

La regulación jurídica de la inseminación artificial y fecundación in vitro

La innovación que presentan las nuevas técnicas reproductoras (la inseminación artificial humana y la fecundación *in vitro*) es que desencadena el nacimiento de un ser humano, cuya gestación choca frontalmente con la concepción que tiene nuestro legislador del acto procreativo o reproductor. Es así que en nuestro ordenamiento se regula sólo la concepción por fecundación natural; pero no por otros medios en los que se prescindiera de la cohabitación, atribuyendo al marido una *paternidad formal* o jurídica sin que coincida con la realidad genética o biológica. La exclusividad en el acto procreativo deja de ser ya un acto íntimo, personal e intransferible de la pareja para pasar a convertirse en un acto pluripersonal ¹.

Si es cierto que el derecho evoluciona con notable retraso del cambio social, se hace más patente este desfase en el momento actual, y en un sector como el de la familia, las transformaciones de ésta en nuestros días son evidentes para todo el mundo. Si a esto añadimos que en el momento presente los avances con estos nuevos métodos de procreación son espectaculares, tenemos justamente una de las manifestaciones en que es más claro este desfase.

1. Véase a este respecto asimismo LLEDO YAGÜE: *Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana*, LA LEY, 19 de abril de 1985.

Igualmente VALDES: *La procreación irregular y el derecho*, Editorial Nacional, San Agustín, Madrid, 1972, pág. 88.

Finalmente ALBACAR LOPEZ: *Aspectos jurídicos de la manipulación genética*, LA LEY, Madrid, 8 de octubre de 1985.

La influencia de las técnicas genéticas ponen de manifiesto la reconsideración de conceptos secularmente inveterados en las relaciones jurídicas familiares. Así, si la determinación legal de la filiación descansaba por una parte en el hecho de la gestación (*partus sequitur ventrem*), madre es la que ha gestado y alumbrado al hijo, y por otra parte en la relación jurídica derivada del vínculo conyugal, en cuya virtud el padre era el marido de la madre (*pater is quem nuptiae demonstrant*).

Dentro de esta concepción es evidente que la maternidad era un hecho que no escapaba a la prueba directa, bastaba probar el hecho del parto y la identidad del hijo. Y, por su parte, la paternidad se infería del matrimonio con una presunción que prácticamente alcanzaba el carácter de *iuris et de iure* (como de todos es sabido).

Ahora, en relación con la madre, las cosas pueden ser bien distintas, al haber la posibilidad de que una mujer alumbrase a un hijo cuya concepción se haya originado con la implantación de óvulos ajenos, ya sea con la finalidad de integrarlo en su familia o con la de cederlo a otra. En este segundo caso se plantea además el problema de la ilicitud de esta situación, conocida con el nombre de maternidad alquilada.

Así, pues, ante casos así, hay un conflicto en orden a la atribución de la maternidad a la productora del óvulo o a la gestante. Y, fundamentalmente en el segundo, un problema añadido de licitud del negocio jurídico por virtud del cual se establece la gestación de alquiler.

La conclusión es que deja de ser incuestionable el principio de *mater semper certa est* en esta triple confusión de maternidades genética, biológica y formal o jurídica.

Aunque en menor medida, el problema se plantea en relación con el segundo de los datos con que se determina la filiación, el matrimonio de un varón con la mujer que da a luz. Ya la reforma de 1981 desplazó el principio de *pater is quem nuptiae demonstrant* por el de *pater is quem sanguis*

demonstrat, al haber establecido el principio de la libre investigación de la paternidad, con lo que la presunción *iuris et de iure* a que antes aludíamos ha sido echada por tierra desde el momento en que cabe que en virtud de las técnicas de inseminación artificial y fecundación *in vitro* el semen fecundante no provenga del marido.

Aparte del problema de la *identificabilidad* del progenitor agravada por la necesidad, según algunos, de mantener el anonimato de los dadores, está la cuestión común con la antes aludida de hasta qué punto la conciencia social tolera este tipo de actuaciones. No cabe olvidarse que las normas jurídicas han de estar insufladas de principios éticos o morales. En conclusión, aun admitida la licitud de estas prácticas, ¿la relación paterno-filial ha de establecerse con el marido de la gestante o con el progenitor genético donante del semen? Parece obvio que debe ser con aquél, ya que nadie dona su semen con la idea de tener una relación con la persona que puede nacer de ese semen donado, ni que el marido tolere esas prácticas sin la intención de atribuirse la paternidad jurídica. Ahora bien, enfocada la cuestión desde la perspectiva de los intereses del hijo, las cosas pueden cambiar sustancialmente, ya que para éste no es tan obvio que la relación por él preferida sea la formal o jurídica, es decir, con el marido de su madre y no la que corresponda al donante progenitor genético.

Para concluir, conviene resumir las siguientes *consideraciones éticas* que comporta la reproducción ectogenética. A tal efecto, siguiendo al profesor Higuera, comparto las siguientes reflexiones que él expresa sobre el tema en cuestión. Así: el legislador puede permitir y regular determinadas conductas rechazables o dudosamente éticas siempre y cuando no afecten radicalmente al bien común y dejen libre la opinión de los que desean comportarse más rectamente. El legislador en su actuación debe tener en cuenta el pluralismo social que de hecho exista en la comunidad política para la que va a legislar, así como las distintas posturas éticas que se den, siem-

pre y cuando ninguna de ellas se coloque al margen de los derechos humanos fundamentales reconocidos. Finalmente expresa el mencionado autor: el legislador será muy consciente de que no crea, ni siquiera declara en sus disposiciones lo que es ético o no, sino que más bien lo descubre, lo detecta, y legisla conforme a ello y a las exigencias concretas del bien común de esa comunidad política.

1. UTILIZACION DE ESTAS TECNICAS

A mi juicio, la operatividad de estas técnicas *reproductoras* no deben entenderse que funcionarán como un método alternativo de procreación, la finalidad de su utilización se orientará a corregir la esterilidad de la pareja. En este aspecto, reforzando nuestra argumentación con las recomendaciones del Consejo de Europa, podrá recurrirse a ellas cuando ningún otro medio de tratamiento de infertilidad hubiese tenido éxito o pudiera tenerlo (tener expectativa de llegar a un resultado positivo), cuando existiera un grave riesgo de transmitir al niño una grave enfermedad hereditaria, y no existan riesgos o peligros que pudieran afectar a la salud de la madre o del niño. Asimismo, estas técnicas de procreación artificial no deberán ser utilizadas para el propósito de selección de sexo del futuro niño. (Principios 2 y 3 del Consejo de Europa.)

Asimismo, aludiendo a este punto, es preciso remitirse al fundado criterio de Vicente Montes, que opina lo siguiente: Si las técnicas de que nos ocupamos constituyen únicamente una terapéutica de la infertilidad, el problema se restringe: la infertilidad tiene pleno sentido en la pareja matrimonial, y no es —o no era— relevante en la mujer soltera ni, en puridad de conceptos, en la que llamaremos «pareja estable» —sin perjuicio de ulterior precisión—. La mujer sola o la pareja de facto no se presentan —hic et nunc— ante el Derecho con ningún tipo de «derecho subjetivo», al menos de valor absoluto, a tener hijos.

En cambio, la pareja conyugal plantea siempre un problema de relación sexual unitivo y procreativo. En buena medida, desde el punto de vista del Derecho Civil, pero sobre todo desde el del Derecho Canónico, la procreación se ha presentado como un «fin primordial» del matrimonio, y éste como un factor de certeza o certidumbre de la filiación. El problema de la procreación y de la educación de la prole se predica como cuestión axial de la familia legítima.

Si la FIV o la IA se presentan sólo como un remedio de la infertilidad, se acota el campo en el que van a jugar: el matrimonio, o la que, de momento, llamaremos «unión estable», y aun en este último supuesto no sin graves disensiones.

Si, por el contrario, se presentan como un «medio de reproducción alternativo», el tema se amplía y se agrava sensiblemente. Entran en juego otras consideraciones que afectan al *orden público* y a los efectos del orden civil de la convivencia.

