los protagonistas y afectados por tales técnicas, en cuanto sujetos privados y por relación a las estructuras familiares.

Los grandes bloques temáticos que configuraban la estructura del programa, y que a su vez coincidieron con cada una de las jornadas, fueron los siguientes: 1) *Las posibilidades médicas, los límites constitucionales y las recomendaciones del Consejo de Europa*; 2) *La capacidad de respuesta de algunos ordenamientos jurídicos*; 3) *Variaciones sobre clases, determinación y efectos de la filiación*; 4) *La presencia y la especificidad de elementos y categorías comunes a otras materias del Derecho privado*; 5) *Algunas cuestiones particulares* (*).

En la jornada inaugural, la primera ponencia versó sobre *La manipulación o mediación científica en la reproducción humana* y corrió a cargo del excelentísimo y magnífico señor don Emilio Barberá Guillem, catedrático de Histología y Embriología general y rector de la Universidad del País Vasco.

Al comienzo de su intervención, el ponente hizo hincapié en la dificultad existente para aproximar dos mundos que a menudo han recorrido caminos separados: el del conocimiento científico y el de las tradiciones morales. Mientras que, durante siglos, afirmó, la investigación biológica no ha incidido directamente sobre los humanos, sino que, muy al contrario, nuestros hábitos y moral han afectado a su desarrollo; hoy, de algún modo, este proceso de influencia se ha

(*) Las comunicaciones presentadas a cada una de las Secciones fueron: *Sección II*: «Reflexiones en torno al informe Palacios y al proyecto de ley sobre técnicas de reproducción asistida», A. González González (Universidad de Oviedo). «Hacia un estatuto jurídico del embrión humano», M. Carcaba Fernández (Universidad de Oviedo). *Sección III*: «El principio de verdad biológica y las relaciones de filiación derivadas de la inseminación artificial y la fecundación in vitro: el anonimato del dador», J. Carbajo González (Universidad de Oviedo). *Sección IV*: «La mujer sin pareja ante las técnicas de fecundación asistida. Intereses en juego», A. de León (Universidad de Oviedo). «Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida», A. Merino Gutiérrez (Universidad de Oviedo). *Sección V*: «Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente» H. Campuzano Tomé (Universidad de Valladolid), «Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena», C. Moreno-Luque Casariego (Universidad de Oviedo). «La atribución de la maternidad en la gestación contratada», C. Hernández Ibáñez (Universidad Complutense de Madrid).

invertido. Esto es así porque al poder utilizar los esquemas biológicos generales en la reproducción humana se plantea un camino de vuelta: interpretar biológicamente la procreación humana para definir la moral. La dificultad para realizar esta tarea, en opinión del profesor Barberá radica fundamentalmente en que los esquemas biológicos se han hecho bajo la moral y resultado, por ello, moralizados; de esta forma, la abstracción y el análisis tendentes a determinar la futura moral encontraría mezclados con los hechos biológicos puros una amplia gama de conceptos de conducta humana.

Precisamente, y tras estas reflexiones, la intervención continuó en la línea de describir hechos biológicos puros, extendiéndose en la explicación de conceptos como *herencia biológica*, *fenotipo*, *genotipo* y en el análisis de fenómenos como las mutaciones o la meiosis, para incidir, finalmente, en las etapas del desarrollo de los animales superiores. Al referirse, ya en concreto, a las denominadas nuevas técnicas de reproducción, señaló el rector que ninguna de ellas es propiamente artificial desde el punto de vista genético y biológico, puesto que no modifica la herencia biológica. Respecto a tales técnicas, reclamó para la Medicina una amplia posibilidad de actuación, incidiendo en que, al fin y al cabo, se trata de habilidades y de técnicas para procrear y evolucionar en la especie.

La segunda ponencia, sobre *La incidencia de la inseminación/fecundación artificiales en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, correspondió a la ilustrísima señora doña Encarna Roca i Trias, catedrática de Derecho civil y secretaria general de la Universidad de Barcelona.

La profesora Roca inició su exposición a partir del Derecho de familia vigente, recordando —con la doctrina italiana— que «si se exceptúan los casos de delitos sexuales, *el sistema parte del ser ya engendrado*», pues considera que *antes no era nada ni importa cómo ha llegado a ser*; este sistema, sin embargo, se ha roto en la actualidad con las posibilidades de influir en la concepción y en los nacimientos (control de natalidad, interrupción voluntaria del embarazo y procreación por medios artificiales).

Hoy, dijo, parece alcanzado el acuerdo sobre la necesidad de regulación de las denominadas «filiaciones asistidas»; pero en la mayoría de los supuestos el acuerdo sigue cimentado en una concepción tradicional de la sociedad y el resultado final de esa regulación sería o debería consistir en una serie de prohibiciones dirigidas a conservar la sociedad tal cual es ahora. Por el contrario, estima la ponente que el tema que nos ocupa puede ser la clave de bóveda a partir de la cual se destierre el tradicional conservadurismo de los juristas, especialmente de los civilistas españoles.

La ponente se inclinó decididamente por la necesidad de legislación, pues si el jurista (y el legislador) no se apresura a ofrecer una solución, lo que ahora es sólo un terreno por cultivar se convertirá en una jungla, en la que lo que verdaderamente prime sea el interés personal del investigador o el capricho de los padres. Tal legislación habría de dar solución a los problemas que se plantean ahora y a los del futuro inmediato —los avances son tan rápidos que la propuesta por el Grupo Socialista «seguramente está ya obsoleta»—; protegiendo de forma correcta los derechos fundamentales de las personas implicadas y creando un nuevo sistema de paternidad-maternidad *formales*.

Supuesto que la protección de la persona y de los derechos que le son inherentes es la finalidad esencial del ordenamiento constitucional español (arts. 10.1 y 9.1 C.E.), la profesora Roca i Trias pasó a examinar los derechos (e intereses)

que deben ser conjugados en todo proceso de reproducción asistida distinguiendo los tres grupos de sujetos implicados: *padres iniciales, hijos nacidos y terceros coadyuvantes*.

En relación a los *padres iniciales* (la pareja que inicia el proceso mediante su decisión de tener un hijo que les resulta inalcanzable por medios naturales), la alternativa planteada es la de fundamentar su pretensión en un *derecho a procrear* o en un *derecho a la salud*; alternativa con importantes consecuencias prácticas, por cuanto mientras el «derecho a procrear» debería atribuirse a la persona —en cuyo caso, aun sin constituir pareja, habría un derecho constitucional a procrear [también] «artificialmente»—, la esterilidad suele predicarse de la pareja (matrimonial o no). La primera opinión se halla bastante extendida en el mundo anglo-sajón, pero no en los países europeos que más suelen influir sobre nuestra cultura jurídica. A este respecto, la doctora Roca i Trías subrayó la perplejidad que suscita tanto el llamado «Informe Palacios» como la Proposición de Ley socialista, pues si por una parte aceptan como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, por otra, admiten como usuarias de las técnicas a mujeres solas, con lo que derivan hacia un hipotético «derecho a procrear».

Refiriéndose a *los nacidos mediante Reproducción Asistida*, la ponente afirmó que «el núcleo principal de derechos fundamentales afectados por el uso de las técnicas de reproducción asistida se da en cabeza del producto de las mismas: el ser que puede o no llegar a nacer y, en consecuencia, llegar a ser persona»; por ello, y porque no tuvo ocasión de «intervenir», *debe ser protegido de forma prioritaria*. Desde esta óptica, tres son los derechos constitucionales que pudieran resultar afectados: el derecho a la vida, al nacimiento dentro de una familia y a conocer el propio origen.

En cuanto al primero de tales derechos observó la ponente que tanto a nivel internacional (sentencia del Tribunal de Derechos Humanos —1980— estimando que el término «todos» del artículo 2 de la Convención no incluye al no nacido, que no tiene derecho a la vida en los estadios iniciales del embarazo) como a nivel nacional (nuestro Tribunal Constitucional, a propósito de la despenalización del aborto —1985— no se pronunció directamente sobre la interpretación de la palabra «todos» del artículo 15 C.E., y no parece que ésta haya de ser una sentencia decisiva en el tema que ahora nos ocupa) existe un estado de opinión favorable a no considerar aún persona al feto y ello debe aplicarse, con mayor razón, a los embriones (particularmente, dentro de los catorce días después de la unión de los gametos). Es más, concluyó, *tampoco «existe un supuesto derecho del embrión a ser implantado y, mucho menos, un hipotético derecho a nacer»*.

En segundo término, entiende la catedrática catalana que el derecho (si existe) a nacer en el seno de una familia, puede excluir como usuaria a la persona sola, pero en ningún caso a la pareja [heterosexual] no casada; que el problema de la prueba de la «estabilidad» *no debe interferir el ejercicio de este derecho*, si se considera que la esterilidad es un problema relativo a la pareja y no del matrimonio, y que el derecho del nacido a tener una familia estable comporta que no deba verse sometido a acciones de reclamación de paternidad/maternidad por parte de los donantes de material genético.

Por lo que hace, en fin, al derecho a conocer el propio origen, considera que es compatible con el anonimato de las donaciones de material genético, por cuanto propugna que la investigación de la paternidad/maternidad «sea regulada como un medio para llegar a conocer el propio código genético», no para recla-

mar los derechos inherentes a aquélla —pues no existe, dijo, un derecho fundamental a que la paternidad/maternidad, constatadas con los sistemas que legalmente se establezcan, coincidan con la realidad biológica—.

Por relación a los *donantes* de material genético y ciñéndose al punto de vista constitucional, la ponente recordó que debe buscarse un sistema que le asegure «la protección de su derecho a la intimidad», aplicándose por analogía el anonimato impuesto por la Ley 30/1979 sobre trasplante de órganos, mientras no se consagre directamente la solución —tipo sueco— del «anonimato relativo» (que tendería a compaginar el derecho del nacido a conocer su origen genético, excluyendo la identidad del donante).

Para terminar, la profesora Roca i Trías se pronunció por el rechazo de las técnicas de maternidad de alquiler, respecto de las que la protección constitucional de la dignidad de la persona sólo permitiría este acto de disposición del cuerpo si se tratase de un acto gratuito.

A modo de conclusión, indicó que al legislador se le plantean una serie de opciones difíciles, como las que afectan a los posibles derechos de los no concebidos, confrontados con la autonomía y libertad de los padres. Pero en el momento actual existen ya datos suficientes para que elija la solución que considere más conveniente desde un punto de vista de política jurídica. Lo que no debe hacer en absoluto es «esconder la cabeza bajo el ala y dejar que sean los poderes fácticos quienes establezcan las reglas del juego, si se quiere proteger por encima de todo la dignidad humana», tarea que a todo jurista le atribuye nuestra Constitución.

Cerró la jornada inaugural la exposición del ilustrísimo señor don Fritz Hondius, director para Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, sobre *El Consejo de Europa ante la fecundación asistida*.

La ponencia, que F. Hondius rotula de nuevo *La contribución del Consejo de Europa para resolver los problemas provocados por la procreación humana artificial*, se abre con una serie de consideraciones introductorias, que van desde la propuesta de un título alternativo para el Congreso —«La filiación en el amanecer del tercer milenio»— hasta una reflexión general acerca de la actitud del legislador frente a este tipo de innovaciones que dan al traste con el concepto tradicional de familia. En particular, opina que el abstencionismo de aquél acabaría perjudicando a los niños nacidos mediante estas técnicas —caso Baby M.—, por lo que no hay otra actitud aceptable para quienes tienen responsabilidades de gobierno, que la de regular el fenómeno. Igualmente incidió en que, como no es propio que los debates sobre estos temas que afectan directamente al ser humano tengan lugar en cada país por separado, el Consejo de Europa, en estrecha cooperación con otros organismos del resto del mundo, ha devenido foro privilegiado para este tratamiento.

