

primera hipótesis se trata también de una entrega de cosa diversa. En la segunda hipótesis la función concreta se realiza, si bien en distinta medida, en su consistencia cuantitativa y/o cualitativa. La cuestión está entonces en controlar la función concreta y para ello hay que aislar los criterios para determinar los casos de entrega de cosa diversa, siempre en función de la interpretación del reglamento negocial y de la economía del negocio. Cifándonos al más paradigmático ejemplo, la compraventa, el problema, dice el autor, consiste esencialmente en determinar, a la luz de la economía del negocio y de las razones del intercambio, por un lado, las posibilidades de uso de la cosa que los contratantes hayan proyectado y, por otro, cuales de entre esas posibilidades puede realizar la cosa entregada. Así, si determinadas posibilidades de uso del bien constituyen materia de intereses comprendidos en la razón justificadora del intercambio, su falta en la «res tradita», legitimaría la aplicación de la disciplina del «aliud pro alio», antes que la de los vicios o la de la falta de calidad. Idéntico discurso sirve, según Gabrielli, para todas las demás hipótesis del «aliud pro alio» en otros negocios jurídicos. El autor termina el capítulo, reseñando diversos criterios o índices de calificación de la prestación diversa, como son la confrontación del precio pactado y el precio de mercado, el costo de la reparación o modificación del uso o del destino de la cosa, el de las cualidades de la cosa y, en fin, la apreciación de las condiciones de los contratantes (fabricante, empresario o un normal adquirente).

ANTONIO ORTÍ VALLEJO

**LLEDO YAGÜE, Francisco: «Fecundación artificial y Derecho», Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1988, 213 páginas.**

Una de las novedades bibliográficas más interesantes del presente año es, sin lugar a dudas, este apasionante trabajo del Profesor Lledó Yagüe, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto.

El autor, un auténtico especialista en Derecho de Familia, presenta en este libro los diversos problemas jurídicos que pueden plantearse con la utilización de las nuevas técnicas de procreación artificial humana, así como los criterios que deben guiar al legislador ante la futura regulación de la materia.

Estas nuevas técnicas, como dice Díez del Corral, constituyen un problema social de la máxima actualidad, con implicaciones de todo orden en los campos religioso, ético, biológico, médico, sociológico, jurídico, etc. Quizá sea esta la materia del Derecho civil donde mayor conflictividad puede existir con los principios morales de la sociedad. Es de lamentar que nuestro legislador, al reformar el Código civil en materia de filiación en 1981, no hubiese contemplado algunas cuestiones relacionadas con la inseminación artificial y la fecundación «in vitro», cuando ya en aquellas fechas era un problema jurídico a resolver, y que iba a adquirir una extraordinaria dimensión en los próximos años, como así ha ocurrido.

Nuestro legislador, al llevar a cabo la regulación de las nuevas técnicas de procreación artificial humana, debe previamente realizar una valoración de las mismas. Y en esta valoración tendrán especial importancia los principios éticos y morales que imperan en la sociedad actual. No hay que olvidar que el Derecho

actúa en el campo de lo deontológico, y no en el de lo ontológico. Sería una triste realidad que el legislador admitiese todos los supuestos que pueden plantearse en la realidad por el simple hecho de que puedan existir. Como dice el autor recogiendo un viejo aforismo, «es factio non oritus ius» (el Derecho no nace del hecho). No cabe duda que las nuevas técnicas contienen aspectos positivos (como el solucionar el problema de las parejas estériles), pero también negativos (como la manipulación de embriones sobrantes y no viables) y precisamente corresponde al legislador, de conformidad con los principios éticos y morales que imperan en la sociedad actual, no admitir todas aquéllas prácticas que vayan contra los mismos.

Los problemas que pueden plantear las nuevas técnicas, ante la falta de una regulación específica, pueden ser muy graves.

Uno de los principios básicos que imperan en materia de filiación en nuestro Código civil tras la reforma de 1981 —y quizá el más importante—, es el de la «verdad biológica» («pater is quem sanguis demonstrat»). ¿En qué medida va a afectar tal principio en materia de inseminación artificial y fecundación «in vitro»? En el caso de inseminación artificial homóloga o fecundación «in vitro» con gametos de la propia pareja, estando casada, no existirá problema alguno, ya que serán padres tanto formalmente como biológicamente. Como dice Lacruz, se va a conseguir lo que hasta ahora era imposible: la certeza matemática notarial fehaciente de la paternidad. En estos casos, tanto la maternidad como la paternidad siempre serán ciertas. Pero la cosa se complica cuando media una donación de semen o de óvulos (y mucho más en el llamado «alquiler de útero»). En tales supuestos, y bajo la óptica de la legalidad actual, al no coincidir la paternidad formal y la biológica, se corre el peligro de que el «donante» pueda atentar gravemente la propia estabilidad familiar, mediante el ejercicio de la oportuna acción de impugnación (la única protección que tendrá la familia es que el donante carezca de legitimación activa para ejercitar dicha acción).