Tampoco conviene, sin embargo, llevar las cosas a ciertos extremos. En general, este tipo de problemas se presentan como marginales de una cuestión central que estriba, según el *id quod plerumque accidit*, en que tanto la FIV cuanto la IA pueden ayudar a la procreación en el caso de parejas —matrimoniales o no, pero dotadas de cierta estabilidad— que no pueden conseguirla sin ayuda de estos medios. A mi juicio, el centro de la cuestión se encuentra precisamente ahí: las repetidas técnicas de que se trata se traducen en una «fecundación asistida». No creo que su carácter *artificial* sea definitorio del problema ni sirva como punto de apoyo de una consideración jurídica global. La distinción entre lo «natural» y lo «artificial» ha sido siempre dudosa. En todo caso, las componentes «naturales» priman en las técnicas de que nos venimos ocupando ².

2. "CONSEIL DE L'EUROPE, CONCIL OF EUROPE, Working party of the ad hoc committee of experts on ethical and legal problems relating to human genetics. Strasbourg 9-12 october 1984. (Principle 8)".

Asimismo aludiendo a este punto es preciso remitirse al fundado criterio de VICENTE MONTES: *Aspectos jurídicos de la inseminación artificial humana*. Informe presentado al Congreso de Diputados, Madrid 1986.

2. INTERESES EN JUEGO

En torno a cuáles son los intereses que se protegen desde el derecho que se proyecta sobre esta realidad social, a mi juicio es claro que el *interés* preeminente, ya lo he dicho, es del hijo; pero tampoco tenemos que olvidar que hay una colisión de intereses, a cual más importantes. Por una parte, los de los padres *formales* (es decir, aquéllos que aunque no son progenitores, ostentan la posesión de estado de padres); de modo que en su interés y beneficio *deberá ceder* la realidad biológica o genética, ante la situación creada, es decir, el respeto a la realidad, que no es otra que la verdad social (el mantenimiento de su rol de padre, voluntariamente asumido). Pero por otra parte están los intereses de la *sociedad toda*, en tanto en cuanto estas técnicas de reproducción humana cuestionan el propio *sistema familiar*. ¿Se contribuye con la aceptación de estas técnicas reproductoras al fortalecimiento de la familia o, por el contrario, se desnaturaliza su función?

3. DESTINATARIOS DE ESTAS TECNICAS

En mi opinión, estas prácticas sólo deben permitirse a parejas casadas; entre otras razones, por la propia estabilidad que *formal y objetivamente* desempeña el vínculo matrimonial; además, si el interés primordial que preside estas prácticas es el del hijo que va a nacer, éste tendrá derecho a acceder a un padre y una madre en una relación institucionalizada y permanente de principio. Una respuesta ético-moral a la cuestión debatida recalcaría el acento en que la pareja no unida por el vínculo matrimonial no responde intrínsecamente a la durabilidad, permanencia, estabilidad que comporta la relación jurídica matrimonial. Realmente, para mí, la única categoría jurídica que consagra la estabilidad es la que se deriva del matrimonio. En tal sentido, no parece muy sostenible que dependa dicha catalogación del libérrimo criterio de los interesados, siendo los mismos quienes decidan la estabilidad de la unión de hecho. No tenemos que olvidar que

el derecho *opera con categorías jurídicas*, luego cualquier comportamiento social debe materializarse en un control por parte del poder; por ende, devendría además una *contraditio in terminis* que para satisfacer sus intereses, obteniendo las ventajas que ofrecen las instituciones jurídicas, se prescindiera voluntariamente de ellas. No dispone, como bien se ha argumentado, el ordenamiento jurídico de criterios uniformes y fundados para medir la estabilidad. Por otra parte, si como he dicho, no tiene que quedar al arbitrio de los interesados apreciar la estabilidad, ¿a quién compete? ¿Al director del banco de gametos? ¿A la autoridad judicial? ¿A la Comisión Nacional?...

En tal sentido coincido, en líneas generales, con la argumentación que completaría mi razonamiento según la cual, no es coherente aplicar soluciones legales a quienes han preferido prescindir de la Ley para organizar su vida afectiva y sexual. Hay que respetar su libertad, pero establecer también que se atengan a las consecuencias de su libre opción. Estoy de acuerdo cuando se dice que ese precepto constituyente aludido (art. 39) no equipara la familia con la filiación extramatrimonial o la maternidad soltera. Efectivamente, el *párrafo segundo* no menciona para nada la familia, y sí la protección de los *hijos*, iguales éstos ante la Ley (vuelve a recordarnos el principio informador del art. 14 también del texto constituyente, que abroga aquellas disposiciones odiosas de antaño que estigmatizaban las condiciones de hijo como adúltero, sacrílego, espúreo, máncer, etc.; recalcando ahora la mentada norma constituyente la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación, legítima o ilegítima, ahora *mutatis mutandis* matrimonial y extramatrimonial), y, asimismo, explicita la protección a las madres solteras, no a las que no lo son, ni, forzando la interpretación, a las que pudieran serlo por medio de estas prácticas de fecundación extracorpórea. Pienso que, considerando que es un derecho indeclinable y fundamental el que tiene el hijo de tener un padre y una madre, mal se cohonestaría este principio, si prevaleciera en esta jerarquía de valores el derecho de toda mujer

a ser madre, sin que estuviera condicionado a que paralelamente exista un padre o pueda haberlo. Concluyendo estas afirmaciones, resulta categórico el informe sobre inseminación artificial presentado en el Consejo de Europa en 1981, que establece como un principio general que la inseminación artificial debe estar limitada a las parejas casadas.

En mi misma línea discursiva se ha manifestado recientemente el Grupo de Trabajo constituido *ad hoc* en la AGRN, así, su informe (pág. 17): «Las excepciones que se admiten deben ser fundamentalmente en favor de parejas casadas, así opinan que no ha de instrumentalizarse la personalidad de los futuros hijos para satisfacer intereses sentimentales, si el ambiente en el que el hijo ha de nacer no es el adecuado para el desarrollo de la personalidad del mismo. El ambiente adecuado es el que proporcionará la pareja completa y estable *constituida legalmente en matrimonio*»³.

No estoy de acuerdo en la analogía que se hace con la adopción, en el sentido de que como puede adoptar una persona soltera, también podrá la mujer sola acceder a la maternidad sin el concurso del varón. Ahora bien, se olvida que con la adopción se intenta suplir las deficiencias de una filiación defectuosa reaccionando el derecho ante una situación ya producida. Ante tal situación, el derecho debe reaccionar equiparando a todos los efectos legales la filiación adoptiva con la filiación por naturaleza (*adoptio naturam imitatur*).

Enfocada la cuestión desde una óptica ético-moral, acepto la tesis según la cual el deseo de maternidad parece que no se justifica con un modo de conseguirla que implique una desintegración del sentido humano de la procreación.

Comparto el criterio de Hortal Alonso cuando explica que la semejanza con el caso de la adopción por parte de una

3. Ministerio de Justicia: *Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, Suplemento núm. 3/1986, al boletín de Información del Ministerio de Justicia, 15-1-1986.

mujer soltera y otras situaciones parecidas sólo es parcial a efectos del juicio ético que merecen las distintas situaciones. La diferencia fundamental radica en que aquí se programa para un niño la situación que en los otros casos sólo se produce como remedio a una situación previa ⁴.

Además, también puede deslabazarse el razonamiento aludido con otra argumentación, y es que, si bien es cierto que puede adoptarse una persona en estado de soltería, *de iure conditio* no se permite que parejas no casadas puedan adoptar los dos, es decir, fueran adoptantes. Así, el art. 178 del Código Civil dice que pueden adoptar plenamente: los cónyuges que vivan juntos y procedan de consuno; el cónyuge separado legalmente; las personas en estados de viudedad, soltería y divorcio, y uno de los cónyuges al hijo de su consorte. Luego, queda claro que con la legislación actual las parejas no casadas, por muy estables que fueren, no pueden adoptar simultáneamente los dos a un tercero, y es más, en el proyecto de reforma de la adopción tampoco ⁵.