Sobre el tema que nos ocupa, recordó cómo los grandes debates comenzaron en la Asamblea Parlamentaria, que llegó a aprobar dos importantes textos: La Recomendación número 934 (1982), de 26 de enero de 1982 *sobre ingeniería genética*, y la número 1.046 (1986), de 24 de septiembre de 1986 *sobre el uso de embriones humanos y de fetos para el diagnóstico con finalidades terapéuticas, científicas, individuales y comerciales*. Por su parte, el Comité de Ministros, en la línea de la Recomendación 934 (1982), constituyó —en 1983— un «Comité de Expertos *ad hoc*, sobre problemas éticos y legales relacionados con la genética humana» (CAHGE). Respecto a la Resolución 1.046 (1986) sobre el uso de em-

briones humanos, observó F. Hondius que el Comité de Ministros inició en 1985 una acción de mayor envergadura, que alcanza, en general, a las técnicas de reproducción humana artificial. A tal efecto, fue sustituido el CAHGE por un nuevo grupo de expertos *ad hock*, CAHBI, integrado por biólogos, médicos, juristas y especialistas en ética y en derechos humanos. El CAHBI inició su trabajo en noviembre de 1985, y el 3 de abril de 1987 ha presentado al Comité de Ministros un *Proyecto de Recomendación* (instrumento más ágil y apropiado que un Convenio) *sobre Procreación Humana Artificial*, que contiene orientaciones básicas en la materia y deja al buen criterio de cada Estado la concreción de los detalles y las formas de aplicación. Normalmente, el Comité de Ministros observa una estricta confidencialidad sobre los trabajos hasta el momento de tomar una decisión final, pero en este caso —subrayó el ponente— ha adoptado la decisión —22 junio 1987— de permitir su uso por los Parlamentos nacionales de los Estados miembros y autorizar al Secretariado del Consejo de Europa para informar, en encuentros científicos, sobre los principales trazos de las propuestas del CAHBI.

Centrándose en las *directrices que propugna el CAHBI* y refiriéndose al citado Proyecto de Recomendación, especificó que consta de tres partes: Preámbulo, cláusula operacional y reglas sustantivas o principios.

En el Preámbulo se recuerdan los valores que comparten los Estados miembros y que constituyen la base de la cooperación y entendimiento: el respeto de la vida y la dignidad humana, libertad personal y respeto a la vida privada, unidad de la familia como fundamento del bienestar del niño, la personalidad del niño y la prevención de la explotación de la mujer, etc.; que se subraya que las técnicas de reproducción asistida no han de ser enfocadas según posturas de conveniencia o comodidad, sino como «última medida», y que, no obstante la diversidad de opiniones, el embrión debería ser tratado siempre con el respeto debido a la dignidad humana.

La cláusula operacional insta a los Gobiernos a que adopten leyes que incorporen los principios propuestos y, además, establezcan un minucioso desarrollo de los mismos; aun con la conciencia de que —atendido el ritmo de desarrollo de las ciencias médicas— esas reglamentaciones no resultarán definitivas.

La parte sustantiva del Proyecto de Recomendación se inicia con algunas definiciones sobre los términos (donante, embrión) y técnicas utilizadas (IA y FIV) para abordar luego cuestiones más específicas. Tales como:

El acceso a las técnicas.—Tras la consulta a los especialistas en derechos humanos y supuesto que individualmente nadie ostenta un pretendido «derecho al niño», el CAHBI aconseja restringir el uso —en concepto de tratamiento de la infertilidad— de las técnicas de reproducción asistida a *las parejas herosexuales* con condiciones que aseguren el bienestar del futuro ser —y anotó el ponente que no existe unanimidad entre los Estados miembros acerca de si debe tratarse de parejas casadas o no—. Por lo demás, se insiste en los requisitos que deberían reunir los doctores y centros especializados, sobre la conveniencia de consagrar una especie de «cláusula de conciencia» y sobre la necesidad de contar con el consentimiento libre e informado de todas las personas afectadas.

Almacenamiento de gametos y embriones.—No existe oposición total a este almacenamiento, siempre que sea por tiempo limitado y se especifiquen los usos autorizados. Así, la crioconservación no debería facilitar situaciones antinaturales, como la fecundación *post mortem*, ni la proliferación de embriones «sobran-

tes» —cuyo destino, en todo caso, ha de decidirse con el consentimiento de la pareja—.

Donación.—En cuanto a la disponibilidad del material genético, el referido Grupo de Trabajo del Consejo de Europa, si bien no la excluye, considera que deberá obedecer a una serie de limitaciones bien estrictas: gratuitas e incondicionadas; tope máximo de fecundaciones con material genético del mismo donante y excepcionalidad de la donación de embriones, con prohibición absoluta del traslado del útero de una mujer al de otra, y principio de secreto/anonimato sobre el uso de las técnicas/personas implicadas —con la excepción, si acaso, de que el propio hijo pueda conocer «su origen genético»—.

Filiación.—En cuanto a la paternidad, caso de IA o FIV, con donación de esperma, si se trata de mujer casada, el marido no puede impugnar la paternidad, mientras que el compañero —mujer no casada— sí puede, probando que el niño no nació como resultado del tratamiento.

Maternidad subrogada.—Sólo excepcionalmente debería permitirse —v. gr. cuando una mujer que inicia una FIV no puede luego soportar la reimplantación del embrión obtenido— y con, al menos, dos requisitos: absoluta gratuidad y derecho a «conservar» el hijo.

Por otro lado, y en lo que afecta a la *manipulación e investigación con embriones*, F. Hondius recordó que se trata de un tema sometido a debate en todos los foros, que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó una primera —ni unánime ni, acaso, definitiva— Recomendación [R. 1.046 (1986)] y que el CAHBI ha vuelto sobre la cuestión, separando lo que puede con seguridad permitirse —actuación sobre embriones *in vitro* que no les causen daño— de lo que debería estar absolutamente prohibido —creación de embriones con fines exclusivos de investigación, clonación, hibridación, etc.—.

La segunda sección o jornada estuvo dedicada a analizar *La capacidad de respuesta de algunos ordenamientos jurídicos* y se inició con la intervención del ilustrísimo señor don Goran Ewerlof, Juez de Tribunal de Primera Instancia y Secretario de la Comisión sobre Inseminaciones de Suecia, que disertó acerca de *La legislación sueca sobre inseminación artificial*.

La ponencia se inicia con una introducción en la que refirió una serie de datos tendentes a poner de relieve que, siquiera la IA, no es una técnica absolutamente novedosa ni en general ni en su aplicación a la reproducción humana. En efecto, la IA sobre animales puede que se practicara desde la antigüedad clásica, si bien, como método científico fue descubierto y experimentado sobre perros en 1780 por el italiano Spallanzani. Respecto de su aplicación a seres humanos, la IAH (con semen del marido) puede datarse en 1834, y la IAD (con semen de donante), para Suecia al menos, en 1920. La primera concienciación, en los países nórdicos, sobre la conveniencia de regular la IAD —como mínimo en cuanto a quién tenía derecho a utilizarla y al estado legal del hijo— tuvo lugar aproximadamente hace cuarenta años; si bien entonces todos los proyectos fracasaron por causas múltiples: escaso número de inseminaciones (unas 95 en Suecia entre 1945-1948, con un resultado de sólo 7 embarazos), el posicionamiento de determinados grupos de presión (la Iglesia) y el exceso de niños suecos ofrecidos en adopción. Pero en la segunda mitad de este siglo, el interés por la IA como remedio a la esterilidad [involuntaria] se ha incrementado en todo el mundo y, seguramente, aumentará más (año 1982: en Suecia, 40 niños de IAH y 230 de IAD; por IAD cada año, en Europa, 2.000 niños, y en EE.UU, 10.000).

En 1970 fracasa un nuevo intento sueco de regular la IA, so pretexto de que había aún pocos niños —después se ha demostrado que unos cien por año— concebidos por IAD. Pero, a partir de entonces, se intensifica la preocupación hasta el punto de que el propio Consejo Nacional Sueco de Salud y Bienestar [en adelante, NBHW] llama la atención del Gobierno sobre la necesidad de una Ley al respecto. Este nombra una Comisión oficial o «Comité de Inseminación» a finales de 1981 que, dos años más tarde, presenta una serie de Recomendaciones e, inmediatamente, se reaviva el debate en los medios de comunicación. Siguiendo aquéllas, el Gobierno presentó el correspondiente Proyecto —diciembre de 1984— al Parlamento, y éste, por amplia mayoría, aprobó la nueva regulación de la IA, que entró en vigor el 1 de marzo de 1985.

Por lo que hace ya propiamente al régimen instaurado por esta nueva Ley de Inseminación Artificial, observa el ponente cómo dicha técnica se enfoca, en general, como tratamiento ginecológico destinado a remediar la esterilidad involuntaria de un matrimonio o pareja estable; y, en particular, quienes recurren a una IAD son considerados aproximadamente como unos padres adoptivos. Como es obvio, es la intervención de donante la que complica la IA y requiere mayores previsiones legales [para la IAH, basta con que el marido o compañero que ha dado el esperma esté con vida y consienta el tratamiento; el hijo será hijo «natural» de la pareja].

La nueva Ley, según el señor Ewerlof, incide básicamente en la *Inseminación Artificial con Donante (IAD)*. Antes, la situación jurídica del niño dependía del estado civil de la madre; si era casada, en principio sería considerado padre el marido —con posibilidad, sin embargo, de impugnar esa paternidad: en marzo de 1983, todavía el TS sueco estimó una impugnación—; mas, si la madre no estaba casada, sólo podía vincularse legalmente el hijo y el compañero de aquélla mediante la adopción —que, a la vez, privaba a la mujer de los derechos sobre su hijo—. En cambio, con la nueva legalidad se considera padre del niño siempre que previamente hubiera consentido la IAD de su pareja y sólo se le permite impugnar esa paternidad si la mujer —durante el tratamiento por IAD— tuvo relaciones sexuales con otro hombre. Esta medida de equiparación entre el matrimonio y la pareja estable estima el ponente que responde a una adecuación de la Ley a la realidad social sueca, en la que aproximadamente un tercio de los nacimientos tienen lugar de madre no casada, aunque, en la mayoría de los casos, cohabitando de forma estable; mientras que la interdicción de su uso por mujeres solas y parejas lesbianas responde al énfasis que psicólogos y psiquiatras han puesto en la importancia que para el desarrollo de un niño tiene la presencia de una madre y un padre.

En cuando a *los requisitos*, unos son de tipo *natural o médico* y otros *psico-sociales*, y pueden referirse a la mujer, al compañero/marido y al donante. Desde el primer punto de vista, en la mujer se requiere, aparte su fertilidad, un estado físico y mental sano y, a veces, no haber sobrepasado los 35 ó 40 años; en el marido/compañero, buena salud y ausencia de enfermedades que pudieran influenciar su vida ulterior; en el donante, inteligencia media, esperma de buena calidad y que no haya sufrido enfermedad hereditaria [en algunos casos, que sea menor de 40 años, esté casado y tenga ya hijos sanos]. En todo caso, la Ley sigue considerando que se está en presencia de un *tratamiento médico* y deja al profesional la decisión sobre la conveniencia de aplicarlo a una determinada pareja, si bien sólo puede ser realizada la IAD en *hospitales públicos*, previamente-

te autorizados por el NBHW. Por lo que hace a los denominados *requisitos psico-sociales*, en la IAD —a diferencia de lo que ocurre en la adopción— ninguna autoridad social lleva a cabo un estudio previo del *hogar*, pero la Ley declara que el tratamiento únicamente debe ser administrado cuando las circunstancias de los futuros padres permitan al niño crecer en condiciones favorables y requiere que la pareja se someta a un examen «psico-social» a tal efecto. Así, se valora la edad de la pareja —no menos de 25 años—, la madurez y estabilidad de su relación, e incluso si el marido/compañero ha asumido su esterilidad.

La Ley requiere el consentimiento del marido/compañero por escrito, no obstante lo cual, el ponente estima que en la IAH, puesto que el semen es del propio interesado y sólo se practica actualmente con espermatozoides frescos, el hecho de aportarlo ya implica el consentimiento requerido. Es en la IAD donde alcanza pleno sentido la exigencia de una declaración de voluntad no ambigua —por tanto, por escrito y con testigos—, ya que, entre otras razones, va a ser el presupuesto de su paternidad legal (que no biológica).