Para evitar problemas como el planteado, la doctrina se suele mostrar partidaria de que en esta materia prevalezca la verdad formal sobre la verdad biológica, con lo que se llega a la curiosa paradoja de que el principio rector en éste caso ha de ser, no el «pater is quem sanguis demonstrat», sino el tradicional «pater is quem nuptias demonstrant», que guió al legislador del siglo pasado, y que estuvo vigente hasta la reforma de 1981, siendo objeto de duras críticas.

Son múltiples las preguntas que pueden hacerse en el caso de fecundación artificial: ¿quiénes deben ser los destinatarios de las nuevas técnicas de procreación humana? ¿Sólo los matrimonios o también las parejas no casadas? ¿Se puede aplicar a la mujer sola o al hombre solo (únicamente, en tal caso, claro está, mediante el llamado alquiler de útero)? En relación con esto último, ¿es admisible el alquiler de útero? ¿Qué se debe hacer con los embriones sobrantes? ¿Se deben congelar o eliminar? ¿Debe permitirse su manipulación? ¿Existe realmente un «derecho de propiedad» sobre el embrión? Si el donante de gametos (semen/óvulos) estuviese casado, podría ser su conducta motivo de separación al cometer una especie de «adulterio clínico»?

Todas estas preguntas, y otras muchas, tienen cumplida respuesta en este apasionante libro. Del estudio del libro se infiere que los pilares básicos de una correcta regulación de la materia han de ser los siguientes: respeto a la dignidad humana (esencialmente respecto al hijo), protección del nuevo ser que viene al

mundo, el anonimato del donante, la prevalencia de la verdad formal sobre la biológica, la prohibición absoluta de que la persona o sus componentes sean objeto de relaciones jurídicas, y, por último, que las nuevas técnicas han de tener un fin terapéutico, para corregir la esterilidad de algún miembro de la pareja o para evitar transmitir al hijo alguna enfermedad congénita o hereditaria.

El autor considera que estas nuevas técnicas sólo deben ser aplicadas a parejas casadas, a parejas unidas en matrimonio; el ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad del hijo es el que proporcionará la pareja completa (padre y madre) y estable constituida legalmente en matrimonio. En consecuencia, sería aconsejable no permitir que acudiesen a tales procedimientos las parejas no casadas entre sí, ni muchos menos, la mujer sola o el hombre solo.

Por otra parte, debe existir una prohibición absoluta en cuanto a la llamada «maternidad subrogada». Como dice Lledó Yagüe, «los servicios de incubación en útero ajeno constituyen, de "iure conditio", un servicio que contraviene las leyes, la moral o las buenas costumbres (artículo 1.271.3 del Código civil) y, por tanto, no pueden ser objeto de ningún contrato por ser ilícito, como igualmente ocurriría con la causa (artículo 1.275 del Código civil)». Este tipo de contratos han de ser considerados como ilícitos, debido a la indignidad de su contenido, al pretender considerar a la persona en objeto del contrato, como si fuese algo material y patrimonializable. Supone, en definitiva, una humillante instrumentalización del propio cuerpo, con una evidente finalidad lucrativa, que el Derecho no debe permitir.

Y, por último, concluye el autor su trabajo con el problemático tema de la reproducción humana asistida «post mortem», con los problemas sucesorios que plantea, tema que fue objeto de gran difusión en la prensa de años pasados.

En definitiva, se trata de una obra de gran valor doctrinal, en la que se estudian todos los supuestos de hecho punibles, y que sería deseable que el legislador tuviese en cuenta en la elaboración de la futura regulación de la materia.

JUAN A. POZO VILCHES

**MALAUURIE, Philippe: «La Famille», Editions Cujas, París 1987, 507 páginas.**

Es de destacar la fecundidad de la civilística francesa, pues al lado de los Manuales de Derecho de Familia que pueden considerarse «clásicos» (Marty-Raynaud, Carbonnier, Mazeaud-De Juglart), creadores de escuelas por diversas razones, están apareciendo en estos últimos años excelentes obras, con finalidad principal de docencia universitaria, lo que implica sumisión a programas preestablecidos. A este último grupo pertenece el que aquí se recensiona, incluido en el *Cours de Droit civil* debido a los Profesores Malaurie (París) y Aynés (Tours).

Ante todo, y pese a la finalidad indicada, llama la atención la rica información que aflora a lo largo de toda la obra, y que resplandece en las notas a pie de página, no sólo de doctrina jurídica (especialmente anglosajona), sino también filosófica, sociológica con datos estadísticos útiles y oportunos, incluso de textos literarios y periodísticos, sin olvidar la doctrina canonista, anterior y posterior al nuevo *Codex Iuris Canonici*; mención especial merece la jurisprudencia, de la que se inserta al final un cuidado índice de sentencias.