Ahora bien, en sentido contrario al analizado por mí, no puede ignorarse otra argumentación según la cual el art. 32 y concordantes de la Constitución no inducen a concluir una exégesis estricta del concepto de familia que se fundamente sólo en el matrimonio, de suerte que más bien debía interpretarse la familia a proteger como el núcleo de personas que

4. HORTAL ALONSO: *Aspectos éticos de la inseminación artificial humana y fecundación in vitro*. Presentado a la Comisión especial constituida en el Congreso de los Diputados, Madrid.

5. Artículo 174.—Nadie puede ser adoptado por más de una persona mientras viva el adoptante. Se exceptúan los cónyuges, que pueden adoptar simultánea o sucesivamente a una misma persona.

El adoptante habrá de tener veinticinco años cumplidos. En la adopción por marido y mujer basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. Todo adoptante ha de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado.

Sólo pueden ser adoptados los no emancipados. Sin embargo, será posible la adopción de un emancipado cuando haya existido inmediatamente antes de la emancipación una situación ininterrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de los catorce años.

No pueden adoptar los ascendientes a sus descendientes ni un hermano a otro.

conviven, independientemente de que tal convivencia resulte o no de un matrimonio válido y eficaz ⁶.

En lo referente a este asunto en el derecho comparado, es decir, quienes están capacitados para recurrir a estas técnicas de fecundación extracorpórea, el primer país que ha regulado esta materia es Suecia, de tal manera que su reciente ley sobre inseminación artificial que ha entrado en vigor el 1 de marzo de 1985 dispone en su art. 2 que la inseminación debe llevarse a cabo únicamente si la mujer está casada o convive con un hombre en una relación análoga al matrimonio. Para la inseminación se requiere el consentimiento escrito del marido o del hombre con quien la mujer convive. En el mismo sentido se manifiesta el art. 3 de la proposición italiana sobre inseminación artificial y la fecundación *in vitro* ⁷.

4. MATERNIDAD DE GESTACION VERSUS MATERNIDAD GENETICA

En mi opinión, estoy de acuerdo en la supremacía de la maternidad de gestación por encima de la propiamente genética. No sólo por la *vis atractiva* del viejo adagio *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre; es decir, madre es la que ha parido), sino porque la propia estabilidad e integración del hijo en la relación familiar de quienes asumen su función de padres sin ser progenitores propende a una aceptación de la situación materno o paterno-filial creada al efecto, sin que tuviera necesariamente que *coincidir la realidad genética con la realidad social*. La relación de filiación, más que una relación biológica, genética, es ante todo una relación so-

6. Informe Congreso de los Diputados, Comisión Especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas. Madrid, 6-III-1986.

7. Boletín Oficial del Estado Sueco, Ley de inseminación artificial ordenando su impresión, Redactada el 20-12-84 y publicación 22-12-85.

Italia: Camera dei deputati proposta de legge sobre norma sulla inseminazione artificiale e sulla fecondazione *in vitro*.

cial, afectiva, educacional. En tal sentido, si, como dije en mi informe, la reforma operada en la filiación el 13 de mayo de 1981 desplazó el principio de que el padre es el que demuestran las nuptias por el de padre es el que demuestra la propia sangre, es decir, *pater is quem nuptiae demonstrant*, por el de *pater is quem sanguis demonstrat*, esta afirmación es válida en principio para los supuestos de inseminación natural —existiendo copulación—, no así para las técnicas reproductoras de Inseminación Artificial y Fertilización In Vitro, puesto que aquí el interés del hijo no es hacer coincidir necesariamente el rol del padre o madre con el de progenitor, sino casualmente diferenciarlo en su justa medida, de manera que la *verdad genética* ceda ante una *relación social y afectiva*, es decir, el derecho debe amparar a quienes asumen voluntariamente su rol de padres, reforzando una paternidad o maternidad legal, aunque biológicamente no coincida con la filiación genética.

Es obvio, por tanto, que cuando de inseminación natural se trate (*vera copula*), la ley permite investigar la paternidad que realmente compete al progenitor biológico. Ahora bien, en la inseminación artificial heteróloga (utilización del semen de un tercero debido a la impotencia *coeundi* y *generandi* del esposo), la permisibilidad no puede ser la misma. La razón deberá buscarse en la necesidad de mantener el anonimato en la identidad del donante. Por tanto, aquí deberá prevalecer siempre la imposibilidad de la investigación de la paternidad, y en aras de la convivencia sobre todo de los padres formales y del propio hijo, el mantenimiento de la *verdad formal*, es decir, la determinación legal de la filiación que conste en el Registro, por encima de la constatación biológica de la paternidad real que compete genéticamente al hijo⁸.

8. Informe presentado por FRANCISCO LLEDO-YAGÜE a la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas. Congreso de Diputados, Madrid, 1986.

El único supuesto que constituiría la excepción a la regla vendría dado en el supuesto de admitirse la licitud de la *maternidad* subrogada, dado que si admitiésemos sin excepción la regla citada con anterioridad, según la cual *partus sequitur ventrem*, madre sería la que hubiera parido, es decir, la que hubiera alquilado su útero, criterio este que vendría a contradecir el principio según el cual la relación de filiación, más que una pura relación genética, es una relación socioafectiva.

A mi parecer, es totalmente desaconsejable la licitud de dicho procedimiento, no solamente por los problemas que puedan derivarse del ejercicio de las acciones de filiación en este conflicto de maternidades, sino considero que este método no encuentra una acogida o aceptación social. No tenemos que olvidar que el derecho se mueve en el campo de lo deontológico. Conocido es para los juristas el aforismo de que *ex facto non oritur ius* (el derecho no nace del hecho); de modo y manera que las consideraciones éticas y morales son decisivas a la hora de enjuiciar y reglamentar el supuesto de hecho, y el que aquí examinamos (*gestación por alquiler*) repugna al orden social —puesto que el hijo es tratado como un simple medio y no como un fin *per se*—. Luego resulta obvio que el objeto de dicho negocio jurídico sea *res intra commercium*. En tal sentido, es absurdo en cualquiera de las dos hipótesis aludidas renunciar al hijo concebido por la madre subrogada, puesto que dicha renuncia contraviene los principios de orden público aplicables a las relaciones familiares matrimoniales, donde como regla general, además de impedirse cualquier tipo de transacción, son aplicables normas imperativas, o de *jus cogens*, que están por encima de la voluntad de las partes; claro está, enjuiciado el supuesto partiendo de su *ilicitud* y de que en el momento presente este tipo de contratos chocan con la conciencia social⁹.

9. LLEDO YAGÜE: Informe presentado a la Comisión especial para estudio de estas materias, (Inseminación artificial humana y fecundación *in vitro*).

5. STATUS FILII DEL HIJO NACIDO COMO CONSECUENCIA DE LA UTILIZACION DE ESTOS METODOS

Si se ha recurrido a la inseminación artificial heteróloga, y si el marido de la mujer receptora del semen del tercero (donante anónimo), como ésta misma, ha prestado el consentimiento de manera indubitada, ¿debe considerarse al hijo investido del *status* de hijo matrimonial, sin que pueda el marido impugnar la filiación?