En cuanto al derecho del niño al conocimiento de sus orígenes, según el ponente, sólo tiene interés especial en los supuestos de IAD y conviene hacerlo en paralelo con los planteamientos vigentes en la hipótesis de adopción.

En el caso de adopción la actitud de la sociedad sueca, de los adoptantes y de la propia Ley, es favorable a que el hijo adoptado —en interés de su desarrollo equilibrado— tenga acceso, tan pronto como sea aconsejable, a la información sobre sus padres naturales; y puede llegar a ponerse en contacto personal con ellos, si lo estima conveniente el oficial del Servicio de Bienestar. En la práctica, pocos adoptados sienten la necesidad o el deseo de llegar hasta las últimas posibilidades. Por contra, para los tratamientos de IAD ni la sociedad en su conjunto ni los más directamente interesados parecen convencidos de la conveniencia de reconocer al niño el derecho a investigar sus orígenes. Antes de la nueva Ley, algunos centros sanitarios destruían todo tipo de anotaciones una vez que el embarazo por IAD se había conseguido. Sin embargo, una vez sopesados los pros y los contras de la permisión —argumentos de los que dio cuenta circunstanciada la ponencia—, la regulación vigente ha optado por primar el *interés del hijo*, reconociéndole el derecho de acceder a la información relativa a la identidad de su padre biológico, a la vez que impone a los centros la obligación de mantener aquella durante al menos setenta años.

El señor Ewerlof, tras señalar que las sanciones penales pueden alcanzar a las personas o instituciones que transgredan los límites autorizados, insistió también en que, a fin de alcanzar una mayor concreción y seguridad, el propio Comité de Inseminación recomendó que por parte del Consejo Nacional de Salud y Bienestar (NBHW) se elaboraran directivas sobre la IA. Las publicadas hasta ahora especifican determinadas cuestiones: el almacenamiento y congelación de espermatozoides donados —y la necesidad de nuevos análisis al donante para cerciorarse de que al momento de donar no era ya portador de SIDA—, el requisito de que el marido o compañero de la mujer que va a ser inseminada viva *al momento de la inseminación*, la prohibición de utilizar en un mismo tratamiento de IA espermatozoides mezclados de varios donantes —ya que dificultaría la identificación del padre biológico—; la manera de reclutar a los donantes y su posible «compensación económica» —no como contraprestación, sino como indemnización por los gastos—.

A modo de balance, el ponente señaló que la Ley ha incidido en la práctica de la IAD de forma sensible. Así, entre las propuestas del Comité de Insemina-

ciones —septiembre 1983— y la entrada en vigor de la Ley —marzo 1985—, decayó por completo la IAD —ni hubo donantes de esperma ni parejas que solicitaran el tratamiento—. Pero esa técnica ha empezado ya a recuperarse —alcanzando cotas próximas a las de 1982: unos 200 niños— y se practica sobre nuevos presupestos —el donante de entonces [jóvenes que realizaban el servicio militar o estudios de medicina básica] buscaba un dinero extra; el de ahora [frecuentemente casado y con hijos propios, que obtiene además el consentimiento de su mujer] ha aceptado el hecho de que el niño pueda pretender información y hasta contactos con él—; y todavía no puede ponderarse la incidencia efectiva que en la lentitud de la recuperación representa la nueva amenaza del SIDA. En todo caso —concluyó—, la nueva Ley parte del principio de que *el tener hijos no es un derecho incondicionado*, por lo que sólo ha de facilitarse cuando existan garantías de que el nacido va a desarrollarse en condiciones favorables. La finalidad es igualmente encomiable y esperanzadora: que los niños nacidos de IAD gocen de una consideración social y una posición jurídica comparables a las de los niños adoptados.

La segunda ponencia sobre *problemas de la fecundación asistida en la experiencia jurídica norteamericana* corrió a cargo del profesor Pedro Silva-Ruiz, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Puerto Rico.

El ponente, sobre la base de la inexistencia hasta el momento de un Derecho de familia uniforme para todos los estados y jurisdicciones que integran los Estados Unidos, ofreció una panorámica general de la regulación jurídica en este país de la IAH, la IAD, la FIV y la maternidad sustituta. Por ello, señaló, mientras algunos estados han legislado sobre la materia, otros aún no, pero independientemente de ello, parece ser opinión generalizada en la literatura jurídica norteamericana la aplicabilidad a la reproducción asistida de la jurisprudencia existente en materia de procreación y crianza de los hijos, en cuanto ejercicio de derechos individuales, vida privada e intimidad.

Por lo que se refiere en concreto a la IA, el doctor Silva comenzó por realizar una descripción de los supuestos existentes: la IAH (con semen del marido, de modo que los componentes genéticos son los del marido y la mujer) y la IAD (uno de los componentes genéticos —esperma fértil— pertenece al donante). En ambos supuestos, sin embargo, la fecundación se obtiene sin cópula. Al respecto, señaló, se ha propuesto una legislación uniforme en el «Uniform Parentage Act», según el cual, se considera padre natural del niño concebido por IAD al esposo de la mujer inseminada artificialmente con semen de otro hombre, siempre y cuando dicha inseminación se realice bajo supervisión de médico autorizado y con consentimiento del esposo —que se prestará por escrito, estando todos los documentos y expedientes relacionados con la inseminación sujetos a inspección sólo en caso de mediar una orden judicial por justa causa demostrada—. Dicha propuesta ha sido aprobada en 16 estados.

Refiriéndose después a la FIV (el ponente comenzó igualmente por describir los métodos existentes: la FIV de un óvulo de la mujer con semen del marido, con semen de un donante y con semen y óvulo de donantes) hizo mención de la Conclusión número 5 del «Ethics Advisory Board's Report and Conclusions: HEW Support of Research Involving Human In Vitro Fertilization and Embryo Transfer», donde se recomienda el estímulo del desarrollo de una legislación uniforme para aclarar el *status* legal de los nacidos como resultado de la FIV.

En relación al tercer supuesto examinado, en la ponencia, el relativo a la

madre sustituta, suplente o subrogada (se define el mismo como el contrato de una mujer con una pareja casada para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer, concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renuncia para que sea adoptado por la esposa de aquel con cuyo semen fue inseminada), incidió el profesor Silva en que la opinión más generalizada recomienda la aprobación de una legislación especial que resuelva los interrogantes que suscita este contrato. Así, frente a decisiones como la del Procurador general de Kentucky, que en enero de 1981 sostuvo la ilegalidad de dichos contratos y, por consiguiente, su inexigibilidad, en el conocido caso de *Baby M.*, el Tribunal resolvió que existió un contrato válido al que no resultaba aplicable la legislación sobre adopción y al que la suplente podría renunciar hasta antes del momento de la concepción —en cuyo caso habría de satisfacer los daños monetarios que se pudieran probar—.

Cerró la segunda jornada el profesor doctor don Francisco de Asís Sancho Rebullida, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Navarra y jurista, convocado por la Comisión Parlamentaria Especial, disertando sobre *Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española*.

Es de destacar que la ponencia del profesor Sancho Rebullida constituye el primer estudio crítico de conjunto no ya sólo respecto del Informe de la Comisión Parlamentaria Especial, sino también de las dos proposiciones de Ley presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista.

Por lo que al Informe se refiere, recuerda el profesor Sancho cómo la Comisión Parlamentaria acordó requerir la presencia de expertos en las diversas áreas de conocimiento implicadas y que, entre éstos y entre los diputados, resultó difícil obtener un consenso sobre materia tan complicada, como se refleja en el documento final que habla de *coincidencias sustanciales* sobre muchos aspectos, junto a *discrepancias más concretas* (de hecho, recuerda el ponente, el documento sólo lo hizo suyo el Grupo Socialista).

Para el catedrático de la Universidad de Navarra, el Informe (aprobado por el Pleno del Congreso el 10 de abril de 1986), en su aspecto formal, resulta *excesivamente extenso y un tanto desorbitado* (184 folios, de «divulgación científica»; y 135 «recomendaciones» al Legislador), en su actitud metodológica, *pretende ser realista y pragmático, y en su referencias morales, adopta una postura relativista, aconfesional y evolutiva*. En suma, adopta la llamada «ética civil», inducida del «sentir de la mayoría» (lo que, «a mi juicio, no deja de constituir un comodín ideológico ambiguo y peligroso»), y se escora hacia «un permisivismo, siquiera sea controlado, intervenido y con limitaciones excepcionales».

El ponente puso de relieve que de las dos Proposiciones de Ley, la primera (sobre *Donación y utilización de embriones y fetos humanos...*), se presenta como prolongación de la Ley 30/1979, relativa a la extracción y trasplante de órganos, e incide parcialmente en el tema del Congreso por cuanto afecta a la manipulación y tráfico de embriones y además de los fetos, tejidos y órganos. Y la segunda (*de Reproducción Asistida*) constituye la versión articulada del Informe, pero, de un lado, formal y técnicamente resulta más correcta que éste y, de otro, trata de aproximarse a la Recomendación 1.046 del Consejo de Europa (24 de septiembre de 1986, posterior al Informe).

Respecto a las *manipulaciones con gametos y embriones humanos*, insistió el profesor Sancho en que es *clave y caballo de batalla el concepto mismo de preembrión*, que comprende los catorce primeros días a partir de la fecundación

y es equiparado a los gametos tanto en su protección jurídica como en las autorizaciones destructivas. Equiparación que, a juicio del ponente, es «biológica y jurídicamente recusable», por cuanto los gametos son «simples células» y los embriones «seres humanos desde el momento de la fecundación». A pesar de reconocer que se trata de una *solución transaccional* —adoptada por otros ordenamientos— entre quienes demandan manipulabilidad de los embriones y quienes reclaman «el más exquisito respeto a la vida», concluye que es una materia en la que no es admisible la transacción por cuanto las manipulaciones permitidas —y la propia técnica de la FIVTE, que «supone crear artificialmente vidas humanas destinadas en alta proporción a ser destruidas»— conculcan el artículo 15 de la Constitución a la luz de la Sentencia del TC de 11 de abril de 1985. El Derecho no puede prohibir, en cambio, la IA de mujer casada con semen emanado —por el procedimiento que sea: allá sus consecuencias [morales]— de su marido».

En cuanto a la *donación de gamentos y embriones*, el hecho de que los textos prelegislativos examinados admitan tal donación [imprescindible para la IAD y FIVTE] de forma «controlada y a título gratuito», al profesor Sancho le pareció jurídicamente recusable por contradictoria de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y por ofensiva a la institución familiar (art. 39.1 CE), «en cuyo íntimo recinto irrumpen de forma, no por anónima y distante menos real, terceras y cuartas personas totalmente ajenas». Además, la prevista prohibición de investigar la paternidad genética en estos casos resulta contradictoria con los artículos 39.2 CE y 127 y concordantes del Código civil, que, si no están pensados para estas hipótesis, desde luego han consagrado el principio general de prevalencia de la verdad biológica. Y, si lo que se permite al hijo —como los referidos textos proponen— es conocer «las características de su progenitor, pero no su identidad», la situación pudiera ser más cruel para el hijo «atormentado con las conjeturas y sospechas» que nazcan del conocimiento de aquéllas y su concurrencia en algún amigo de la familia. Por todo ello —concluye—, supuesto el derecho del hijo a conocer *la identidad de sus progenitores*, acaso lo más indicado sea una suerte de «homologación con los supuestos de adopción con [posterior] determinación de la filiación por naturaleza».