Acerca de esta cuestión, existe una postura unánime en el derecho extranjero en considerarlo como matrimonial. Así, por ejemplo, el art. 156, párrafo I, del Código Civil suizo: «El marido no puede intentar la acción si él ha consentido la concepción por obra de un tercero». No obstante, quizá habría que precisar que el legislador helvético no ha matizado si la concepción es fruto de una cohabitación o de inseminación artificial por obra de un tercero (IAD). En la misma línea permisiva se manifestó un proyecto de ley belga en 1979, en concreto en su art. 320 decía: «La demanda no podrá ser admitida si el marido ha dado su consentimiento a una inseminación artificial que ha podido entrañar la concepción del hijo». Como se observará, se explicita, a diferencia del sistema suizo, la expresión *inseminación artificial*. En parecidos términos se manifiesta el Código Civil lusitano, en su art. 1.839: «no será permitida la impugnación de la paternidad con fundamento en la inseminación artificial al cónyuge que la ha consentido». En Francia, ya en 1980, se discutió en el Senado una proposición de ley sobre inseminación artificial, de tal manera que se concluía en su art. 11 lo siguiente: «El marido no puede impugnar al hijo que ha sido concebido por inseminación artificial con su consentimiento». De esta manera se intentaba procurar que los hijos así concebidos se beneficiasen de todas las protecciones dadas a los hijos legítimos —matrimoniales— y particularmente que las acciones de impugnación de la paternidad no puedan estar fun-

dadas sobre una inseminación artificial. El mismo razonamiento se colige de la última proposición de ley de 1983. Es evidente que de admitirse esta línea argumental deberá modificarse el texto actual del Código Civil francés, que dice: «el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido; sin embargo, éste podrá impugnar al hijo si justifica por hechos propios que él no pudo ser el padre». Parece deducirse entonces que bastaría al marido que consintió de forma expresa la inseminación artificial heteróloga (debido a su esterilidad) alegar su impotencia física para procrear, consecuencia de su impotencia *generandi*. Es interesante traer a remisión una importante resolución del Tribunal de Niza (30 de junio de 1976) que admitió la impugnación de la paternidad, pero dicha acción no se fundaba en la concepción por inseminación artificial heteróloga, sino que el marido se limitó a excepcionar su incapacidad absoluta para procrear. Consecuentemente, el Tribunal declaró que su acción de impugnación no podía ser declarada inadmisibile, ya que su esterilidad irremediable no había sido nunca impugnada ante los Tribunales.

El proyecto de recomendación del Consejo de Europa sobre inseminación artificial 1979 concluye en las mismas consideraciones en favor de la consideración del hijo como matrimonial y en la inimpugnabilidad de su *status*: «Cuando la inseminación ha sido practicada con el consentimiento del marido, el hijo será considerado como hijo legítimo de la mujer y de su marido y nadie podrá impugnar la legitimidad por el solo hecho de la inseminación artificial».

Finalmente, por no hacer la exposición harto prolija, el informe Warnock se manifiesta en el mismo tenor¹⁰. Asimismo, la reciente ley en Suecia sobre inseminación artificial se decreta que en el primer capítulo del título relativo a la pa-

10. INFORME WARNOCK, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Informe de la Comisión investigadora sobre fertilización humana y embriología (presidente Mary Warnock), Londres, Julio 1984.

La Comisión recomendó que cuando una mujer casada hubiera recibido tratamiento por IAD con el consentimiento de su marido, éste y no el donan-

ternidad se introducirá un nuevo art. 6 con el siguiente contenido: «Si la inseminación se ha realizado en la madre con el consentimiento de su marido o del hombre con quien convive, en relación similar al matrimonio, y si es probable, tomando en cuenta la totalidad de las circunstancias, que el niño haya sido engendrado por esa inseminación, se considerará padre de éste a aquel que haya dado su consentimiento, en aplicación de los artículos 2 a 5», preceptos que hacen referencia a la necesidad del consentimiento escrito del marido o del hombre con quien la mujer convive, y el art. 5 expresa lo siguiente: Si, en el caso de abrirse un proceso acerca de la paternidad del niño, fuera necesario tener acceso a los informes de una inseminación, es el responsable de la inseminación, o aquel que tenga a su disposición los informes, quien tiene la obligación de atender la petición del tribunal de entregar esos informes. Se deduce, por tanto, la ruptura de la regla del anonimato, en contradicción con lo prescrito por el Consejo de Europa en el proyecto de recomendación sobre IAD, en concreto art. 5: «El médico y el personal del establecimiento médico que reciban esperma o practiquen la inseminación artificial debe preservar la identidad del dador, y bajo reserva de las exigencias de la justicia, de la identidad de la mujer, y si ella está casada, de su marido, así como el secreto sobre la propia inseminación artificial».

Si en vez de donación de semen fuera donación ovular, *mutatis mutandis* valen las mismas consideraciones; así, supongamos que el semen es propio, es decir, del esposo de la paciente receptora del gameto del dador anónimo, entonces la mujer que ha recibido el óvulo no tendrá acción para impugnar su maternidad, ni tampoco el esposo; ni, a su vez, ninguno de los dos reclamar la filiación materna no matrimonial que corresponda a la donataria.

te, debería ser considerado, a todos los efectos legales, como el padre de la criatura concebida por inseminación artificial convenimos por unanimidad y por consiguiente, recomendamos que el niño nacido de inseminación artificial humana debería ser tratado como el hijo legítimo de su madre y del marido de ésta cuando hayan dado la aprobación a dicha terapia. Esta recomendación necesitará protección legal.

Estos mismos planteamientos, examinados desde la perspectiva del hijo, conducen a la conclusión de que tampoco éste podrá reclamar o impugnar la filiación que por naturaleza genesiaca le corresponde cuando se han producido las correspondientes donaciones anónimas de gametos.

La razón es que la estabilidad y efectiva consolidación de las relaciones de estado e integración del hijo en el círculo familiar matrimonial le hacen merecedor de una protección que imposibilite el ejercicio, por ninguno de los afectados (padres formales, hijo y terceros), de cualquier acción de filiación. El fundamento de esta prohibición descansa en la investidura social del marido no progenitor en el lugar de padre; en la adhesión voluntaria de la facultad atribuida; luego la pretensión de plantear cualquier demanda, supone un ejercicio abusivo y antisocial del derecho (art. 6 Código Civil), y en claro detrimento de la integración del hijo en la relación familiar.

A mi juicio, por tanto, tenemos que disociar claramente en esta práctica la figura del progenitor sin ninguna responsabilidad filial (que sólo aporta el material genesiaco), de la figura del padre, voluntaria y legalmente asumida, y que tanto jurídica como ética y socialmente debe atribuírsele dicha función.

Es más, como ha podido desprenderse del examen atinente a las acciones de impugnación y reclamación en relación a su aplicación a estas nuevas técnicas procreativas, el concepto de *posesión de estado* cobra una relevancia y un papel decisivo en la consolidación y estabilidad de las relaciones de estado familiares. Ya la doctrina ha establecido (y comparto plenamente estos razonamientos, puesto que encuentran una aplicación analógica, una misma *ratio decidendi* en estas nuevas técnicas de procreación humana) que el principio de estabilidad familiar no se refiere a la familia del progenitor, sino a la familia en que el hijo está realmente viviendo; no se trata de proteger al progenitor biológico, sino de proteger al hijo mismo frente a acciones intempestivas que perturban

la paz de las familias, y conseguir su completa integración en las relaciones familiares, y amparar también a aquellos que están haciendo de padres (lo que nosotros hemos llamado padres formales o paternidad social), aunque biológica o genéticamente no lo fueran. Puede decirse que la posesión de estado es la constatación de la realidad social y afectiva. Ello es así, porque el instituto de la posesión de estado no implica una necesaria coincidencia entre la verdad genética o biológica y la verdad legal o formal, sino que da virtualidad a una relación de estado familiar basada en una serie de actos, que por su naturaleza y circunstancias determinan una situación de hecho de carácter permanente. Este conjunto de actos se caracteriza por los tres elementos básicos que lo componen: *nomen, tractatus, fama o reputatio*, es decir, el nombre, el comportamiento como padre y la consideración social del hijo del reputado padre. A tal efecto, una cuestión imprescindible en la posesión de estado es la continuidad, la constancia, la persistencia, la permanencia de la situación de hecho (en el supuesto que examinamos IAD y FIV, la aceptación del hijo en las relaciones familiares, como tal hijo).

6. EL CONOCIMIENTO DEL ORIGEN GENETICO POR PARTE DEL HIJO

Mi opinión al respecto se decanta en contra del conocimiento del origen genético del dador de los gametos, en interés, no de los padres formales, sino del propio hijo. Lo cual conduce a la regla del anonimato del donante. En mi opinión, no desconociendo la fuerza de la argumentación según la cual el hijo es titular incuestionable de un derecho fundamental al conocimiento de su origen genético. Sin embargo, revelar la identidad del donante puede decirse que no favorecerá psicológica y afectivamente el bienestar del niño.

En este punto, nuestra legislación debe seguir las pautas marcadas por el Consejo de Europa, de modo que en este punto establece que los facultativos o médicos del estableci-

miento clínico que usen las técnicas de procreación artificial deberán mantener el anonimato del donante y de los miembros de la pareja en tanto en cuanto al hecho de la procreación artificial; sin embargo, la ley de la nación proveerá que el niño, cuando alcance la mayoría de edad, deba tener acceso a la información concerniente a la manera de su concepción y a las características de su donante ¹¹.

Suecia, como sabemos, es el primer país que tiene una legislación sobre inseminación artificial y ha establecido la ruptura de la regla del anonimato (art. 5 de la ley).

Conclusión: A mi juicio, los donantes de gametos deben permanecer siempre en el anonimato y, por ende, debe quedar amparado en el secreto profesional. Esto, evidentemente, no obsta a que el banco de gametos conserve la ficha técnica del dador y, además, en un Registro Central quede constancia de la historia clínica del donante, los antecedentes y condiciones genéticas del dador y donaciones efectuadas; su límite, a mi juicio, debe ser ponderado por el criterio que en su momento exponga el Comité Nacional ad hoc; asimismo debe constar también la ficha técnica de las parejas receptoras de sus gametos.

No veo especial inconveniente en que el hijo, llegada a la mayoría de edad, tenga acceso a los datos biológicos del donante.

Cabe la posibilidad de que se conozca la identidad física del donante, si éste ha manifestado su voluntad en tal sentido. Por eso es fundamental que quede explicitado en la ley que en ningún caso se exigirán responsabilidades paternofiliales al dador, es decir, no se admitirá a trámite ninguna demanda de investigación de la paternidad que tuviera por finalidad imputar una paternidad/maternidad por la simple aportación del material genésico.

11. CONSEIL DE L'EUROPE, COUNCIL OF EUROPE, Working party of the ad hoc committee of experts on ethical and legal problems relating human genetics, Strasbourg, 9-12 october 1984 (Principle 8).

Si así fuera, conociendo la identidad, podrá obtenerse datos acerca de la historia genética del donante de los gametos y en algunas hipótesis podrá evitarse o corregirse anomalías hereditarias, máxime cuando no todas las enfermedades genéticas son igualmente conocidas; así, por ejemplo, en las enfermedades recesivas no siempre es fácil garantizar que el semen u óvulo del donante no es portador del mismo alelo recesivo que puede ser portador la persona receptora.

Piénsese que por circunstancias graves se necesita identificar al donante; por ejemplo, que el niño sufra una grave enfermedad hereditaria y se requiera un trasplante de médula al hijo y que tuviera que provenir de su progenitor, ¿debería ceder el principio del secreto y anonimato en la identidad del dador en pro de un interés superior, cual es la propia vida del hijo? El art. 5 del proyecto de recomendación del Consejo de Europa dice que «el médico y el personal del establecimiento médico que reciban espermias o practiquen la inseminación artificial deben preservar el secreto de la identidad del dador y, bajo reservas de las exigencias de justicia, de la identidad de la mujer, y si ella está casada, de su marido; así como el secreto sobre la propia inseminación artificial. El médico no procederá a la inseminación si estas condiciones hacen improbables el mantenimiento del secreto».

En conclusión, podemos afirmar:

1.º Como regla general debe imponerse tanto el *anonimato* de los donantes como de los receptores. Si se quiere, de la pareja donante y de la pareja receptora. Aludimos a la expresión pareja donante, puesto que si el donante de gametos es casado debe, a mi juicio, obtener el asentimiento de su cónyuge. Esta argumentación intentaría ser coherente con el razonamiento según el cual, en el matrimonio, existe una mutua entrega corporal y que, por tanto, no cabe disponerse de los gametos para cualquier finalidad extraconyugal. Ahora bien, también puede desoírse esta afirmación esgrimiéndose que la donación *stricto sensu* no produce ofensa al otro consorte.

2.º Que no cabe, por parte del hijo, investigar la paternidad del donante de gameto o embriones; sí cabe, llegada a su mayoría de edad, el conocimiento de las características genotípicas del progenitor.

3.º Cabrá la identificación del dador, si éste hubiera dado su consentimiento expreso, sin que tal declaración implique la atribución de ninguna obligación paterno o materno-filial. Es decir, se rechazaría de plano una acción por la que, por ejemplo, se pretendiera reclamar la filiación paterna extramatrimonial, tanto por parte del hijo como por parte del presunto progenitor. En estos supuestos, no puede argüirse ningún principio de prueba de los hechos en que se funde la demanda de filiación, de modo que a efectos legales no se impondrá ninguna relación jurídica recíprocamente tanto en cuanto al hijo respecto a su progenitor «no padre» como éste en relación a aquél.

4.º Cuando se den circunstancias extraordinarias, que comporten una puesta en peligro de la vida del hijo, deberá ceder el secreto en aras de aquel interés preeminente. Puesto que, en la jerarquía de valores en juego, el del hijo tiene supremacía ante los otros intereses.

7. ASPECTOS RELACIONADOS CON EL CONSENTIMIENTO

1) En mi opinión, la forma en que debe constatarse el consentimiento que expresamente otorgue la pareja receptora, dada la transcendencia del acto, debe elevarse a la categoría de *fehaciente*. Es decir, forma *ad solemnitatem*; tiene que ser un documento público. En mi opinión, no basta con que el consentimiento sea otorgado ante el médico responsable¹².

12. Acerca de este extremo opina RUIZ VADILLO que el consentimiento debe ser ante un notario (supuesto normal) o ante la autoridad judicial (supuestos especiales) y que el centro médico lo único que debe hacer es constatar que formalmente estos consentimientos se han dado.

2) Pienso, además, que debe explicitarse la posibilidad de su revocación, siempre, claro está, antes de proceder a la inseminación o fertilización efectiva.

3) Si en el ínterin, antes de procederse a la IAD o FIV, deviniera alguna crisis matrimonial y los cónyuges entablaran alguna demanda de nulidad, separación o divorcio, el consentimiento quedaría revocado *ipso iure*, de modo que aunque después se reconciliaran, bien durante la tramitación del procedimiento o bien después de la sentencia de separación, no reviviría el consentimiento que perdió su eficacia *ex tunc*.

4) Estos razonamientos, *mutatis mutandis*, pueden ser válidos en otras hipótesis, como ausencia declarada, declaración de fallecimiento, declaración de incapacitación de uno de los cónyuges, etc.

5) Asimismo, en relación a la donación de gametos, a mi juicio, no cabe la revocabilidad a posteriori. Algún sector de la doctrina muy cualificado (Peña Bernaldo de Quirós) defiende la revocabilidad (indemnizando los gastos realizados). Los gametos no son como otras piezas, órganos o tejidos del cuerpo humano, son las semillas que llevan la impronta de la persona del donante y éste es el llamado a disponer, en exclusiva, de su potencialidad de nuevas vidas. El respeto a la persona humana impone admitir esta revocación, al modo como ocurre con los contratos sobre la propia imagen o sobre la obra intelectual.

6) Con respecto a la limitación en el número de donaciones de gametos, fundamentalmente para evitar el riesgo de consanguinidad o el incesto genético, ¿limitarlo a seis? Considero más acertado que sea el criterio mejor fundado de la Comisión Nacional *ad hoc*, que se cree, quien determine el número de donaciones en los centros hospitalarios. Para evitar este riesgo, que medio hermanos se casan sin saberlo, habrá que controlar y organizar adecuadamente los centros hospitalarios públicos y privados que estén habilitados para la conservación, tratamiento y almacenamiento de semen, óvulos y embriones.

7) A mi juicio, otro aspecto que debe tenerse igualmente en cuenta es que si el donante de gametos está casado, debería contarse con el asentimiento del cónyuge de aquél, dado que si el matrimonio comporta la fidelidad conyugal, puede hablarse incluso de fidelidad hasta en la reproducción¹³.

8) Observa atinadamente Peña la discusión que ha provocado la cuestión de si el hijo engendrado con taras por enfermedad que el padre conoce, puede o no exigir a éste responsabilidad civil. Hay una doctrina que lo niega porque el nuevo ser sólo «es» por los gametos de su padre, que le da vida y la individualidad, ¿cómo medir el daño que produce al que no es (y, por tanto, no es sujeto de derecho) al llegar a ser así?¹⁴.

8. RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS HOSPITALARIOS

Estas técnicas de procreación artificial y de manipulación de embriones deben ser llevadas a cabo bajo la responsabilidad de un técnico dentro de los establecimientos autorizados por las autoridades competentes.

Asimismo, el centro hospitalario va a responder ante la Administración y ante los particulares de que la actuación en estas materias se ajustará a las normas prescritas. Por ejemplo, existirá una responsabilidad directa del centro cuando, por negligencia, no hubiera llevado a cabo el *chequeo genético obligatorio*, tanto en la persona del donante de gametos como de la mujer receptora, de suerte que con su

13. Acerca de este extremo, en el resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de trabajo constituido en la DGRN (Ministerio de Justicia), para el estudio de los problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la *fecundación in vitro*, se decía lo siguiente: El grupo de trabajo consideró la solución de exigir que el donante fuera siempre casado y entender que la donación la hace la pareja. Así se evitarían las donaciones irreflexivas hechas por jóvenes solteros. No obstante, el grupo no se decidió por tal solución.

14. Grupo de Trabajo de la DGRN, op. cit.

examen su hubiera evitado la transmisión al hijo de malformaciones congénitas o taras hereditarias. Cuando no hubiera respetado el secreto en la identidad del donante o de la técnica, tanto en la inseminación artificial como de la fertilización *in vitro*, como asimismo en el tratamiento, conservación y almacenamiento de semen, óvulos, embriones, y hubiera manipulado o experimentado con ellos con otros fines.

La futura ley reguladora de la inseminación artificial habrá de contener las sanciones que deben imponerse a sus transgresores, algunos de estos quebrantamientos constituirán delitos o faltas y serán castigados con penas, pero otros darán lugar sólo a sanciones administrativas. En este último caso habrá de tenerse en cuenta el art. 25-3 de la Constitución, que dice: La administración civil no podrá imponer sanciones que directamente o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Así, pues, podrán consistir en inhabilitaciones o suspensiones; no poder ejercer la profesión médica en un centro que se dedique a la práctica de inseminaciones, suspensión del ejercicio profesional durante cierto tiempo, multas, etc.¹⁵.

Asimismo, debe responder el centro hospitalario *ad hoc* cuando no se hubiera buscado la *similitud genética* y otras variantes entre la pareja receptora *versus* donante de gametos. Asimismo, debe prohibirse cualquier manipulación con fines *eugenésicos*.

9. PROTECCION JURIDICA DE LOS EMBRIONES

Comenzamos aludiendo al extremo referente a la manipulación positiva de los embriones en sus primeros catorce días, no estoy de acuerdo en dicha experimentación. A mi juicio, debe otorgársele la misma tutela jurídica que a la vida completamente desarrollada. Como tal vida humana encuentra su tuición y amparo en la propia Constitución (art. 15): «Todos

15. RUIZ VADILLO, op. cit. (I Simposium Nacional sobre inseminación artificial).

tienen derecho a la vida». Estoy de acuerdo con la afirmación biológica según la cual durante los primeros catorce días el embrión es un ser humano, con vida humana tendente a la individualización como destino normal de su propia evolución. Su destrucción supondría la de un ser humano. Repárese en la proposición de Ley francesa de 1984 (art. 1.º), según la cual, desde el momento de su concepción, el hijo concebido es sujeto de derecho, su vida es la de un ser humano y debe ser respetada.

Asimismo, cuando se incide en la fundamentación ética aplicable a estas nuevas técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fertilización *in vitro*), los principios inspiradores de la futura regulación de la fecundación extra-corpórea han de respetar, por ende, los de nuestra ley fundamental (Constitución), de suerte que su aplicación nos conduce al referido precepto constituyente atinente a la protección y defensa de la vida humana (art. 15).

Puede decirse, por tanto, que el embrión, desde el momento mismo de la fecundación, constituye una auténtica vida, aunque es impropia una fase de la evolución de la vida misma, su protección se justifica en función de dicho principio informador (art. 15), y como dicho precepto constituyente proclama explícita y notoriamente el derecho a la vida, auténtico *prius* de todos los demás derechos fundamentales, de suerte que ese derecho a la vida es el eje central de todos los demás que se desencadenan como obligado corolario, podemos concluir el razonamiento arguyendo la ineludible protección de la vida del embrión también (en período de preanidación), en cuanto existe desde aquel momento un derecho a la vida del mismo, de modo que el embrión es ya titular *per se* de ese derecho y, por consiguiente, merecedor de la tutela efectiva desde su nacimiento por parte de los poderes públicos.

En conclusión, intentando ser coherente con esta línea argumental, no se pueden utilizar estos embriones con fines de investigación y experimentación, por ser contrarios al respeto

que merece la persona humana (aunque fuera, como en el supuesto, en un *momento* de su desarrollo). Estoy de acuerdo con Sancho Rebullida cuando expresa que el principio pro vida es de derecho natural primario y se halla proclamado en el art. 15 de la Constitución, que proclama que «todos» (sin referencia a la personalidad civil) tienen derecho a la vida. Previamente, el art. 10,2 establece que las normas relativas a los derechos fundamentales (y el relativo a la vida es el primero proclamado bajo la rúbrica de tal calificativo) se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España. Pues bien, en esta línea indicativa, las declaraciones (Helsinki, Tokio) de la Asociación Médica Mundial sugieren, en aras a la coherencia, referir al embrión la tendencia general a una creciente protección de los seres humanos más indefensos.

Una opinión asimismo digna de tenerse en cuenta por la fuerza de su argumentación es la de Montes Penades, que aduce que le parece un tanto forzado y de algún modo una conclusión excesiva, extender al embrión, sobre todo en la fase primeriza de los primeros catorce días, que puede tomarse como punto de partida de acuerdo con el informe Warnock, una protección como la que merecería la *persona humana* en sentido propio. De tal protección, a mi juicio personal, sólo puede hablarse a partir de una fase más avanzada, cuando la medicina habla ya de *feto*. Decir que el embrión es o tiene un status de vida humana no es más que decir que también hay vida humana en ciertos órganos cuyo trasplante se admite.

El embrión no es *persona*, ni se le tiene por tal, al menos durante el período que estamos contemplando, y esa posición me parece la más coherente con los propios textos constitucionales, y con los propios artículos 29 y 30 del Código Civil.

Ello no obstante, tampoco puede ser considerado exactamente como una *cosa* en sentido técnico, y creo que podemos

compartir la opinión que se expresa en el informe Warnock sobre una negativa radical a que se admita una suerte de derecho de propiedad sobre el embrión. El embrión no sería, en ningún caso, algo susceptible de apropiación ni de libre circulación, y su vida, potencialmente humana, debería ser protegida como un bien jurídico sobre el que sólo caben ciertas facultades en orden a su posibilidad de desarrollo, como más adelante detallaremos ¹⁶.

La Comisión de Trabajo del Comité creado *ad hoc* en el Consejo de Europa, concretamente el Principio 18, sólo admite la experimentación si la finalidad de la intervención terapéutica es para promover el desarrollo y nacimiento de un niño.

Puede decirse, finalmente, que el principio rector, inspirador de estas técnicas de reproducción humana, tiene que estar presidido por el *bien del embrión*, y que en una jerarquía de valores debe ser preeminente ante los otros intereses en pugna; siendo coherente con el razonamiento expuesto en líneas precedentes, existe un derecho a la vida del mismo; cierto que el embrión no es viable por su propia espontaneidad, pero esto no es óbice a que no obtenga la tutela jurídica que dispensa la norma constituyente (art. 15), de modo que aunque dejándolo al arbitrio de las propias fuerzas que están contenidas en él no llegue a nacer, nadie puede negar que es ya un ser concebido aunque no virtualmente nacadero (*conceptus sua sponte non viabilis* o *conceptus non virtualiter nasciturus*).

No obstante, habrá quienes opinen, por el contrario, que resultaría desmesurado, y en alguna forma una conclusión excesiva, el extender al embrión una protección como la que merecería la persona humana en sentido propio, sobre manera en esta fase primera de los catorce días a partir de la fecundación. El embrión, al menos durante este período, no es persona ni se le tiene como tal.