Al abordar la cuestión de *los usuarios de las técnicas de Reproducción Asistida* [en este punto los Textos prelegislativos de referencia permiten la utilización de los métodos a regular por parte de los *matrimonios y parejas heterosexuales estables* y, en menor medida, por *mujer sola* —con cargo a la sanidad pública, si fuere estéril, y a su costa, en otro caso—], el profesor Sancho destacó la dificultad de probar la «estabilidad» de la pareja no casada, salvo que se entienda que haya una especie de *presunción iuris tantum* de matrimonio o emparejamiento estable en base a que la Proposición de Ley exige, precisamente a la aspirante no emparejada, prueba documental negativa de aquellos extremos.

Por último, la ponencia, en cuanto a la prohibición de alquiler de úteros o «gestación de sustitución» y a la atribución de la maternidad legal a la madre sustituta —si, pese a todo, la prohibición se transgrede—, subrayó la coherencia de esta opción en favor de la maternidad de gestación, pero expresó la duda de que la prohibición en términos absolutos pueda coonestarse «con la fundamentación de la admisibilidad de estas técnicas como remedio a la esterilidad»; y, que puede que, asimismo, falte coherencia interna a los textos en los pasajes que, permitiendo la utilización póstuma (fecundación *post mortem*) del material

genético —crioconservado— de uno de los miembros de la pareja, establecen que «en ningún caso el hijo deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido».

La tercera jornada, dedicada a las *Variaciones sobre clases, determinación y efectos de la filiación*, se inició con la intervención del profesor doctor don Rodrigo Bercovitz y Rodríguez-Cano sobre *La filiación inducida y las clasificaciones legales*.

El ponente señaló como objeto de su intervención el estudio de la incidencia de las nuevas técnicas de reproducción en el sistema jurídico de filiación español —sistema establecido sin tener en cuenta tales técnicas—.

Como presupuestos o principios a tener en cuenta para realizar lo previsto, señaló los siguientes: 1. La inconveniencia de una regulación de la materia en el momento presente (por ser todavía necesario que se desarrolle el fenómeno social, se consoliden los avances y las técnicas y se asuma plenamente el nuevo sistema español de filiación, aún en rodaje). 2. La necesidad de estudiar las posibles soluciones de *lege data* (lo que obliga a realizar una interpretación de las normas de acuerdo al art. 3.1 del C.c. y revela, además, las insuficiencias del sistema, permitiendo su mejora). 3. En el sistema del Código civil para determinar la paternidad, lo esencial es la procedencia del semen, mientras que para la maternidad lo es el hecho del parto —y ello, independientemente de la posible distinta procedencia del óvulo o del embrión—. 4. La aplicación de las técnicas de fecundación asistida puede preconstituir una prueba directa de todos los implicados y de las voluntades concurrentes —de ahí la trascendencia de un expediente [sin embargo, de acuerdo a la legislación actual, dicha prueba no tendría ni el carácter de título de legitimación ni el de título de determinación legal de la filiación]—. 5. Existe base suficiente para defender —en cuanto al anonimato del donante— que el artículo 39 CE puede ser limitado sólo a la fecundación natural, pero habrán de ser los tribunales quienes decidan al respecto, y 6. Caso de que se recurriera al expediente de la adopción, no habría de descartarse, en base al artículo 29 del Código civil, permitir iniciar el expediente una vez implantado el embrión.

Tras estas consideraciones, el profesor Bercovitz pasó a examinar la cuestión atendiendo a las técnicas utilizadas, la procedencia del esperma —tal y como ha quedado indicado, el ponente consideró que el origen del óvulo y/o del embrión no tiene trascendencia alguna en el sistema español— y la existencia o no de vínculos matrimoniales.

En cuanto a *la IAH de la mujer casada* (al igual que la FIVTE con semen del marido), señaló que cuando inseminación y parto tengan lugar constante matrimonio —así como cuando la inseminación se verifique durante el matrimonio y el parto dentro de los trescientos días siguientes a la disolución o separación legal o de hecho—, la filiación quedará determinada por la inscripción del nacimiento junto con el matrimonio (arts. 115.1 C.c.; 48 LRC; 181 y 183 RRC). Filiación que incluso será más firme que la «normal», puesto que la presunción de paternidad queda respaldada por el historial médico.

Caso de que la inseminación se realice antes del matrimonio y el nacimiento tenga lugar dentro de los 180 días posteriores al matrimonio, la filiación quedará determinada por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres; en tal caso, opinó el doctor Bercovitz, el consentimiento para que se proceda a la inseminación, cualquiera que sea la forma en que haya sido pres-

tado, supone un reconocimiento de su paternidad, por lo que el marido no podría destruir la presunción de paternidad mediante una declaración auténtica en contrario (arts. 117 C.c. y 184 RRC). Si la inseminación ha tenido lugar estando separados los cónyuges y el parto se verifica transcurridos los 300 días siguientes a la separación, el hijo sería matrimonial y puede inscribirse como tal con el consentimiento de ambos cónyuges (art. 118 C.c.); a tal efecto, el ponente estimó que habría de ser suficiente con el consentimiento prestado para la inseminación artificial, preferentemente en escritura pública, pues ello permitiría acudir directamente a la inscripción sin necesidad de expediente gubernativo previo para acreditar la existencia del consentimiento.

Mayores dificultades existen, señaló la ponencia, si el nacimiento tiene lugar 300 días después de la disolución, porque la inseminación ha sido posterior a la misma; en tal caso, el criterio defendido fue el de la aplicación analógica del artículo 118 —que permitiría, como en el caso anterior y en las condiciones ya señaladas, la inscripción como hijo matrimonial—. Lo mismo ocurriría en caso de fecundación *post mortem*, pues el ponente se mostró partidario, caso de que la misma se admitiera, de la virtualidad del artículo 118.

Refiriéndose a la *IAH en caso de parejas no casadas*, se mantuvo que, quedando la filiación —en este caso no matrimonial— determinada a través de la inscripción en el Registro (arts. 120-1.º y 4.º; 47 LRC, y 181, 182, 186 RRC), el consentimiento otorgado para la inseminación que conste en documento público puede servir como reconocimiento —aunque, señaló el ponente, ya que la doctrina exige reconocimiento expreso y con tal finalidad, conviene que así quede reflejado—. Tal reconocimiento sería posible incluso respecto al *concepturus*.

En el supuesto de *IAD de mujer casada*, aun contando con el consentimiento del esposo, la filiación sería extramatrimonial. El doctor Bercovitz analizó la utilidad de la presunción de paternidad para determinar una filiación matrimonial —falsa—, señalando que en una serie de supuestos la presunción es automática (cuando el parto tiene lugar después de los 180 días de la celebración del matrimonio y antes de transcurridos los 300 de la disolución o separación), pues la filiación quedará determinada por la inscripción del nacimiento junto con el de matrimonio de los cónyuges y sólo podrá ser impugnada por las personas y en las condiciones previstas por la Ley —de ellas dio buena cuenta la ponencia—.

Abordó también el ponente la posibilidad de que los cónyuges recurran a la filiación adoptiva, examinando las dificultades que ello plantea y las posibles soluciones. Si el nacimiento tuviera lugar dentro de los 180 primeros días de matrimonio, la presunción de paternidad también existiría, aunque sería más débil, y en tal caso los cónyuges podrán igualmente ampararse en la presunción o recurrir a la adopción.

Cuando la *inseminada con semen de donante sea una mujer no casada*, recordó el profesor Bercovitz que la forma de establecer una relación de filiación —falsa— respecto al compañero sería el de la inscripción en el Registro del nacimiento junto con el reconocimiento de los dos. A continuación examinó los sujetos y las condiciones de la acción de impugnación, señalando que a quien conoció y consintió la inseminación no debería permitírsele —por ser contrario a la buena fe (art. 7 C.c.)— tal impugnación. Analizó también a la luz de la actual regulación de la adopción y del Proyecto de Ley existente las posibilidades de adopción por parte del compañero.

Por último, y respecto al *alquiler de madres*, sentó que, siendo en el actual

sistema madre quien pare, la única forma que tendría de asumir la maternidad la mujer comitente sería la de la adopción —ello con independencia del origen del óvulo y del semen—. En este sentido, realizó un examen exhaustivo de las posibilidades y; especialmente, de los obstáculos que han de sortearse cuando se recurre a esta vía.

La segunda intervención de la jornada estuvo a cargo del profesor doctor don Francisco Rivero Hernández, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, que disertó sobre *La investigación de la verdad biológica en la filiación derivada de fecundación artificial y su relación con los principios que informan la filiación por naturaleza*.

Constituye introducción y premisa de la ponencia —más propiamente, titulada por su autor: *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial*— la aseveración según la cual, mientras el sistema de filiación y los conceptos de paternidad y maternidad que conocemos presuponian, en todo caso, la procreación a partir de una relación sexual, la nueva realidad suministra un dato inicial completamente diferente, *la procreación sin necesidad de relación sexual alguna*, y se complica desde el momento en que el hijo *puede no serlo, genéticamente hablando, del varón y/o la mujer que han querido que nazca*. ¿Qué hacer, entonces? ¿Adecuar los viejos esquemas o elaborar una nueva categoría jurídica (y social) completamente nueva? Y, en particular, ¿puede el hijo que así nazca ejercitar las acciones de filiación previstas en el Código civil?

El doctor Rivero estima imprescindible ajustar el último interrogante a través de dos postulaciones: 1.º El Código civil regula las acciones de filiación pensando —al igual que el postulado constitucional de investigación de la paternidad— en los conceptos clásicos/normales de paternidad/maternidad, y la hipótesis en estudio ofrece la concurrencia de dos cosas diferentes (un padre/madre —jurídico y social— y el transmisor de una herencia genética), y 2.º En las técnicas de referencia el elemento más relevante, causa eficiente e infungible, es «la voluntad o decisión de que ese ser naciera» (todos los demás elementos pueden ser sustituidos por otros), de modo que quienes fueron la causa devienen padres. Con ello, la cuestión se ciñe a lo siguiente: ¿Puede ese hijo ejercitar acciones judiciales dirigidas a conocer de quién procede su herencia biológica?

Y, planteada la pregunta en estos términos, el profesor Rivero no dudó en negar a tales acciones la aplicación tanto directa [estamos ante algo diferente] como analógica [padre/madre son quienes decidieron que naciera y no puede haberlos duplicados], de los artículos 127 y concordantes del Código civil, remitiendo a los principios generales del Derecho —convenientemente actualizados con algunos imperativos constitucionales: arts. 10.2 y 53 CE—.

En busca de una *solución posible bajo la normativa vigente*, es opinión del ponente que, aunque no sea la clásica relación de filiación, también el conocimiento de la meramente biológica tiene una enorme importancia para la persona. Puede considerarse un derecho fundamental, no individualizado ni tipificado expresamente, pero que tiene holgada cabida entre los protegidos por el artículo 10.1 de la Constitución.

Por tanto, añadió, el primer derecho del nacido por IAD o FIV es el de saber su origen, y que sus padres jurídicos (uno o los dos) no son propiamente biológicos. Hay, sí, una posible contradicción de este derecho con el interés de los propios padres y con el del donante de gameto, pero resulta bastante clara la superioridad del interés del nuevo ser. Interés que, a juicio del ponente, legiti-

ma no sólo la investigación de los meros datos biogenéticos —con finalidad eminentemente sanitaria—, sino también la de *la propia identidad de la persona del donante*, si bien —insistió, una vez más— éste debe quedar *desvinculado jurídicamente* del ser que nazca de él, a salvo la posible responsabilidad «por ocultación dolosa o culposa de datos sobre sus propia herencia biológica o taras transmisibles».

Contrariamente, ninguna acción compete al donante de cara a establecer la identidad del nacido, por cuanto para nada afecta a la personalidad de aquél ni a su futuro desarrollo físico o psíquico el conocimiento de esta relación biológica.

En sede de *consideraciones «de lege ferenda»*, tras recordar la urgencia de una regulación de nueva planta de toda esta materia que, de un lado, garantice los valores y derechos fundamentales y, de otro, atienda las demandas del estamento médico a la vez que facilita la labor del jurista, el ponente se fijó en la relación de interdependencia que suele establecerse entre derecho del hijo a la investigación e interés del donante en el anonimato (con diversa intensidad, según lo sea de semen, óvulo o embrión).

Varios son los argumentos —recuerda la ponencia— que suelen invocarse en defensa de ese *anonimato como regla básica*: Uno apela, más o menos veladamente, al interés de los padres jurídicos: no conviene que haya ninguna interferencia afectiva de otra persona. Otros aducen el derecho a la intimidad del donante y, en algún caso, también el de la pareja que consiente la IAD. Algunos, en fin, señalan el riesgo de disminución de donaciones de gametos si el donante queda expuesto a que algún día pueda conocerse su identidad.

Mas, de todos ellos, ninguno convence al profesor Rivero, sea porque —como el primero— antepone el interés de los «padres» al del propio hijo [que, si no es derecho fundamental, desde luego es más valioso y está más necesitado de protección], sea porque —en el segundo— no es seguro que lo que así se llama sea propiamente [en ningún momento se propugna que tales hechos sean de conocimiento público] el derecho a la intimidad en el sentido del artículo 18.1 CE y de la Ley de 5 de mayo de 1982 [amén de que ningún derecho es absoluto, y debe ceder ante otro más valioso], sea porque —como ocurre con el riesgo señalado— no es exactamente un argumento, sino un dato y un posible inconveniente, a remediar, si ha lugar, en otro terreno. Es, seguramente, «un razonamiento puramente pragmático que no puede hacer quebrar un principio que pretende amparar derechos reconocidos (o al menos, emparentados) a nivel constitucional y relacionados con la dignidad de la persona y su derecho al libre desarrollo de su personalidad».

La cuarta jornada del Congreso estuvo centrada en la cuestión de *La presencia y especificidad de elementos y categorías comunes a otras materias del Derecho privado*. En ella intervino en primer lugar el profesor doctor don Vicente Luis Montes Penadés, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia y jurista convocado por la Comisión Parlamentaria Especial, sobre *el consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana*.

Dentro de la extensa problemática originada por el desarrollo y las nuevas técnicas de reproducción humana, quedó centrada la ponencia en un tema delicado: el valor que se ha de atribuir en cada caso a la voluntad de las personas que intervienen en el proceso reproductor; señalándose que tal voluntad puede tener relevancia en cuatro planos distintos: para la disposición y utilización de gametos; para la utilización, transferencia y manipulación de embriones para la realización de las técnicas de fecundación asistida, y para la constitución de determinadas relaciones jurídicas entre los sujetos que intervienen.

Por lo que se refiere a la *disposición y utilización de gametos*, el ponente fijó el problema en la calificación de los gametos desde el punto de vista jurídico, pues ni son enteramente cosas ni tienen la condición exacta de órgano en el sentido de la Ley de 1979, sobre Donación y Trasplante de Organos. Con todo, se entiende que los principios recogidos en dicha Ley pueden, sin duda, servir para regular el tráfico jurídico de los gametos, que por aplicación de los mismos habrá de ser gratuito, controlado y realizado exclusivamente con fines terapéuticos y reproductores.

En cuanto a la *utilización, transferencia y manipulación de embriones*, la cuestión nuclear (que condiciona la posición sobre aspectos como la licitud de determinadas investigaciones y la posibilidad de recurrir a ciertas técnicas) radica en determinar en qué momento puede hablarse de vida humana protegible. La ponencia estimó que (de acuerdo a los preceptos constitucionales y a los arts. 29 y 30 C.c.) a pesar de que no es persona tampoco es exactamente una cosa en sentido técnico, por lo que no podrá ser tratado como algo susceptible de apropiación y libre circulación, debiendo su vida ser considerada como un bien jurídico sobre el que sólo caben ciertas facultades en orden a su posibilidad de desarrollo.

En relación al *consentimiento para la utilización de estas técnicas*, se distinguió un doble plano: su utilización como terapéutica de la infertilidad o como simple medio de reproducción alternativo. En el primer caso, según el ponente, su ámbito de aplicación debe quedar restringido a los matrimonios y quizás a las parejas estables no casadas, excluyendo a las mujeres solas y, por supuesto, a las parejas homosexuales.

Dicho ámbito se ampliaría si se consideran tales técnicas como medio de reproducción alternativo que pueda ser libremente utilizado por cualquier persona interesada, ya que ello conduce a plantear el problema de su aplicación a mujeres solas. A este respecto, dijo el doctor Montes que, aunque no participaba de la opinión de que la mujer sea titular de un derecho absoluto a ser madre, no encontraba razón para oponerse a que una mujer sola pueda llegar a tener un hijo por aplicación de alguna de las nuevas técnicas —ya que una mujer carente de pareja permanente y estable puede llegar a concebir por medios naturales y nuestro Ordenamiento jurídico protege a las madres independientemente de su estado civil—.

Por lo que hace al *consentimiento para la constitución de determinadas relaciones jurídicas*, se prestó atención prioritaria a la cuestión de la filiación. Al respecto, una de las primeras observaciones fue la de que, aun cuando se pensara —tras la reforma del año 1981— que la verdad biológica es «la clave de bóveda de la filiación», no parece que tal principio sea «ni absoluto ni de imposible limitación». Todo ello, porque la filiación es una relación fundamentalmente jurídica y no «necesariamente una situación derivada de un hecho biológico»; de modo que la utilización de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida plantean conflictos [disociación entre el hecho biológico y el genético en la maternidad y diversidad entre paternidad biológica y matrimonio/convivencia con la madre] difícilmente resolubles de forma satisfactoria con la legislación actual.

Inciendo en *el valor del consentimiento y/o aceptación del hijo*, sienta la ponencia que «el mero consentimiento o la aceptación de una situación como las que se presentan derivadas de la inseminación artificial, no impedirían, por sí mismas, la reclamación o la impugnación de la filiación establecida sobre la base de la presunción o del reconocimiento».

En este sentido, el problema suscitado por la IAD sobre mujer casada sólo puede templarse a través de la declaración del marido —una especie de reconocimiento— y de la posesión de estado. El reconocimiento consistiría en una declaración de voluntad —libre, consciente y voluntaria— de aceptar como hijo al fruto de la inseminación, y vendría a limitar las posibilidades de impugnación. Acaso con ello, reflexionó el ponente, sería necesario dar un giro en la concepción de las acciones de filiación como acciones de estado y, por ello, fuera del ámbito de la autonomía privada. También la posesión de estado atemperaría el problema, pues restringe la legitimación en las acciones de impugnación.

El profesor Montes se pronunció a favor de que la generación por IAD con consentimiento del marido se calificara de matrimonial. Si entre la concepción y el nacimiento se ha producido la separación o el divorcio, intervendrían las mismas reglas que en la procreación natural y, especialmente, se habría de permitir la inscripción registral de la filiación como matrimonial con el consentimiento de los cónyuges.

Si la IAD se realiza en el seno de parejas no casadas, la filiación no matrimonial quedaría determinada por reconocimiento, que no tendría un mero valor declarativo, pues implicará la aceptación voluntaria del hijo; y como corolario de todo ello habría de limitarse la posibilidad de impugnación a los supuestos de deficiente formación de la voluntad.

En la *subrogación de útero*, el criterio mantenido fue el de que las cosas pueden seguir como están, por cuanto, de acuerdo a la legislación vigente, madre es la que pare y todo contrato en otro sentido sería contrario al orden público. Quedó, además, planteado como interrogante si la protección del niño no exigiría, cuando falle la de la madre gestante, la búsqueda de la verdad genética.

Todavía resultaron abordadas en la ponencia cuestiones como la implantación de embriones después del fallecimiento del padre o la fecundación *post mortem*, estimándose que, dentro de los plazos previstos y si concurriera el consentimiento del fallecido, deberían considerarse matrimoniales.

Tampoco faltaron referencias al *anonimato del donante*, defendido por el doctor Montes, ello sin perjuicio de que se conserven los datos genéticos en cuanto puedan interesar al mejor desarrollo del nacido, estimándose que ello no vulneraría el artículo 39.2 CE.

Por último, incidió el ponente en varios aspectos en relación con las figuras contractuales instrumentales de las prácticas en cuestión, y finalizó con unas propuestas generales de regulación.

Como segundo ponente de la sesión, el profesor doctor don Jesús Delgado Echevarría, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, desarrolló el tema *Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida; en especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde*.

El núcleo de esta ponencia fue el de si y, en su caso, cómo la *voluntad* de los particulares puede fundar relaciones de paternidad-filiación; extremo que tiene una especial relevancia en la fecundación artificial heteróloga —con semen distinto del marido—. Fueron analizados fundamentalmente los posibles contenidos y efectos de los consentimientos del dador de semen y del esposo de la inseminada, pero también se hizo referencia a otros consentimientos cuya consideración puede ser interesante jurídicamente.

Mientras que en las relaciones paterno-filiales que surgen tras el nacimiento

de una criatura concebida por métodos artificiales, lo determinante parece la voluntad de quien quiere tenerle como hijo (unido ello a una negación de la posibilidad de reconocer o reclamar su paternidad al donante del semen), en los casos de concepción natural es el principio de verdad biológica el que impera y, como consecuencia de ello, el de libre investigación de la paternidad (arts. 108-141 C.c.).

Por lo que se refiere al principio de verdad biológica, el ponente realizó un análisis de su verdadero alcance en el Código y concluyó que, de una parte, tal verdad biológica encuentra en muchas ocasiones cortapisas que pueden conducir a que no se traduzca en relación jurídica de filiación dando preferencia a la conveniencia o a la voluntad en contrario del hijo, y que, de otra, el comportamiento voluntario durante cierto tiempo bajo la forma de posesión de estado en las relaciones familiares, impide totalmente a los que mantuvieron el comportamiento y a terceros impugnar la filiación aunque no está basada en la verdad biológica (arts. 137, 140 y 141).

Lo que el Derecho vigente no permite, sin embargo, es que los progenitores biológicos puedan, por su sola voluntad, impedir al hijo que investigue tal paternidad o maternidad, o que quien aparece como hijo impugne la relación de filiación. Con todo, si el principio de verdad biológica está tan fuertemente matizado, se cuestionó el profesor Delgado si los propósitos que se persiguen con la inseminación artificial no pueden alcanzarse con las normas comunes previstas en el Código civil.

Entrando ya a analizar los distintos consentimientos, comenzó con el del dador de semen y entre las varias situaciones que el mismo puede presentar (dación anónima, extracción al marido para inseminar a su mujer, a un varón para inseminar a la mujer con la que convive, dación para inseminar a una madre portadora que entregue después la criatura al dador y a su cónyuge) dedicó especial atención al primero de los casos señalados, el de la *donación anónima*. En su opinión, la misma puede ser condicionada y no necesariamente gratuita.

En cuanto al punto más conflictivo, el de la exclusión por parte del dador de la paternidad, señaló que es jurídicamente irrelevante, pues las acciones de filiación son irrenunciables (aunque otra cosa es que en la práctica el problema se resuelva dejando al dador fuera de la relación de filiación por el juego conjunto del anonimato y de las reglas comunes sobre determinación de la filiación). Consideró, además, que una cosa es impedir al donante reconocer a sus descendientes genéticos (los argumentos para ello aportados por la doctrina también fueron contrastados) y otra impedir al hijo, máxime si no tiene otro padre, la investigación; veto que, a su juicio, sería inconstitucional.

Tras examinar la problemática planteada por los consentimientos, ya señalados, en los otros casos de dadores de semen y también del de la mujer inseminada artificialmente, dedicó nuevamente especial atención a otro aspecto, también conflictivo, en relación con la inseminación heteróloga: el consentimiento del marido para asumir la paternidad del hijo de su mujer, concebido mediante semen de tercero.

Para lograr el objetivo perseguido —tener como hijo a quien biológicamente no lo es— mantuvo el profesor Delgado que no es necesaria una regulación especial; pues con la legislación vigente el propósito de los cónyuges puede conseguirse de forma inatacable si mantienen un comportamiento coherente durante cierto tiempo. Con el juego conjunto de los artículos 115 y 116 del Código civil, la filiación quedará determinada como matrimonial.