16. SANCHO REBULLIDA: Informe presentado ante la Comisión especial de estudio de la inseminación artificial humana y fecundación *in vitro* (Aspectos jurídicos). Asimismo MONTES PENADES op. cit. (Informe).

A mi juicio, no puedo compartir estos criterios. Desde mi opinión y toma de postura personal, la vida del embrión es una vida humana, no viable por sus propias fuerzas, pero que tiene *per se* una potencialidad biológica global y que sólo necesita para completar su desarrollo ser implantado en su medio natural (*útero materno*), a diferencia del concebido por inseminación natural (*vera copula*).

Esta toma de postura se encuentra en la línea de quienes defienden que el respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de generación o fecundación del óvulo, queda así configurada una vida que no es ni del padre ni de la madre, sino de *un nuevo ser humano* que se desarrolla por sí mismo. «No llegará nunca a ser humano si no lo es ya entonces»¹⁷. Comparto el criterio de quienes argumentan que desde la fecundación se constituye un ser cuyos caracteres genéticos son indiscutiblemente humanos, que *prefiguran la absoluta originalidad de irrepitibilidad* del individuo humano que se desarrollará y que posee la capacidad de convertirse en un ser *humano* y personal.

Obviamente, la argumentación referida aludía, como fácilmente puede desprenderse, a la cuestión del aborto; sin embargo, *mutatis mutandis* es plausible su aplicación al asunto que referenciamos en torno a la protección jurídica del embrión. Tendrá que probarse por qué una realidad biológicamente humana y capaz de convertirse en un individuo humano completo no es auténtico ser humano y no posee el mismo derecho a la vida que el ya nacido, con el que le une un proceso continuo de desarrollo¹⁸.

En tal sentido, a mi parecer, situar momentos, hiatos, estadios, como por ejemplo el momento de la anidación, del desarrollo de la corteza cerebral, es o constituye *sólo* parcialmente un devenir progresivo de la configuración de la per-

17. En este punto véase la Declaración de la Congregación para la doctrina de la fe, Núms. 12-13.

18. GAFO: *Iglesia y Aborto*, Ética y comienzo de la vida, Razón y fe (1983) pág. 639.

sona misma, pero no puede nunca ser válido *per se* para totalizar la propia realidad ontológica, la constitución de la persona humana que comienza ya mismo en la fecundación.

— *Sobre la manipulación genética.*

1. Estoy de acuerdo con el criterio de la Comisión especial constituida en el Congreso de Diputados que establece que las investigaciones en embriones *sólo* deberían autorizarse en *embriones no viables, no implantables*, por lo general aquellos en los que no progresa su división celular o que tengan más de dos pronúcleos.

2. No se podrá investigar ni manipular con embriones, aunque la pareja de quien provienen los gametos hubiera dado su consentimiento. No olvidemos que hemos establecido que el interés preeminente en estas prácticas es del hijo o embrión, de modo que a éste debe encauzársele su potencialidad biológica en condiciones tales que puede llegar a nacer.

3. Completamente prohibido y sancionable con todo rigor la implantación de un embrión humano en otras especies animales, y al *contrario*, también terminantemente prohibido, del mismo modo, la fusión de un gameto humano con un gameto de especie animal, estará también prohibido. Constituye un lesivo y afrentoso atentado a la dignidad humana.

4. Asimismo debe prohibirse, como también expresé en mi informe, *la mezcla de semen* proveniente de distintos hombres.

— *En torno al peculiar status jurídico del embrión, su manipulación.*

A mi juicio, recapitulando ideas, creo que deberá observarse lo siguiente:

1. Ninguna manipulación y experimentación podrá ser efectuada sobre el embrión si no es con la finalidad de llegar

a su objeto *teleológico*, que es el *nacimiento*, y fuera necesario ayudar al tratamiento de afecciones que pudiera tener; sólo en este supuesto es lícita la manipulación.

2. Los embriones viables no pueden ser objeto nunca de ningún acto de experimentación o manipulación genética. En tal sentido, no pueden ser mantenidos artificialmente con vida con la sola finalidad de experimentar con ellos. Y mucho menos, no pueden ser objeto de intervenciones no terapéuticas con la finalidad de modificar los componentes de su personalidad.

*Las experimentaciones sólo podrán ser efectuadas cuando el embrión hubiera muerto, y contando con el consentimiento de la pareja de quien proceden los gametos. La muerte no tiene que haber sido voluntariamente provocada o precipitada y, en este sentido, el fallecimiento tiene que ser constatado por investigadores científicos que no pertenezcan al equipo que ha utilizado el embrión*¹⁹.

3. Los embriones viables vivos y los *muertos* no pueden ser objeto de ningún *comercio, ni tampoco objeto de contrato* a título oneroso o gratuito, bajo penas de *sanción e inhabilitación profesional*.

— *Embriones sobrantes.*

Esto sucede porque se produce una estimulación ovárica de la mujer destinada a producir varios óvulos, de suerte que va a disponerse de más de tres embriones, que son los aconsejados. Por eso, la regla general debería ser que el número de embriones quede estrictamente limitado al número necesario para lograr la procreación; si es posible, todos los embriones deberían ser implantados²⁰.

19. En este punto aconsejamos la lectura de la "Proposition de loi relative aux prelevements d'organes et aux experimentations sur l'enfant conçu, Présentée par MM. Francis PALMERO, Georges LOMBARD et Jacques MACHET, N.º 238 SENAT (Seconde session ordinaire de 1984-1985)".

20. Acerca de este extremo, el Grupo de trabajo de la DGRN (M.º de Justicia) op. cit. (problemas civiles de la inseminación artificial y la fecun-

En mi opinión, los centros hospitalarios habilitados al efecto para estas técnicas de reproducción humana *no pueden crear embriones* si no tienen como razón *última su implantación uterina*. A mi juicio, la *congelación* de los embriones está justificada cuando fuera necesario realizar posteriores trasplantes en la pareja receptora debido *a un fracaso inicial*, o cuando la pareja hubiese hecho saber su deseo de tener algún hijo más en el futuro, evitándose así las incomodidades del tratamiento FIVTE; incluso para donarse a otra *pareja*, ante lo cual nos hallaríamos en presencia de una adopción *pre natal*. Sin embargo, desgraciadamente en el proyecto que ha enviado recientemente el Consejo de Ministros al Congreso de Diputados sobre la reforma de la adopción (21-II-1986) no se alude a este extremo referido a la posibilidad de la adopción del *non nato*, evento que cobrará especial y decisiva importancia cuando se apruebe la ley de la inseminación artificial humana y fecundación *in vitro*. Es necesario, a mi juicio, que se tipifique el supuesto de la adopción *prenatal*. En este punto me parece acertada la inclusión de la proposición de ley del *grupo popular* (15-I-1986). Así decía el art. 175 de la mentada proposición de ley: «Sólo pueden ser adoptados los menores de edad, salvo en los supuestos siguientes: a) el concebido y no nacido, siempre y cuando medien los consentimientos previstos en el artículo siguiente, y no existiendo acción en cambio de los padres del adoptando en las cuarenta y ocho horas siguientes al momento del alumbramiento».

En otro punto y aparte del mentado precepto establece que para el supuesto contemplado en el apartado a), se creará al efecto, en los juzgados de familia, un registro especial en el que constarán de manera confidencial los datos del pro-

dación *in vitro*). En particular el Grupo de trabajo rechazó el supuesto de crear embriones para otros fines o para ser recibidos por vía de adopción y sin que ninguno de los gametos sea de la pareja adoptante (creación de hijos por encargo). ¿Cuál debe ser el destino de los gametos sobrantes? Si el esperma o los ovocitos han sido dados para un destino determinado, debe entenderse, salvo que no conste otra cosa, que la voluntad de las personas de que provienen es que si no son aplicados a este destino, los gametos *deben* ser destruidos. Esta voluntad vincula gravemente al establecimiento.

genitor o progenitores dispuestos a dar a su hijo en adopción y los de los futuros adoptantes, siendo competencia exclusiva de la autoridad judicial la aplicación del mencionado apartado a) a efectos de iniciar los trámites para la adopción.