Tal filiación podría, de acuerdo a la legalidad vigente, ser impugnada por el

padre durante el plazo de un año desde la inscripción, si bien dicha legitimación debiera serle negada en virtud de la doctrina de los propios actos cuando consintió con anterioridad; por la madre también durante un año, aunque le sería oponible la mala fe y el abuso de Derecho y sería, además, muy improbable que concurriera ese interés del hijo que exige el artículo 137 para que prospere la acción; por los herederos del marido, si éste no ha renunciado inequívocamente a la acción o no ha prohibido su ejercicio, y por el hijo, al amparo del propio artículo 137.

En cuanto a la forma en la que han de operar los consentimientos de la mujer y de su cónyuge [que básicamente son dos, o bien inscribir el nacimiento sin ninguna referencia a la peculiaridad biológica de la filiación —con lo cual se aplicarían las aludidas reglas del Código sobre impugnación y habría que aportar pruebas del consentimiento para oponerse a la acción impugnatoria por parte del marido—, o bien hacer constar tal peculiaridad y los consentimientos en el momento de la inscripción, lo cual impediría el secreto total] la opinión mantenida en la disertación, que es la de que, caso de que se dé una especial relevancia a los consentimientos de la madre y del esposo, que posteriormente les impida ejercitar acciones de impugnación, tales declaraciones han de tener de algún modo acceso al Registro Civil, habiendo de pensarse en la necesidad y alcance de una autorización judicial previa.

Aludiendo, por último, a la donación de gametos femeninos, se señaló que la determinación de la filiación no depende para nada del consentimiento de la dadora ni de la mujer que lo recibe. La maternidad queda determinada por el hecho del parto.

La tercera y última ponencia de esta sección fue encomendada al profesor doctor don Luis Humberto Clavería Gosálbez, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla, en torno a *las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana*.

Entre las obligadas referencias previas, subrayó el ponente cómo el Derecho de filiación está preferentemente asentado en un sistema de presunciones de paternidad y maternidad, no contemplando más posibilidad en relación a la determinación de efectos que el reconocimiento de un hijo (acto, por lo demás, rígido, puro, formal e irrevocable; ajeno, en definitiva, al modelo negocial común). Así sucedía cuando el Derecho regulador de aquélla se hallaba informado por principios patriarcales, desigualitarios y represivos; pero sigue sucediendo una vez que dichos principios —1981— tienden a la igualdad, al desarrollo de la personalidad y a la búsqueda tenaz de la verdad biológica.

Si, además —continuó—, la normativa vigente no fue pensada ni concebida para las hipótesis que ahora se nos plantean —sino para otras «más comunes, cualitativamente diferentes y por ello diferenciables ante los ojos de un jurista»—, quiere decirse que *existe una laguna legal* y debe acudir a las fuentes supletorias; costumbre y principios generales.

Ahora bien, si de exponer principios se trata, de un lado, se comprende que en la exposición queden imbricadas las soluciones *de iure condito* y las propuestas *de iure condendo*, y, de otro, parece actitud metodológica correcta desbrozar primero la casuística que va a sujetarse a tales principios.

En este sentido, la ponencia distingue *tres grupos de casos*: inseminación artificial, fecundación *in vitro* y depósito de células germinales (semen, óvulos) y de embriones. Para el primer grupo, y centrado en la IAD, el consentimiento

del marido o compañero determinaría tanto la licitud de la intervención como la inimpugnabilidad de su paternidad, y resulta incomprensible por qué se tiende a prohibir que la mujer sea inseminada con esperma de cónyuge fallecido o de otra persona muerta cualquiera: no habiendo efectos sucesorios, concluyó, no surgen otros especiales problemas. En cuanto al segundo, se duda de que haya de admitirse la posibilidad que ofrece de escindir el hecho biológico de la maternidad en dos fases: la genética y la de gestación [en tales supuestos madre sería la pactada, prevaleciendo en caso de conflicto por ausencia o no aplicabilidad del pacto, la de gestación]. Respecto del tercero, puso en cuestión la admisibilidad del depósito de pre-embriones, condicionando el de células germinales a la gratuidad y descartando, en todo caso, el de embriones [a partir del decimocuarto día].

En otro orden de cosas, adelantó la obsección según la cual «el juego de la autonomía de la voluntad no puede ser bloqueado *ab initio* aduciendo que se trata de materia sustraída a dicho juego», desde el momento en que el propio Ordenamiento, en alguna medida, atiende a aquélla en la reglamentación de la adopción y figuras afines, las innovaciones sustanciales de la ciencia experimental pueden hacer que pierda sentido el carácter imperativo de ciertas normas y el hecho de que nos halláramos ante realidades *extra commercium* no elimina, sino que restringue y condiciona, el ejercicio de la autonomía negocial.

«El problema, pues —en opinión del ponente—, consiste exactamente en la determinación del contenido y del alcance de los principios que, en una deseable regulación de esta problemática, deberían limitar y modular el juego de la autonomía de la voluntad, que es, en sí misma, el primer principio». Además, pueden tenerse en cuenta otros tres. Desde luego, el de *gratuidad* como requisito de validez que pudiera inducirse de la vigente normativa atinente a los denominados «derechos de la personalidad» [trasplantes de órganos y transfusiones], y, con menos seguridad —en la medida en que pueda representar sujeción del Ordenamiento a criterios extraídos de morales religiosas concretas—, el de finalidad terapéutica o científica [problema diverso es el de si deben sufragarse con fondos públicos intervenciones de esta índole] y el de existencia de matrimonio o pareja heterosexual estable [pues no ha de identificarse necesariamente la falta de varón en el grupo familiar con la desprotección de los hijos, que acaso pudiera prevenirse mediante el requisito de un cierto control judicial].

Al igual que se dijo al principio, que las reglas sobre filiación no se corresponden con los nuevos supuestos, tampoco las reglas sobre donación, depósito, alquiler o legado pueden trasladarse a los negocios jurídicos —que lo son— que tienen por objeto gametos o embriones. Dicho de otro modo, no estamos ante esos negocios típicos, cuyos nombres se utilizan sólo metafóricamente, sino probablemente ante unos peculiares contratos dotados ya de «tipicidad social» y en vías de alcanzar la «jurídica».

Lo que respecto de tales negocios cabe puntualizar es una serie de trazos generales: perfección sólo por el consentimiento —sin necesidad de entrega alguna—, forma escrita *ad substantiam* que incorpore un contenido mínimo, plena capacidad de obrar de los sujetos y, en algunos supuestos, exigencia de aprobación judicial. En cuanto a su eficacia, el profesor Clavería duda de que los derechos y obligaciones derivados configuren aquí verdaderamente derechos subjetivos y, para el capítulo de ineficacia, enumera, asimismo, otras peculiaridades: revocabilidad tempestiva y responsable, posibilidad de repetir —caso de nulidad y si aún no se utilizó— lo entregado y responsabilidad civil, sea contractual o aquiliana.

En conclusión, y como respuesta a la pregunta implícita en el título de la ponencia, respondió el catedrático sevillano: «Sencillamente que dicha adaptabilidad, a mi juicio, no existe: se trata hoy de negocios atípicos que deben ser tipificados y enmarcados en el Derecho de filiación, dentro del Derecho de familia. Parece imprescindible una Ley específica dedicada al tema, dentro o fuera del Código civil: esa nueva Ley no deberá considerar la materia en cuestión desconectada de la del reconocimiento de hijos y de la de la adopción y figuras afines, pues todas ellas requieren una visión de conjunto por parte del legislador.»

En la sesión de clausura, correspondió la primera disertación al profesor doctor don A. Fernando Pantaleón Prieto, catedrático de Derecho civil en la Universidad de Cantabria, y versó sobre *La responsabilidad civil de los sujetos o instituciones intervinientes en un proceso de fecundación asistida*.

En sede de consideraciones previas o generales, recuerda el profesor de la Universidad cántabra los diversos factores que coadyuvan a que «la industria de la esterilidad» se esté convirtiendo en un magnífico negocio, que tiene la fortuna de contar con extensa publicidad gratuita, y que recluta un cada vez mayor número de médicos especialistas y la perentoria —ante la «amenaza» de la Proposición de Ley del Grupo Socialista— necesidad de reflexionar seria y detenidamente sobre los problemas jurídicos de las Técnicas de Reproducción Asistida. Una Proposición de Ley, presentada en el mes de mayo y que, a juicio del ponente, es «absolutamente rechazable», ya que, por un lado, algunos de los principios básicos que la inspiran *contradicen frontalmente normas constituciones* y, por otro, es *groseramente defectuosa* desde la perspectiva de técnica jurídica y legislativa —da la impresión de haber sido redactada por un médico, cosa tan absurda como que un jurista congelara pre-embriones o realizara fecundaciones *in vitro*—.

Con lo dicho ya puede intuirse que no son sólo —aunque sí principalmente— problemas de responsabilidad civil los que la ponencia trata. Antes de centrarse en ellos, hizo también una serie de «advertencias preliminares» que resultan del máximo interés.

Así, que aun en el supuesto —que se toma como premisa— de que la técnica se actúe sobre mujer con problemas de esterilidad, convenientemente informada y que ha prestado su consentimiento, el médico, sobre el que recae un deber de información extraordinariamente exigente, responderá civilmente tanto por los daños a la salud de la «paciente» como de otros más específicos (crisis matrimonial y daño moral del marido que no puede soportar psicológicamente la presencia de una criatura que le recuerda continuamente su esterilidad), si bien de éstos podrá exonerarse probando que hubieran consentido igualmente contando con la información completa. Que, en las donaciones de gametos, todo pacto de retribución habrá de considerarse nulo (por contrario al orden público y las buenas costumbres), pero ha de permitirse la revocación eficaz en cualquier momento previo a su utilización efectiva (la proyectada prohibición sería «una solemne barbaridad» e inconstitucional), sin perjuicio de que la revocación caprichosa —como la ruptura de esponsales— origine el deber de resarcimiento de los gastos ocasionados. Que, a la luz de los principios constitucionales, aunque el legislador seguramente pudiera prohibir todo, salvo la inseminación/fecundación *homólogas* a las parejas *casadas*, sería aconsejable que prohibiera muy poco, únicamente aquello que «no tiene más remedio que prohibir a fin de salvaguardar la dignidad como persona y los derechos fundamentales del futuro ser»: a) La fecundación

artificial *post mortem*, y b) cualquier procedimiento que tienda a garantizar, frente al futuro ser, el anonimato de su padre y/o madre genéticos.

Inciendo ya en los supuestos concretos de responsabilidad, señaló el profesor Pantaleón que aquellos en los que con mayor claridad se plantea la responsabilidad civil de los intervinientes en un proceso de reproducción asistida son los de *nacimientos con taras físicas o psíquicas*. En tal caso, traigan causa, las taras, de defectos del material genético o de los procesos de conservación/transferencia, la persona a quien resulte imputable el fallo —para simplificar, se hablará del médico— será responsable frente a los padres por los daños patrimoniales y morales que les causa el hijo tarado y frente al propio hijo —en lo no cubierto por la indemnización a los padres, por lo que a daños patrimoniales se refiere—, así como por los daños morales que para él se derivan de las taras con que nació [sin que sea obstáculo a las pretensiones de éste argumentos de tipo meramente conceptual, como que al realizar aquél la conducta negligente, éste aún no existía o que precisamente debe su existencia a la misma; ni las eventuales cláusulas de exoneración pactadas entre los usuarios y el médico]. Padres e hijo, en fin, podrán igualmente exigir responsabilidad por daños al dador de gametos que, conociendo o pudiendo razonablemente sospechar que podía transmitir al futuro ser una enfermedad infecciosa, genética o hereditaria, hubiese ocultado tal información.

Por lo que —concluye, en este particular— «una futura Ley que garantizase el anonimato del donante de gametos al punto de imposibilitar el ejercicio de la pretensión indemnizatoria del nacido tarado... sería frontalmente contraria a lo dispuesto en el artículo 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva), en relación con el artículo 15.1 (derecho a la integridad física y moral) de la Constitución. Igualmente responderá, en lugar del donante, el médico que, por incumplir sus deberes de documentación e información al respecto impida de hecho el ejercicio de dicha pretensión».

En opinión del doctor Pantaleón, el que las cosas hayan salido bien —en el sentido de que el nacido carece de taras— no significa que sea impertinente hablar de responsabilidad civil; bien es cierto que los pronunciamientos han de hacerse a partir de la licitud/ilicitud de cada una de las técnicas y en atención a las cuestiones de filiación del nuevo ser:

1. *IAH en parejas casadas*.— No hay duda sobre la licitud ni sobre la filiación, si media consentimiento eficaz. Pero si falta el del marido [vgr., utilización de su esperma crioconservado], aunque no pueda impugnar su paternidad, podrá exigir al médico responsabilidad por los daños y perjuicios patrimoniales y morales que deba estimarse le reporta el nacimiento de un hijo no deseado (sin que le fuera oponible un hipotético pacto de exoneración concluido por aquél con su esposa).

Y, aunque todo lo anterior es trasladable a la fecundación *in vitro* homóloga; consideró además el ponente que, en el período que va de la fecundación a la transferencia del embrión, es irrelevante ya la revocación del consentimiento del marido y determinante la negativa de la esposa.

2. *IAH en parejas no casadas*.— Tampoco aquí, en principio, surgen problemas de ilicitud, puesto que el nuevo ser no es titular de un derecho fundamental a nacer en el seno de una familia fundada en el matrimonio, que deba prevalecer sobre el principio de libre desarrollo de la personalidad de los miembros de la pareja usuaria de las técnicas de inseminación (o fecundación *in vitro*); pero,

en cuanto a la filiación y en ausencia de una presunción de paternidad del convivente *more uxorio*, en la normativa actual, la paternidad de éste habrá de quedar determinada por vía voluntaria o judicial; y, para la legislación futura, debería exigirse que el consentimiento a la utilización de su semen constara en documento público y dar «a dicho documento valor de un reconocimiento de paternidad». En cuanto a las posibles pretensiones resarcitorias, puede, sin embargo, aplicarse todo lo dicho para los supuestos de matrimonio.

3. *IAH de la viuda*.— Considera el profesor Pantaleón que tal hipótesis resulta ilícita —aunque constara el consentimiento del difunto—, en base principalmente a estos dos argumentos: a) En el momento del fallecimiento cesa la posibilidad de revocación del consentimiento, por lo que éste pierde la «actualidad» necesaria para ser eficaz; y b) la inseminación *post mortem* contraría el artículo 39.3 CE, de modo que sería inconstitucional la norma legal que la autorizase [tal se prevé en la Proposición de Ley, tantas veces aludida].

Consiguientemente, quien inseminare a una mujer con esperma de su marido o compañero ya fallecido «será civilmente responsable frente al nacido» por los daños patrimoniales y morales que a éste le reporte el haber venido al mundo sin padre [el médico no tiene, desde luego, el deber de *impedir* que un niño nazca sin padre; pero, sí tiene el de *no provocar o no contribuir activamente a su concepción*] y, solidariamente, la madre que solicitó y/o consintió ser inseminada. Parece incluso viable, en nuestro sistema de responsabilidad, la pretensión resarcitoria de quienes se vieren afectados en sus expectativas sucesorias: v. gr., el hijo ya nacido de esa misma pareja.

4. *IAD de mujer casada*.— Supuesto lícito, contando con el consentimiento de todos los implicados, *si se garantiza, en favor del futuro ser, una fácil posibilidad de determinar la identidad del donante de semen, su padre biológico*. Una ley que —siguiendo la Proposición del Grupo Socialista— instituyera el anonimato del donante sería radicalmente inconstitucional (arts. 39.2, 10.1 y 15, frontalmente y con la mediación de los arts. 14 y 24.1 CE); y el médico que contribuyera al mantenimiento del anonimato, responderá civilmente frente al nacido, cuando menos, por el daño moral que le reporte la imposibilidad de conocer su origen genético; en su caso, por los daños patrimoniales derivados de la imposibilidad de reclamar la paternidad del donante de semen, o de ejercitar contra éste la oportuna pretensión indemnizatoria por las taras con las que aquél nació.

Contrariamente, la mujer casada con hombre estéril no tiene un supuesto derecho a ser inseminada con semen de donante y la práctica resultaría ilícita si se lleva a cabo sin el consentimiento de su marido. Este podrá impugnar la paternidad que —biológicamente— no le corresponde y, si impugna, reclamar indemnización por daño moral al médico, al donante, en su caso, y probablemente a su propia mujer. Impugnación que, dado el vacío legal al respecto, cuenta con buenos argumentos tanto en favor como en contra de su viabilidad, *aunque hubiera consentido la inseminación* con donante; de ahí que la futura Ley deba privar de acción al marido que consintió la inseminación/fecundación (excepto, acaso, cuando tal consentimiento lo hubiera prestado en el marco de un contrato de maternidad subrogada).

En los casos en que se admita y prospere la impugnación de la paternidad del marido, a juicio del ponente, «parece indudable que la paternidad del donante de semen/padre biológico podrá quedar legalmente determinada, con todas las consecuencias personales y patrimoniales que ello conlleva». Así es ahora y así

debe seguir siendo el tenor de la futura Ley —si no quiere rayar la inconstitucionalidad—. Negar que el donante de semen pueda ser considerado padre a efectos legales por el simple hecho de que no copuló con la madre, carece del más mínimo sentido; dar relevancia al hecho de que «no quería serlo», supone defender una injustificada discriminación entre estos niños y los concebidos de forma natural, y entre sus respectivos padres biológicos. Cuestiones distintas —pero también desgranadas en la ponencia— son tanto las relativas a las ulteriores reclamaciones del donante a quien se acaba imponiendo la paternidad (contra el banco, el médido o la misma madre) como las interpretaciones en torno a la legitimación sea para impugnar la paternidad del marido de la madre sea para reclamar la del donante.

5. *IAD de compañera more uxorio*.—Ausente el consentimiento del compañero, la conducta no deviene ilícita por cuanto faltan entre ellos propiamente «deberes conyugales»; y, aunque hubiere consentido la intervención, tampoco por ello, si no quiere, será considerado legalmente padre, si bien dicho consentimiento «ha de estimarse bastante para imponer a aquél las responsabilidades financieras propias de un padre». *De lege ferenda*, debería considerarse el consentimiento del compañero, *en documento público*, como un supuesto más de determinación legal de la paternidad y privar de acción para impugnarla a toda persona que no sea el propio hijo nacido de la inseminación (al que subsiguientemente habría que seguirle manteniendo la legitimación para reclamar la paternidad del donante de semen).

6. *IAD de mujer sola*.—Supuesto lícito, si se cuenta con el consentimiento del donante y se garantiza, en favor del futuro ser, una fácil posibilidad de conocer la identidad de aquél, cuya paternidad podrá quedar legalmente determinada por cualquiera de los medios previstos para la filiación extramatrimonial [sin perjuicio, desde luego, de las responsabilidades que, por su parte, pueda exigir al médico y a la madre cómplice].

7. *FIV o FIVTE con donante*.—Cuando se trata de fecundación *in vitro* con donación de semen, los problemas que se plantean son muy similares a los suscitados por la IAD. En cambio, la fecundación *in vitro* con donación de óvulos —técnica que al ponente le parece lícita, supuestos todos los consentimientos— surgen los difíciles problemas de atribución de la maternidad, sea a la *madre genética* sea a la *madre gestante*. En este particular, en vez de aceptar la solución más extendida de atribuir única y definitivamente la maternidad legal a la gestante, el profesor Pantaleón propone hacerla sólo beneficiaria de una presunción legal, y conservar, a su favor, la posibilidad de impugnar su maternidad siquiera en los casos de maternidad subrogada. También, por supuesto, conservar la legitimación del hijo, en todo caso y momento, tanto para impugnar esa maternidad presumida como para reclamar la de la donante del óvulo [con las mismas posibilidades de pretensión resarcitoria contra quien hubiere obstaculizado la viabilidad de esta acción].

La siguiente intervención fue desarrollada por el profesor doctor don Francisco Lledó Yagüe, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto y jurista convocado por la Comisión Parlamentaria Especial, a propósito de *el alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo*.

La ponencia se inició con una serie de «planteamientos preliminares» que no, por generales, dejan de constituir premisa para los pronunciamientos específicos ulteriores. Así, bajo el rótulo *Bioética y Derecho* se refiere a la disociación de

los elementos generativo y unitivo de la procreación, a la real implantación de las técnicas en nuestro país —más de 2.000 niños nacidos ya con la cooperación [aparte médica] de tercero donante—, a la posibilidad de que, no obstante, existan otras necesidades de política social sanitaria más preeminentes —supuesto que a las analizadas se asigne, como así se hace, un marcado carácter terapéutico— y, asimismo, criticó la corriente «utilitarista» que concibe a los preembriones como «algo» y no como «alguien», por cuanto entiende que debe constituir un *prius* de toda fecundación inducida la vieja máxima *infans conceptus pro nato habetur*.

Como *principios axiomáticos o inspiradores* se refirió a los constitucionales, siendo medular el de protección a la vida humana, existente y merecedora de respeto y tuición —según el ponente— «desde la fusión de los gametos». En cuanto a los «destinatarios efectivos», restringió la utilización de estas técnicas a la *pareja casada*, descartando expresamente a la mujer u hombres solos —en aras fundamentalmente al interés del propio hijo— y observó que «no dispone el derecho de parámetros para juzgar con criterios legales la estabilidad de las uniones de hecho».

Desde un *punto de vista filosófico*, se declaró más próximo a la tesis cultural-progresista [que autoriza a incidir en el curso de la naturaleza] que a la iusnaturalista del Documento Vaticano, siempre que aquélla se limite y fundamente por relación a los referidos derechos fundamentales. Y, en fin, en cuanto a *disociación de los papeles de progenitor y padre*, concluyó que «se debe desnaturalizar la importancia de ser progenitor» y potenciar la verdad afectiva, vía posesión de estado; si bien en el supuesto de disyunción de los elementos genéticos y biológicos de la maternidad, entiende que deben primar éstos, por lo que «no hay más madre que la que ha parido, para hablar con propiedad...».

Por lo que respecta a la *maternidad subrogada*, el catedrático de Deusto describió el *supuesto de hecho* de la gestación por encargo como aquel en que «la mujer miembro de la pareja comitente no puede llevar a cabo el embarazo, de suerte que aquéllos convienen con una tercera persona un contrato de gestación en útero ajeno, para que se implante el embrión en la matriz de ésta y lo desarrolle hasta su nacimiento». Seguidamente, abordó por separado la calificación del contrato correspondiente, los grupos de casos imaginables y la atribución jurídica de la maternidad y/o paternidad.

En sede de *calificación*, parte del presupuesto según el cual el ordenamiento no puede aceptar la licitud y legitimidad de la maternidad subrogada «porque repugna a los principios de orden público familiares aplicables a las concretas relaciones personales, ya que el objeto de este contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma» [«desde una perspectiva ético-moral, explicó luego, existe una disyunción o distorsión despersonalizante en el significado de la maternidad, en el que el derecho al hijo se antepone a cualquier otro valor prioritario, por ejemplo, el de aquél a no ser tratado como un medio que satisfaga el deseo frustrado de una insatisfecha maternidad y que nacerá sumido en una fuente de innumerables conflictos interpersonales y que sufrirá... un marcado proceso psicopatológico de inconcreción en su identidad»].

Mas, afirmada la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto y descartado que pueda asimilarse a una *venta de cosa futura*, se planteó la alternativa de encasillarlo en el *arrendamiento de obra* o en el de *servicios*. Se inclinó por este último, habida cuenta de que la mujer gestante se obliga a desplegar una activi-

dad, y rechazó aquél, en consideración a que en el supuesto de maternidad subrogada «la mujer gestante no tiene pericia o profesionalidad técnica y sucede, por tanto, que en el arrendamiento de obra se trata de una actividad en la que el sujeto que la encarga no tiene pericia o competencia y por eso se le encarga a otro que por el contrario es poseedor de ella».

Como es obvio, también después de esta calificación el hipotético contrato debe considerarse nulo desde el momento en que los servicios comprometidos se reputan contrarios a las leyes, la moral o las buenas costumbres, lo que reviste de ilicitud tanto al objeto como a la causa. Todo ello sin contar con que, en el supuesto enjuiciado, «se rompen los principios que rigen como axiomas generales en la reproducción humana asistida como, por ejemplo, la regla de la ruptura del anonimato, ya que, por el contrario, en la gestión sustitutiva tanto la pareja comitente como la gestante se conocen recíprocamente».

Así pues, el contrato no origina obligación para las partes, sino los efectos indirectos o reflejos de la nulidad (arts. 1.305 y 1.306 C.c.); en particular, «que no se concedería acción para exigir su cumplimiento, y que en el caso de cumplir por el deudor dicha obligación no podría reclamar después la devolución de lo que pagó. Como fácilmente puede colegirse son las reglas por las que se rigen las obligaciones morales».

En segundo término y atendiendo a la titularidad y/o proveniencia del gameto fecundante, agrupó las variedades *posibles* en tres bloques: 1) Titulares de las células germinales son los mismos miembros de la pareja comitente, resultando ser el nacido consanguíneo de ésta. 2) Sólo uno de los miembros de la pareja comitente aporta su semilla reproductora y, por tanto, se recurre bien a la donación de semen bien a la donación de óvulos —pudiendo ser, a su vez, el donante conocido [uno de los miembros de la pareja gestante] o perfectamente anónimo—. 3) Ninguno de los miembros de la pareja comitente aporta material genético, sino que se obtiene un embrión donado.

Característica común a todos los supuestos es, para el ponente, «el trato deshumanizado e impersonal de los conceptos de paternidad, maternidad, de procreación, etc.; quedando, pues, instrumentalizado el hijo como un simple objeto o mercancía, fecundado con *animus lucrandi*; degradándose la institución familiar hasta sus más hondas raíces».

Por lo que respecta, en fin, a *la atribución de la paternidad y/o maternidad*, se perfilan asimismo tres posibilidades: Primera, suponer la licitud del contrato y realizar la atribución directamente siguiendo sus estipulaciones o con la complementariedad del negocio adoptional. Segunda, por la que se decide el profesor Lledó: «Atribuir la maternidad (jurídicamente hablando) a la madre gestante y la paternidad a su esposo y/o convivente», independientemente de la titularidad genética de los gametos fecundantes. Tercera, atribuir la, «en la línea del más puro reduccionismo genésico», a quien demostrase ser el titular de la célula germinal. Advirtió, no obstante, que la paternidad por la que se pronuncia queda restringida al caso de que el esposo/compañero de la gestante hubiese prestado su consentimiento y que, si no, «es lógico que no se le desencadene presunción de paternidad alguna en su contra (art. 116 C.c.). Resultará entonces que en el Registro sólo constaría la inscripción de la filiación materna no matrimonial de hijo de casada sin que se consignase en principio filiación paterna alguna».

Y concluyó este capítulo de la ponencia subrayando la necesidad de que el hijo sea «amparado en una situación familiar estable» —interés que sirve perfec-

tamente la opción elegida y que, en cambio, contraría la posibilidad de acciones extemporáneas—, lo cual no obsta a que la pareja gestante, «valoradas las circunstancias del caso concreto y si se ha dado causa para ello (art. 170 C.c.) pudiera resultar privada de la patria potestad» y, prescindiéndose de su asentimiento, adoptar al hijo «por parte de la pareja estéril que acudió a la contratación de los servicios de la gestante».

Bajo el epígrafe «jurisprudencia reciente», el ponente refirió y valoró con especial detenimiento la sentencia de 11 de marzo de 1987 de un Juzgado de Familia de Londres, respecto de la que subraya que propiamente no juzgó un supuesto de gestación por encargo, «ya que la concepción se produjo por cohabitación natural» y que el objeto de la *litis* se limitó a la posibilidad de adoptar por parte de la pareja «comitante», y, con idéntica minuciosidad, acaba examinando la historia procesal del conocido caso «Baby M.» (sentencia de 31 de marzo de 1987 de un Tribunal de Instancia de Nueva Jersey).

Cerró el capítulo de ponencias del Congreso el profesor doctor don Eduardo Serrano Alonso, catedrático de Derecho civil en la Universidad de Oviedo y Magistrado, con la titulada *El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem*.

Antes de entrar en las cuestiones concretas, como es lógico —y ocurrió en la mayoría de los casos—, el ponente sienta y manifiesta su propio posicionamiento frente a las Técnicas de Reproducción Asistida en general. A este respecto, el profesor Serrano, por contraste con la «Instrucción Ratzinger» —desesperanzadora para las parejas con problemas de infertilidad y excesivamente pesimista y apocalíptica en su visión del investigador—, entendió que el problema no es tanto el de la prohibición cuanto el de establecer los límites dentro de los cuales puedan ser utilizadas, y, por relación a nuestros materiales prelegislativos, aun partiendo de reconocer la «gran sensibilidad» que han mostrado las Cortes Generales, no dejó de manifestar que las concretas Proposiciones de Ley presentadas por el Grupo Socialista en su redacción y contenido actual parecen «insatisfactorias y sensiblemente inferiores a las Recomendaciones de la Comisión especial, muchas de las cuales no han sido ni siquiera recogidas y otras lo han sido en forma contraria a la propuesta por los expertos».

Ya en particular y refiriéndose a *depósitos de esperma o de embriones congelados*, aseveró que el almacenamiento y debida conservación de material genético constituye, sin duda, uno de los presupuestos necesarios para un correcto uso de las técnicas de referencia. Precísanse, por tanto, bancos o centros *ad hoc* que —aparte su faceta organizativa: cuestión de política sanitaria— han de tener resueltos legislativamente los principables problemas jurídico-privados que surjan de su relación con los usuarios.

Concretamente, en cuanto a las *condiciones personales del dador o donante*, se acepta la proyectada exigencia de edad que oscile entre los dieciocho/treinta y cinco años, con flexibilidad para el límite máximo —valorable por el centro receptor—, pero no en el mínimo —excluyendo de esta actuación al menor emancipado— y la de comprobación de su estado físico y psíquico, pero se discrepa tanto del requisito (para la validez) de consentimiento del cónyuge/compañero como de la limitación del número de nacimientos de un mismo donante de gametos. Por lo que hace al *contrato de donación con el centro*, el profesor Serrano acepta la expresión —aunque la insusceptibilidad de valoración económica del objeto le aleje del artículo 618 del Código civil y le conduzca a la atipicidad—

por cuanto sigue siendo «sumamente expresiva de la esencia de dicho acto» (gratuidad) y considera «excesivamente lacónica» la previsión legislativa (que se ciñe a la exigencia de la forma escrita).

Consideración especial dedicó la ponencia que nos ocupa a dos grupos de problemas —el principio de anonimato y las facultades que se reserva el donante—, sobre los que todavía no parece alcanzado un parecer mayoritario, y a otro —la relación de la usuaria de las técnicas con el banco y/o centro—, hasta ahora escasamente tratado.

Hizo notar el profesor Serrano cómo, tanto los partidarios del anonimato del dador y del receptor como quienes defienden la necesidad de conocerlos, utilizan similares argumentos e inciden especialmente en el principio constitucional (art. 39.2 CE) de protección de la familia. Seguidamente recordó que mientras el informe de la Comisión Especial se mostró claramente favorable a la tesis del anonimato, los autores de la Proposición de Ley, pese a la «obsesiva reiteración de la regla», no deben estar muy convencidos de su oportunidad y adoptan una posición ecléctica que se traduce en una duplicidad de criterios normativos, al final, contradictorios. Para el ponente, el principio de anonimato debería desaparecer, por eso y por otras razones: quedaría sin sanción clara su vulneración, lo exige la naturaleza misma de estas técnicas de reproducción y acabaría provocando discriminación (que la Constitución proscribiera) en razón al nacimiento.

Con relación a las facultades del dador sobre el objeto de la donación (semen, óvulo o embrión), la ponencia propugnó —frente a nuestros textos prelegislativos— la revocabilidad [atendido el carácter voluntario y gratuito del acto], así como la posibilidad de condicionar la donación al hecho de que beneficiaria final sea determinada persona o pareja y al de que la utilización efectiva del material donado tenga lugar dentro de un plazo especificado (siendo destruido una vez que transcurra).

El contrato, en fin, que une a la usuaria de las técnicas con el banco y/o centro es considerado en la ponencia como «arrendamiento de servicios» y, respecto de él, se abordan los consiguientes problemas de consentimiento y de responsabilidad. En particular, contra la opinión predominante y las previsiones legislativas, el ponente sostuvo que la mujer (casada convivente) no necesita el consentimiento de su compañero para someterse a esas técnicas —para la validez del contrato es suficiente el consentimiento de la mujer—, aunque sea operante en relación con los efectos de la filiación del nacido de ellas. Y puesto que el banco y/o centro compromete una actividad diligente, pero no un resultado determinado, la responsabilidad que pueda surgir frente a la usuaria habrá de fundamentarse en una «negligencia profesional» graduable por los Tribunales.

Para terminar, y en cuanto a la *fecundación post mortem*, entre los varios sentidos en que puede tomarse la expresión «fecundación *post mortem*» —fallecimiento del donante antes de la utilización del material genético por él donado, implantación en mujer viuda de un embrión ajeno a ella y a su difunto esposo, e *inseminación homóloga o implantación en la viuda de un embrión fecundado con semen de su marido fallecido*—, la ponencia consideró como propio sólo este último, criticando, consiguientemente, el artículo 9.1 de la Proposición de Ley que, en su generalidad, permite supuestos llanamente inadmisibles. Así, aparte la equiparación —tal vez excesiva, en este particular— de la convivente a la viuda, cabe la utilización por el varón del óvulo de la mujer fallecida o, por un tercero, del embrión formado a partir de los gametos de la pareja cuando

ambos hubieren muerto (hipótesis que, como es lógico, pasan por la maternidad de alquiler, prohibida en el mismo texto). Además, propugna el profesor Serrano que la norma debería completarse con el establecimiento de un plazo —preferiblemente breve— durante el cual se habilita a la viuda [siempre que conserve este estado] para hacer uso del material genético de su esposo.

Ciertamente, la admisión de esta posibilidad —no obstante las limitaciones propuestas — «altera los presupuestos reguladores de la filiación». Para incardinar convenientemente en el sistema a estos hijos «superpóstumos», el trabajo que referimos aboga, en aras del interés general, por someter a los nacidos como consecuencia de una «fecundación *post mortem*, al mismo trato que los hijos *póstumos*». Lo cual significa que, tras la adaptación oportuna de la presunción de paternidad marital, han de considerarse hijos «matrimoniales» y tener reconocidos «los mismos derechos sucesorios» [negados, injustificadamente, en las propuestas legislativas] que cualquier otro hijo de ese mismo progenitor, sin que sea obstáculo insuperable la nueva situación de pendencia que se origina [resoluble, por lo demás, mediante una reforma del Derecho de sucesiones que aceptase los principios ya vigentes en otras situaciones semejantes: v. gr., en el supuesto de declaración de fallecimiento].

Esa equiparación con los «hijos póstumos» ha de llevarse a sus últimas consecuencias, de modo que —concluyó el ponente— supondría asimismo tanto que sean tomados en cuenta a efectos de revocación de donaciones, por supervenencia de hijos (art. 644 C.c.), como que se les reconozcan iguales derechos en la esfera de las prestaciones públicas de orfandad y de asistencia sanitaria.

JACINTO GIL RODRÍGUEZ
CLARA I. ASÚA GONZÁLEZ
Del Comité Organizador