Con respecto a la posibilidad de que una pareja pueda conservar almacenado un embrión sobrante (cuando se han fecundado con éxito más óvulos de los necesarios), la pareja podrá someterse a un nuevo embarazo dentro del límite que la Comisión Nacional establezca como más prudente; *transcurrido* el mismo, la decisión sobre la utilización del embrión competaría a la dirección del centro hospitalario, siguiendo las oportunas directrices que marque la Comisión Nacional. Asimismo, cabe el acuerdo de la pareja de quien proceden los gametos para que sean aplicados a otra pareja, entonces estaríamos en presencia de la aludida adopción prenatal; pero si el hijo nace con malformaciones congénitas, no cabrá nunca exigir responsabilidades a la pareja donante, ni tampoco cualquier otra responsabilidad, es decir, que la *adopción sería irrevocable*.

Debe quedar claro que el *destino último* del embrión debe ser su implantación uterina, si no es en la propia pareja portadora de los gametos, en otras que acudan al tratamiento de la FIVTE. No deberá experimentarse con ellos a los exclusivos fines de pura manipulación genética y menos eugenésica.

Con respecto a la cuestión que pueda suscitarse si antes de implantarse el embrión en la pareja deviniera cualquier circunstancia, v. gr., separación, nulidad, divorcio, ausencia declarada, declaración de *fallecimiento*, declaración de incapacidad, será el propio centro hospitalario quien, siguiendo las pautas de la Comisión Nacional, decida en el caso concreto el destino efectivo del embrión, que debe ser su implantación uterina, pero nunca investigar con ellos bajo ningún concepto y con las sanciones correspondientes. Sólo puede investigarse con los embriones cuando éstos hubieran muerto.

En tal sentido, de esta manera se evitan las dudas sobre si, en caso de muerte, sea el supérstite quien decida, o en

caso de separación, divorcio, tuviera que ser el juez a quien le competiera la facultad de atribuir la decisión al padre o a la madre, como ocurre en supuestos normales de desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad. Ciertamente, en materia tan delicada y que tan íntimamente afecta a la persona, no cabe delegar la solución a la susodicha desavenencia al juez y, por ende, no son válidos los criterios estipulados en los artículos 156 y siguientes del Código Civil.

10. INSEMINACION HOMOLOGA POST MORTEM

En torno al análisis de esta cuestión, una primera argumentación que personalmente comparto incidiría en la ilicitud de la inseminación *post mortem*. Entre otras razones, porque es un derecho indeclinable del hijo acceder, por lo menos abstractamente, a un padre y a una madre. Asimismo, calificado como extramatrimonial, no creo que pudiera plantear la reclamación de la filiación paterna matrimonial (art. 131 y ss. del Código Civil), ni que tampoco fuere considerado como un legitimario preterido en el testamento del causante (art. 814).

Considero que es válido el argumento según el cual sería matrimonial a los *efectos personales*, y *no matrimonial*, cual si se tratara de *padre desconocido*, a los efectos patrimoniales.

Si admitiésemos la inseminación *post mortem*, ¿deberíamos aceptar del mismo modo la *fecundación in vitro post mortem*? Es decir, el supuesto de que la mujer hubiese fallecido, pero se hubiera congelado el óvulo y se fertilizase *in vitro* con el esperma de su esposo, para después implantarse en el útero de una tercera persona el embrión resultante. Obviamente, no tiene sentido forzar el principio de igualdad hasta estos extremos.

Aunque biológica o genéticamente este hijo fuera portador del material genésico del causante, a la sazón su progenitor biológico, pienso que al disolverse el vínculo y no estar con-

cebido al fallecer aquél en el seno materno del cónyuge superviviente, no puede desencadenarse para el *concepturus* una presunción de paternidad *mortis causa sine die*, dado que repugna a la conciencia social que quedase al arbitrio o discrecionalidad del cónyuge sobreviviente el momento de proceder a la *operación inseminatoria*.

Una segunda línea argumental decantaría su razonamiento en pro de considerarlos como matrimoniales, si consta la voluntad por escrito —bien sea en testamento o en documento público— que en caso de fallecimiento dé su consentimiento a la inseminación *post mortem*. Así, cuando esto ocurra, el centro hospitalario debe obligatoriamente restituir el depósito efectuado. Ahora bien, deberá probarse que en este centro hospitalario se llevó a cabo la fecundación con los gametos del depositante, es decir, en el supuesto con el espermatozoos y óvulo del causante.

Lógicamente, aquel consentimiento que aquél otorgara será *revocable* hasta el día de su fallecimiento. A este respecto, una reciente proposición de ley francesa establece que el hijo concebido por inseminación *post mortem* tiene por padre al marido difunto cuando éste ha expresado su voluntad por acto notarial, siempre este acto revocable ante notario hasta el día de su fallecimiento²¹.

Si se admitiera la licitud de la inseminación homóloga *post mortem*, deberá producirse el nacimiento en un plazo prudencial y no deben existir conflictos de paternidad, es decir, que no se desencadene una presunción de paternidad si la viuda hubiera contraído nuevo matrimonio después del óbito.

En este sentido el grupo de trabajo de la DGRN (problemas civiles sobre estas cuestiones) establece que el plazo prudencial debe ser el año de luto (puede ser prudente señalar un plazo más breve en que nada pueda hacerse a fin de evitar

21. "Proposition de loi relative aux conséquences juridiques de l'insemination artificielle post mortem, présentée par M. Francis Palmero (sénateur) N.º 257 Senat seconde session ordinaire de 1984-1985".

una decisión precipitada de la viuda), y trescientos días más. El grupo de trabajo pensó que ese tiempo podría ser suficiente en ciertos supuestos (por ejemplo, enfermedad temporal de la viuda). Se admite, por eso, que el plazo podría ser prorrogado por el juez, mediante justa causa²².

El plazo, por tanto, puede oscilar entre las siguientes variantes: un año de luto, es decir, disuelto el matrimonio, después de transcurridos los trescientos días se empezaría a computar el año, o un plazo más breve; de todas formas, si se aceptara la licitud de la inseminación homóloga *post mortem*, considero más sensato que sea el Comité Nacional de seguimiento y control de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, que deberá estar constituido en breve plazo, quien decida este tipo de cuestiones específicas, y desempeñando sus funciones como expresa el informe de la Comisión especial de estudio de estas cuestiones en el Congreso de Diputados, en línea con lo establecido en la Ley de Fomento y Coordinación de la Investigación Científica y Técnica, la Ley General de Sanidad y con el resto de la legislación vigente.

Consecuentemente, admitido lo anterior, debería redactarse de nuevo el artículo atinente a la presunción de paternidad (art. 116 Código Civil), que quedaría redactado así: «Se presumen hijos del marido los recién nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges». En caso de inseminación *post mortem*, la presunción de paternidad no será aplicable al hijo nacido más allá de 665 días (300+1 año de luto); o, si se establece un plazo más breve, por ejemplo 180 días, entonces $300+180=480$ días, siguientes después del fallecimiento del marido donante (del gameto depositado e identificado en el centro hospitalario).

Es decir, que, salvo imponderables fortuitos, la inseminación homóloga *post mortem* deberá practicarse como regla

22. En este sentido el Grupo de trabajo de la DGRN (problemas civiles sobre estas cuestiones).

general en el plazo establecido *ad hoc*, después del fallecimiento, salvo que por justos motivos pudiera prolongarse dicha operación inseminatoria en el cónyuge superviviente (v. gr., enfermedad, etc.). En estos supuestos entiendo que es coherente que la autoridad judicial decida la ampliación del plazo previo informe de la Comisión Nacional de seguimiento y control de IAD y FIVTE.

Finalmente, siempre cabe la posibilidad, si no se cumplen los requisitos estipulados, que en aplicación del art. 127 del Código Civil pueda investigarse la paternidad, a través del juicio declarativo ordinario de menor cuantía (art. 484, 2.º, LEC). Por ejemplo, en el supuesto aludido precedentemente de que la viuda hubiera contraído nuevo matrimonio sin respetar el plazo legal, con lo cual se produciría la *turbatio sanguinis*, y consiguientemente un conflicto de paternidades que tendría que ser resuelto trayendo a colación en el proceso de investigación de la paternidad las pruebas biológicas.

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE