

## DERECHO, PROCREACIÓN Y ÉTICA

### LA FILIACION EN EL CASO DE LA UTILIZACION DE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA (1),(2).

Gabriel García Cantero

Catedrático de Derecho Civil, Univ. de Zaragoza

Al estudiar las clases de filiación en el & CXXVIII se remitió al tratamiento que en un apartado específico se efectuaría de los problemas suscitados en el Derecho de Filiación por aplicación de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida. Se ha enfatizado -no sin fundamento- que el 25 de julio de 1978, fecha del nacimiento de la niña Louise Brown, como resultado de una fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (FIVET), constituye un paso decisivo de la Revolución biológica hacia la segunda gran transición de la humanidad, junto a la nueva tecnología del DNA, "ingeniería genética" o "bioingeniería" (3). En realidad, a lo largo de este siglo, se han realizado no pocos descubrimientos científicos, relacionados con la reproducción humana, que han incidido, en mayor o menor medida, en el Derecho de la Filiación, tales como los contraceptivos (que permiten el ejercicio de la sexualidad sin procreación, esto es, sin «riesgo»), y, sobre todo, las pruebas biológicas que con elevado grado de fiabilidad permiten

determinar una paternidad o maternidad discutidas; estas últimas se encuentran en la base del gran movimiento de reforma de la filiación, desarrollado en los países occidentales en la segunda mitad del presente siglo y que puede decirse que acaba de concluir. Pero esta «nueva Revolución biológica», al desconectar el fenómeno reproductor humano del ejercicio de la sexualidad, viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes, hace inservibles costosas conquistas legales que se acababan de lograr, subvierte las bases, no sólo del *Ius Filiationis*, sino de todo el Derecho de Familia y el de Sucesiones. Sorprende la enorme rapidez de su propagación cuando no ha estado apoyado por grandes campañas ante la opinión pública, sino únicamente por lo que puede calificarse exclusivamente de *lobby* científico con apoyo de los *mass media* que se han ocupado de airear los casos más espectaculares.

Sin embargo, el punto de partida no puede ser más sencillo, pues se trata de buscar un remedio a la esterilidad conyugal, calculándose que en España son estériles entre un 10 y un 13 por 100 de todas las parejas en edad fértil, es decir, aquellas cuyas edades oscilan entre los 15 y los 49 años. De este porcentaje de parejas estériles, un 20 por 100 aproximadamente pueden ser tratadas por inseminación artificial, y un 40 por 100 lo

pueden ser por fecundación *in vitro* y transferencia de embriones (4).

Con todo, la aparente convicción de que todo lo científico o técnicamente posible, es lícito moral y jurídicamente, ha suscitado una dinámica expansiva generadora de fuertes discrepancias y de una generalizada oposición, con obvios matices, de la doctrina civilista, dentro y fuera de España, como lo atestigua la selección bibliográfica recogida al comienzo de este apartado.

1. *Alteraciones que las nuevas técnicas de reproducción humana asistida pueden originar en el Derecho de la persona, de la familia y de las sucesiones.*

En primer lugar, el derecho de la personalidad del nacido (art.10 de la C.E.), pues la persona humana nunca puede ser resultado de un proceso de manipulación técnica o biológica, sino fruto del amor de sus progenitores. Expresiones tales como *New ways of making babies* (subtítulo de una obra de Singer y Wells, Oxford, 1984) o, *La fabbrica della vita* (debidamente a Nossall, Bari-Roma, 1987) o *The fabricated man* (empleada hace algunos años por Ramsey, Yale University Press, New Haven, 1971) no son, ya, de ciencia-ficción, como pudo serlo, en su día, *Brave new World* de Huxley.

Pero también puede afectar a la personalidad de los progenitores, quienes ya no son quienes deciden sobre el ser que desean traer a la vida, sino que decide por ellos el equipo médico responsable de las técnicas aplicadas (5).

Cambia decisivamente la noción para el Derecho de acto procreador, el cual ya no es algo perteneciente a la más rigurosa intimidad de los progenitores, sino que se efectúa

con una cierta publicidad, con intervención de terceros, siendo comprobable científicamente. Cambia el modo de aplicar las presunciones de duración mínima y máxima de gestación, pues se conoce el *dies a quo* científicamente determinado y el término final será el del alumbramiento efectivo.

Entra en juego el derecho a la vida; en primer lugar, del concebido en virtud de tales técnicas, las cuales no son, todavía, seguras en su resultado, y cualquier negligencia o impericia de los técnicos intervinientes pueden malograr su actuación; en segundo lugar, de los embriones -«preembriones» según la equívoca terminología legal- que se obtienen para «asegurar» el embarazo, o que sobran y pueden destruirse, con olvido de que, según el T. C. desde el momento de la fecundación hay una vida humana que debe ser jurídicamente protegida (6).

Al permitirse la utilización de estas técnicas a las parejas no casadas se produce una nueva desconsideración legal al matrimonio como institución social y jurídica, pues el legislador se muestra indiferente al hecho de que el nuevo ser venga a un hogar no legalmente constituido. Al autorizarse la inseminación de mujeres solas la ley viene a convertirse en una «fábrica de seres marginados», pues permite dar la vida a seres que no podrán tener padre legal, originando una flagrante discriminación en razón al nacimiento que choca frontalmente con el artículo 14 de la C.E.

Se incrementa considerablemente el número de ficciones o presunciones legales *iuris et de iure*, con notable alejamiento de la verdad biológica, que había sido uno de los objetivos más intensamente reivindicados bajo el régimen anterior de filiación.

Se crean nuevos conceptos de paternidad y de maternidad, difícilmente encajables en las categorías actuales.

Se crea una nueva categoría de hijos post-póstumos, con violación de la regla sucesoria que exige sobrevivir al causante para heredarle.

Se dicta un régimen que pone en duda el respeto al *bonum filii* como principio constitucional.

Se imposibilita, vedándole, la libre investigación de la paternidad en gran número de actuaciones, con desconocimiento del artículo 39 de la C.E. y de la Ley de 13 de mayo de 1981 dictada en su desarrollo.

En resumen, a los seres nacidos en aplicación de tales técnicas, se les prohíbe conocer su identidad, lo que supone ignorar sus orígenes paterno y materno. Ello explica las grandes dudas surgidas en España sobre la constitucionalidad de la ley que las ha regulado (7).

## 2. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

Su *iter legislativo* se inició con unos trabajos previos y un amplio *Informe* de una Comisión Parlamentaria especial de estudio sobre fertilización extracorpórea, constituida en 1985, en cuyo momento se solicitó el cambio de denominación aceptándose la de «Comisión especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y de la Inseminación Artificial Humana». Esta Comisión escuchó informes de Biólogos (Domingo Solans, Egózcue Cuixart, Lacadena Calero, Rubio Cardiel), Ginecólogos (Barrio Ragué, Bilbao Beótegui, Caballero Peregrín, Botella Llusia, Calaf Alsina, Dexeus Trias de Bés, Guerra Flecha, Iglesias Guiu, Ochoa Marieta, Pereda González, Piga Rivero, Usandizaga Beguiristain, Vanrell

Díaz), juristas (Albaladejo, R. Bercovitz, Castedo, Gimbernat, Lacruz, Lledó, Montés, De la Oliva, M<sup>a</sup> Dolores Pelayo, Quintero, Sancho Rebullida) y Filósofos y Moralistas (Abel Fabrè, Gafo Fernández, Hervada, Higuera Udías, Hortal Alonso, Rubert de Ventós, Souto, Vidal García). Estos materiales sirvieron de base a la proposición de ley del P.S.O.E. objeto de numerosas enmiendas que mejoraron el texto; aunque se critica la precipitación con que se acometieron algunos de sus trámites parlamentarios (8).

El resultado ha sido la más atípica de las leyes de reforma del Derecho de Familia, pues no es desarrollo del texto constitucional sino, más bien, parece querer ser modificación o adaptación de aquél a la nueva realidad de los prodigiosos avances realizados en el campo de la reproducción humana (aunque en el preámbulo se aluda de pasada a los «contenidos constitucionales»); sólo en parte tiene aspectos civiles -eso sí, de influencia decisiva en el Derecho de la Filiación-, completándose con numerosas disposiciones de carácter administrativo-sanitario.

Como ya he adelantado, se trata de una ley polémica -como dice Rivero Hernández (9)- en cuanto que, por razón de la materia y bienes jurídicos que trata, ha debido tomar partido sobre extremos controvertidos de nuestra realidad social: valor y tratamiento jurídico de los gametos, pre-embriones y embriones humanos; quiénes pueden tener acceso a estas técnicas de reproducción: ¿parejas no casadas?, ¿mujer sola?; admisibilidad, o no, de la fecundación artificial *post mortem*, maternidad subrogada, y un largo etcétera de cuestiones conflictivas en diversos órdenes (ético, individual, social, jurídico). Se

denuncian no pocos errores de técnica jurídica (por ejemplo, hablar de la posibilidad de una donación lucrativa o comercial, en el artículo 5.3; o de cónyuges separados por sentencia firme de divorcio, en el artículo 6.3), así como sensibles lagunas de regulación (por ejemplo, si el donante está realmente inmune a toda acción de reclamación de la filiación o si el propio hijo puede impugnar su filiación reclamando la del padre biológico) (10). En general, se hace notar el difícil encaje de sus preceptos con los de la legislación civil y registral.

A) *Principios generales.*-Bajo este enunciado se enumeran una serie de reglas, no todas de carácter jurídico, y sólo algunas de estricto carácter civil.

a) Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer ó la posible descendencia. Se trata de una norma de la *lex artis* médica cuya violación puede fundar una eventual acción de responsabilidad civil interpuesta por la madre o el hijo por daños, malformaciones, etc.

b) Tales técnicas sólo se practicarán en mujeres mayores de edad, y en buen estado de salud psico-física, que las soliciten y acepten libre y conscientemente. El consentimiento de la mujer es fundamental, está rodeado de especiales requisitos, y una vez prestado produce importantes consecuencias jurídicas. La falta de consentimiento configuraría un delito, previsto en el artículo 5.5,

c) Por parte de los Establecimientos sanitarios autorizados para practicarlas debe ofrecerse con carácter previo, información y asesoramiento a quienes deseen recurrir a ellas, así

como a los donantes de gametos, la cual deberá recaer sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas reproductivas, resultados, riesgos y cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionen con las mismas. Se trata de una obligación de carácter principalmente administrativo-sanitario, pero que eventualmente puede tener trascendencia civil.

d) La aceptación se reflejará en un formulario, o protocolo, de contenido uniforme, recogiendo en historias clínicas individualizadas, de carácter reservado, debiendo observarse el más estricto secreto de la identidad de los donantes, la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias concurrentes en el origen de los hijos así nacidos. Se trata de una de las claves de bóveda de la ley, objeto de ulterior desarrollo.

e) Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. Su violación es una de las infracciones muy graves previstas en el artículo 20.

f) Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerados científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo. Normas, en principio, de carácter médico, pero en íntima relación con el derecho a la vida, tanto de los «sobrantes» (destinados a la crio-conservación por un máximo de cinco años), como de los implantados destinados con seguridad a morir. De aquí que la objeción de conciencia pueda ser legítimamente alegada por el personal médico (11).

B) *Modalidades de las técnicas de reproducción humana asistida.* Siguiendo a Pantaleón (12), pueden anunciarse las siguientes:

**a) Inseminación artificial homóloga.-** Tiene lugar exclusivamente con semen del marido o compañero, incluso en el especial supuesto de autorización *post mortem*.

**b) Inseminación artificial heteróloga.-** Tiene lugar con semen de varón diferente del marido o del hombre con quien convive, incluso realizada *post mortem*.

**c) Fecundación «in vitro» homóloga.-** La fecundación del óvulo de la mujer se produce en el laboratorio, exclusivamente con semen de su marido o del hombre con quien convive, con posterior transferencia al útero de aquélla; como en el caso anterior puede producirse *post mortem*.

**d) Fecundación «in vitro» con semen de donante.-** Es indiferente la situación de la mujer (puede estar casada o convivir con un hombre, o estar sola); lo fundamental es que su óvulo es fecundado con semen de donante anónimo y luego transferido a su útero.

**e) Fecundación «in vitro» con donación de óvulos.-** El semen puede ser del marido o compañero con quien convive, o de un donante anónimo; lo fundamental es que también el óvulo es de otra mujer distinta de aquella en quien se implanta después de la fecundación; se da a luz un ser al que únicamente se ha gestado.

La Ley en su artículo 1º utiliza las siguientes abreviaturas: «I.A.»=Inseminación artificial.

«F.I.V.»=Fecundación *in vitro*. «T.E.»=Transferencia de embriones. «T.I.G.»=Transferencia intratubárica de gametos.

El artículo 20.B.h) considera faltas muy graves el hecho de «mezclar semen de distintos donantes, para inseminar a una mujer o para realizar la F.I.V.T.E., así como utilizar

óvulos de distintas mujeres para realizar una F.I.V.T.E. o la T.I.G.». Igualmente «la creación de preembriones con esperma de individuos diferentes para su transferencia al útero» [art. 20.B.t)], así como «la transferencia al útero en un mismo tiempo, de preembriones originados con óvulos de distintas mujeres» (art. 20.B.u).

**C) Los consentimientos requeridos por la Ley.-** Son varios y de distinta naturaleza y efectos, pudiendo servir para atribuir por determinación de la ley una paternidad que no corresponde a la verdad biológica.

La ley enumera los siguientes:

**a) El consentimiento de la usuaria de las técnicas** (art. 6.1.).

**b) El consentimiento del marido** (art. 6.3).

**c) El consentimiento del marido para que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer** (art. 9.2).

**d) El consentimiento del varón que convive sin estar casado con la usuaria de las técnicas** (art. 6.4).

**e) El consentimiento del varón no casado para la fecundación *post mortem*** (art. 9.3).

**f) El consentimiento del donante de gametos o preembriones** (art. 5).

**a) El consentimiento de la usuaria de las técnicas.-** La ley ha tenido que tomar partido ante la problemática que plantea el acceso legal a estas técnicas de reproducción humana. A diferencia de la procreación natural, no basta la actuación de los progenitores solos, sino que es indispensable la mediación de un equipo médico. Correspondía al legislador fijar los requisitos de acceso a los establecimientos sanitarios autorizados para emplear aquéllas. La ley de 1988 no se ha limitado a

autorizar su uso a los cónyuges, como hubiera sido lo lógico si se hubiera cumplido estrictamente la finalidad prevista en el artículo 1.2 «remedio a la esterilidad humana», pues sólo el matrimonio es el cauce legal para la procreación, siendo el único que asegura al nuevo ser un medio adecuado para su ulterior desarrollo. Como la ley no exige imprescindiblemente que la mujer esté casada, la doctrina deduce que la pareja no casada, sea cualquiera el tiempo y las características de estabilidad o fugacidad de tal relación, pueden acudir a las mismas. Se trata de otra manifestación del favor que la ley dispensa a la unión no matrimonial, con posible perjuicio para el ser así procreado (13). Finalmente, la ley da un paso adelante y permite la inseminación de mujeres solas, con lo cual se convierte, de hecho, en una «fábrica de marginados», pues se trata de un supuesto que la doctrina anglosajona denomina *one parent family*, condenando al ser así procreado a no tener padre (14).

La regla general se formula en el artículo 6.1: «Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas, de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.» Añade el 6.2 que tiene derecho a ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada; esta última advertencia dirigida a los establecimientos sanitarios tiene escasa justificación a la vista del artículo 1.1 que sólo autoriza a realizar tales prácticas «cuando estén científica y clínicamente indicadas», no pareciendo posible, si resultan con-

traindicadas en razón a la edad de la mujer, pueda ésta exigir que se la practiquen.

Según el artículo 2.4 «la mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición».

Obsérvese que el consentimiento previo de la mujer es determinante de la atribución de la maternidad del hijo que dé a luz, con el carácter de matrimonial, si está casada, o de no matrimonial en otro caso (también si, estando casada, su marido no ha consentido).

También se le atribuye la maternidad en el caso de que el óvulo fecundado, que le ha sido implantado, procede de otra mujer, dado que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (art. 10.2).

Prestado el consentimiento, es irrelevante el deseo o voluntad de la mujer, en relación con la filiación (15).

El consentimiento de la mujer es un acto personalísimo, perteneciente al Derecho de familia, y no puede ser prestado por representante, ni voluntario, ni legal (en este último caso carecería de la plena capacidad de obrar que exige el art. 6.1).

b) *El consentimiento del marido.*-Dice Rive-ro (16) que la exigencia de tal consentimiento está bien justificada, pues la inseminación artificial de la mujer casada sin el consentimiento de su marido sería una grave deslealtad (infidelidad moral y jurídica), una falta de respeto a su esposo que podría dar lugar a la separación y al divorcio, sin perjuicio de otras consecuencias. Cuando se practica una I.A. homóloga, la ley no determina las consecuencias jurídicas, debiendo entenderse que, por aplicación de] régimen general, el hijo será matri-

monial pudiéndose utilizar, caso de impugnación, toda clase de pruebas. Es el supuesto que plantea menos problemas jurídicos aunque no deja de haber reservas éticas (17).

En el caso de inseminación heteróloga, el consentimiento del marido tiene el efecto que establece el artículo 8.1, es decir, prohibición legal de impugnar la filiación matrimonial del hijo habido por consecuencia de estas prácticas. Obsérvese que el consentimiento del marido lo es directamente para que su esposa sea inseminada con semen de donante anónimo; pero de este consentimiento la ley deduce una filiación matrimonial inimpugnable, viniendo a ser la cobertura legal de un supuesto de discordancia entre la paternidad genética (indemostrable por el anonimato riguroso regulado por el artículo 5.5) y la nueva paternidad creada por la ley (una especie de adopción no sujeta a trámite). Será, con mucho, el *supuesto normal* de esta procreación artificial, y constituye una ficción o presunción *iuris et de iure* impuesta por la ley.

Con evidente incorrección, dice el artículo 6.3, que el consentimiento del marido no será necesario cuando «estuvieron *separados por sentencia firme de divorcio* o separación, o de hecho o de mutuo acuerdo que conste fehacientemente». La falta de consentimiento marital originará que el hijo sea extramatrimonial de la madre, de suerte que si la madre lo inscribe como del marido, podrá impugnar éste su paternidad según las reglas comunes. La regulación legal, a todas luces insuficiente, no ha disipado las dudas que antes de la aprobación de la Ley avanzaba Delgado (18).

c) *El consentimiento del marido para la fecundación «post mortem»*.-La ley en su artículo 9.1, dicta una prohibición general: «No podrá

determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.» Dijérase que, consciente el legislador de la necesidad de respetar las reglas de sucesión *mortis causa*, así como de las posibilidades reproductoras después de la muerte del padre biológico, ordena no atribuir ningún efecto legal a la fecundación *post mortem*. Pero esta muestra de sensatez legislativa se desmiente a continuación al disponer en el artículo 9.2: «El marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.»

Biológicamente el hijo es del marido, pero no sería matrimonial por nacer probablemente fuera del plazo de 300 días que establece el artículo 116 del Código civil. Es dudoso que pudiera utilizarse una prueba de postmaduridad para que jugara el plazo máximo de gestación. El supuesto es rigurosamente nuevo, ha saltado a las páginas de la prensa francesa (*affaire Parpalaix*), y su aplicación supone la derogación de una regla fundamental de la sucesión testamentaria (el heredero debe sobrevivir al causante). ¿Dará lugar a la aplicación analógica de las medidas ex artículo 959 del Código civil? Es un consentimiento formal y expreso, con un objeto bien determinado (fecundación de su viuda con su semen depositado en determinado establecimiento sanitario); es un acto

personalísimo de Derecho de Familia que, excepcionalmente, va a producir efectos después de la muerte de su autor (análogo al reconocimiento de filiación en testamento). Rivero critica la brevedad del plazo para utilizar la autorización del marido por parte de su esposa (19); ¿y si, mientras tanto, ha vuelto a contraer matrimonio? ¿o si el nuevo marido autoriza, a su vez, la I.A.D. de la bínuba? La nueva ley no ha previsto ningún conflicto de sus presunciones, como sabemos, singularmente enérgicas. *d) El consentimiento del varón conviviente con la usuaria.*-La doctrina suele referirse al varón conviviente *more uxorio* con la usuaria de estas técnicas, pero la Ley, en realidad, no requiere ningún presupuesto de convivencia, de modo que parece contentarse con un «reconocimiento de complacencia», alguien que ofrezca cobertura paterna a una filiación sin padre legal. Dice el artículo 6.4: «El consentimiento del varón, prestado antes de la utilización de las técnicas, a los efectos previsto en el artículo 8º apartado 2, de esta Ley, deberá reunir idénticos requisitos de expresión, libre, consciente y formal.» Por su parte, dispone el artículo 8.2: «Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas.» Con acierto dicen Díez-Picazo y Gullón (20) que es muy difícil, por no decir imposible, considerar como escrito de reconocimiento de la paternidad el escrito consintiendo la fecundación de una mujer con el semen de un ter-

cero, porque, en rigor, el autor del documento que está haciendo es reconocer que la paternidad no es suya. Ficción legal *contra natura rerum* por cuanto que la ley asigna a tal escrito la atribución de la responsabilidad y rol social de padre.

*e) El consentimiento de varón no casado para la fecundación «post mortem».*-Por mimético paralelismo con la autorización de fecundación *post mortem* concedida por el marido, el artículo 9.3 dispone: «El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil.» Dice Rivero (21) que aquí el legislador no ha dado valor de reconocimiento al consentimiento específico para la I.A.D. y la F.I.V. *post mortem*, de modo que el único camino es la utilización del expediente registral o la reclamación judicial de paternidad. Como también decíamos en el caso c), aquí no hay base para determinar una filiación extramatrimonial porque el hijo nace a los once, doce o catorce meses de fallecido el supuesto padre; pero si el marido expresa su consentimiento en escritura pública. o testamento, se permite declarar en su respecto la filiación no matrimonial, con efectos fundamentalmente sucesorios. Obsérvese que la ley sólo habla de «varón no unido por vínculo matrimonial», sin requerirse ningún plazo de convivencia.

*f) El donante de gametos o preembriones.*-Cabe decir sin exageración que la efectividad de la Ley de 1988 pivota en buena parte sobre la persona que «dona» los gametos o preembriones para la práctica de la I.A.D. y de la F.I.V.T.E. Si la pareja es estéril por causa del

varón, se le sustituye por otro que previamente ha depositado su esperma en un Centro autorizado. Si la causa es de la mujer, y llega a tales extremos que impide la ovulación, se toma un óvulo de otra donante y se fecunda con semen del marido (eventualmente de un tercero); si la gestación llega a término, habrá alumbrado un hijo que genéticamente es de otra mujer.

No hay persona, el secreto de cuya identidad esté mejor protegido, que el «donante» en los supuestos anteriores, cuya contribución es imprescindible para aplicación de las técnicas de reproducción asistida. El anonimato es un medio para inmunizarle de las acciones de reclamación de paternidad -eventualmente, de maternidad- que podrían interponerse en su contra, con arreglo a la legislación del Código civil.

El artículo 5.6 requiere que tenga más de 18 años y plena capacidad de obrar, debiendo someterse, en cuanto a su estado psicofísico, a un protocolo obligatorio de carácter general que incluirá .las características fenotípicas, del donante y la previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciones transmisibles. El único consentimiento que le exige la ley es el prestado para la donación de su material reproductor, realizada por escrito en favor del Centro autorizado. Sólo esta donación, y no cualquier otra, permite beneficiarse de la privilegiada posición jurídica que configura la ley. Con deficiente técnica jurídica se dice que «la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial». Es irrevocable, salvo que el donante, por imposibilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados que estuviesen disponibles.

Al margen de las interesantes cuestiones doctrinales aquí implicadas (22), me interesa subrayar que el consentimiento prestado para tal donación -el cual habrá de ser informado por el Centro de los fines y consecuencias del acto- le hace inmune a las acciones de reclamación de filiación que pudieran interponer la madre, su marido o el varón conviviente con aquélla, que hubieran consentido previamente en la utilización de la procreación artificial. Pero no se le exige ninguna renuncia a la paternidad que, como Delgado recuerda, es irrelevante en el régimen general de la filiación (23)-, ni se contemplan modalidades o determinaciones de tal voluntad de donar (por ejemplo, condicionamientos a inseminar a determinada clase de mujeres, o especial destino de su esperma a otras). Tampoco se toma en cuenta una posible voluntad de reconocer como hijo al nacido de su semen. Hay aquí otra enorme ficción legal o presunción *iuris et de iure*: por el hecho de realizar una donación de esperma a un Centro reconocido, se viene a dar por hecha una renuncia con los requisitos indicados.

El indicado propósito legislativo se logra a través de una severa regulación del anonimato y secreto de la donación. Dice el artículo 5.5 que «la donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes». Elementales razones médicas y sanitarias imponen al legislador reconocer que «los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener *información general* de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos» (art. 5.5, pár.2º).

Excepcionalmente, y por concurrir circunstancias extraordinarias, se autoriza el "levantamiento del velo" sobre la personalidad del donante (comprobado peligro para la vida del hijo o prueba en proceso penal), pero tal revelación no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación (art. 8.3).

Esta regulación viola, a mi juicio, el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad que conlleva el de conocer la propia identidad, y su descendencia de padre y madre determinados. Derecho que ha respetado, Por ejemplo, el artículo 4º de la Ley sueca de 1984 sobre Inseminación Artificial.

D) *La filiación resultante de la reproducción asistida.*-Dice el artículo 7.1 que «la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo. La norma reconoce la existencia de un Derecho general de filiación, contenido en el Código civil y legislación registra], pero si se analizan bien las salvedades o excepciones, se llega a la conclusión de que la Ley de 1988 ha creado un «nuevo Derecho de Filiación», en contra y al margen de la Constitución. Preocupado el legislador por aparentar que se respeta el principio de igualdad y no discriminación del artículo 15 de la C.E., ordena en el artículo 7.2 de la Ley que «en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que puedan ingerirse el carácter de la generación». Vano empeño, Pues aunque habiendo conformidad entre los interesados, no será fácil que se conozcan los hechos de la procreación artificial, en cuanto surja la discrepancia y se impugnen las declaraciones y consentimientos prestados ante el Centro sanitario, la evidencia de aquélla saldrá a la luz pública.

Como dicen Díez-Picazo y Gullón (24), el problema que plantean estas técnicas es que permiten una diversificación entre la paternidad y la maternidad biológicas, sobre las que el Derecho de Familia tradicional descansa, y lo que la Exposición de Motivos de la Ley llama maternidad y paternidad «legales, educacionales, o de deseo». Además, mientras que desde una perspectiva biológica sólo existe una paternidad genética, la maternidad puede disociarse, pues existe una maternidad biológica plena, cuando la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo, frente a otra en que son distintas las personas que aportan los óvulos (maternidad genética) o la gestación (maternidad de gestación).

Hay que examinar los diferentes supuestos que pueden producirse:

a) Si se trata de I.A. homóloga, sea entre cónyuges, sea entre convivientes, con consentimiento del marido o del varón, la Ley de 1988 no contiene ninguna regla especial, por lo cual la filiación será la misma que si no hubieran intervenido las técnicas de reproducción artificial, si bien las pruebas que consten en el Centro sanitario vendrán a reforzar la paternidad y maternidad de los intervinientes.

b) Si se trata de I.A. heteróloga entre cónyuges, el hijo nacido en virtud de ella tiene la cualidad de matrimonial en virtud del artículo 8.1, con mayor fuerza que la derivada de la presunción del artículo 116 del Código civil, ya que el precepto establece una *denegatio actionis* respecto del marido y de la mujer que hubieran prestado su consentimiento a la procreación asistida. Con arreglo al Código civil el hijo sería extramatrimonial de la madre y del anónimo donante de semen, y aunque se inscribie-

ra como matrimonial, el marido podría impugnar su paternidad con ayuda de las pruebas biológicas. Hay, por tanto, una ampliación de la matrimonialidad por vía de ficción legal, con clara violación del artículo 39.2 de la C.E. Lo que ocurre es que la normativa es incompleta y poco clara, y así algunos autores, basándose en que la Ley no dice que el donante sea inmune a las acciones de reclamación de la filiación, concluyen que sostener tal inmunidad es conclusión muy discutible desde el punto de vista constitucional, y significa, además, una injustificada exención de responsabilidad por el hecho de la procreación (25).

Por otra parte, se ha observado que, en este caso, lo que la Ley no dice es si puede el propio hijo impugnar su filiación, reclamando la del padre biológico, donante del semen (26), si bien se reconoce que el sentido general de la Ley es excluir esa acción aunque las dificultades para llegar a esta conclusión sean notorias. Por otra parte, se observa (27) que la determinación de la filiación no deriva del conocimiento o no del progenitor, sino de una elección del legislador, por lo que se estima que no ha de verse en el cuasisacralizado anonimato del donante, su «inmunidad e irresponsabilidad respecto de su acto y en relación con el ser que posiblemente venga al mundo»; se reconoce que los artículos 8.3 y 5.5 de la Ley son contrarios a los artículos 14 y 39 de la C.E.; porque se hace de peor condición y trato al hijo nacido mediante alguna de las técnicas de reproducción asistida al negarle la posibilidad de conocer la verdad biológica, la cual no se niega a los seres nacidos mediante la reproducción natural; y se niega radicalmente la posibilidad de investigar la paternidad, vulnerando el artículo 39.2 de la C.E.; en resumen,

esta orientación doctrinal considera que no hay argumentos bastantes para impedir el anonimato del donante de semen, siempre que tal anonimato ceda en favor del hijo, cuando éste pretenda investigar y conocer su origen genético; pero, a su juicio, debiera existir una acción de investigación de la paternidad independiente de las acciones de filiación, con lo que se decanta en favor de la negativa a reconocer al hijo una acción de filiación.

Dada la regulación legal de la donación de gametos masculinos resulta prácticamente imposible que el donante de los mismos pueda conocer si con su semen ha sido fecundada una mujer y, en su caso, la identidad. El artículo 8.3 trata de cerrar todos los resquicios legales estableciendo que «la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación». La fórmula legal es igualmente poco correcta, pues lo que determina la filiación es la prueba de la filiación en un proceso *ad hoc*, y no el conocimiento de la mera identidad del donante. Ciertamente, el sentido de la Ley es impedir que el donante ejercite una acción de reclamación de paternidad en el caso de procreación asistida. Pero con la norma citada no se resuelven todos los casos; cabe pensar en un mal funcionamiento del Registro Nacional de Donantes y de los Archivos de protocolos del Centro, o en la existencia de «filtraciones» por parte del personal administrativo, o, incluso, en una donación con especificación de la destinataria, que el Centro hubiera irregularmente admitido y ejecutado; imaginemos un proceso normal de reclamación de paternidad, sin invocación de la reproducción asistida en el que el

donante-actor logra demostrar su paternidad mediante pruebas biológicas ¿será nula la determinación judicial que se haga de su paternidad?

c) I.A. en una pareja no casada. Ha pretendido el legislador un paralelismo de la regulación que dicta para el caso de los cónyuges, pero el resultado final es bastante deficiente técnicamente hablando. Si ha tomado como modelo una pareja estable que convive *more uxorio*, en la que nace un hijo por I.A. con semen de donante, resulta que no hay una presunción de paternidad del varón análoga a la del artículo 116 del Código civil, por lo cual el camino normal es el reconocimiento voluntario o la sentencia a fin de atribuir la paternidad al compañero de la madre. Como el legislador buscaba «cobertura paterna» al hijo que la mujer da a luz mediante estas técnicas, el camino lógico hubiera un «reconocimiento de complacencia». La fórmula utilizada resulta criticable desde diversos puntos de vista. En efecto, presupone «el consentimiento del varón prestado antes de la utilización de las técnicas» (art. 6.4); obsérvese que no dice «varón conviviente estable», seguramente porque el Centro sanitario no es el más adecuado para constatar hechos de esta naturaleza, siendo presumible que se limitará a recoger las manifestaciones de los solicitantes, sin más. Pero la ley habla de un «varón», luego a estos fines puede servir cualquiera que se preste a la ficción; bien es verdad que en el artículo 8.2 se habla de «varón no casado», lo que necesariamente hay que interpretar como «no casado con la solicitante», pues de otro modo habría una discriminación injustificada (un casado puede reconocer hijos extramatrimoniales, pero no podría asumir la paternidad

de un hijo procreado por estas técnicas). Ahora bien, lo que la Ley le exige es el consentimiento para que la mujer utilice las técnicas de reproducción asistida, al que se atribuye valor de «escrito indubitado» a efectos del artículo 49 de la Ley del R.C.; se trata de otra *fictio iuris contra natura rerum*, pues lo que viene a reconocer implícitamente es no haber procreado el hijo así nacido; podría calificarse de «reconocimiento de complacencia» que la Ley fomenta para dar un padre al hijo así nacido. Con acierto ha advertido la doctrina que no se repite aquí la regla del artículo 8.1, por lo que no sabemos si esta filiación puede impugnarse, o no, por los padres legales (28); para mayor confusión la norma prosigue que queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad»; pero no aclara a favor de quién: ¿del varón conviviente con la madre, del padre biológico donante de] semen? Por otra parte, como no es automático el funcionamiento del mecanismo legal, hay que reconocer al hijo acción para exigir la determinación de la paternidad respecto al varón que consintió, ejercitando el procedimiento previsto en el artículo 8.2 (29).

d) I.A. en mujer sola. La situación de la mujer puede ser, a estos efectos, muy variada: soltera, casada pero actuando sin consentimiento del marido, separada legalmente o de hecho constando fehacientemente la separación, divorciada, viviendo en convivencia *more uxorio*, pero actuando sin consentimiento del compañero. Se nos dice que hasta la promulgación de la Ley de 1988, los Centros especializados solían exigir siempre la presencia y consentimiento de un varón, pero ahora el artículo 6.1 formula el derecho incondicionado de toda mujer a utilizar las

técnicas, lo que supone a modo de reconocimiento de un derecho al hijo, sin parangón en los ordenamientos conocidos (30). El hijo que nazca tendrá el carácter de hijo extramatrimonial de la madre y respecto de él nadie podrá ser legalmente padre. Damos aquí por reproducidas las consideraciones anteriores acerca del donante de semen que debe permanecer en el anonimato por imperativo legal. El tratamiento de tal hijo es peor que el nacido de relaciones incestuosas, respecto del cual no se excluye de modo absoluto el conocimiento de la identidad de sus progenitores. Hay que cuestionarse nuevamente la constitucionalidad de la Ley de 1988 (31).

e) Fecundación *post mortem* en el caso de matrimonio. No obstante, las posibilidades de criocongelación de gametos y embriones, el artículo 9.1 prohíbe con carácter general la utilización *post mortem* de las técnicas de reproducción asistida, o, lo que es lo mismo, que «el material reproductor (del marido) no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón». Sin embargo, se permite una excepción «muy criticable desde el punto de vista de política jurídica» (32), acaso explicable *pietatis causa*, cuando el marido ha consentido en testamento o escritura pública, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer. Aquí se produce una ampliación del campo de acción de la filiación matrimonial, no en el sentido biológico (pues el hijo es del marido fallecido), pero sí jurídico por cuanto que el hijo nacerá probablemente fuera del plazo máximo de gestación del artículo 115 del Código civil. Quizá habría que evocar lo que Carbonnier denomina *effets du mariage après sa disolu-*

*tion*, ya que disuelto el matrimonio por muerte no puede hablarse ya de hijos matrimoniales. Se trata de otra insuficiente regulación, pues la Ley sólo se ocupa del consentimiento del marido, presuponiendo que la mujer acepta, al menos tácitamente, por el hecho de someterse a la I.A. Faltan normas registrales para permitir la inscripción del nacido como matrimonial, y, sobre todo, la necesaria adecuación de las normas sucesorias. Habrá que buscar nueva denominación para esta clase de postumidad (quizá la de hijo post-póstumo?). Calificada por la ley de *matrimonial*, esta filiación otorgará acciones al hijo y a la madre para reclamarla judicialmente. Los herederos del marido premuerto podrán oponerse probando el incumplimiento de los requisitos del artículo 9.2 que deben interpretarse restrictivamente, o que la fecundación no se produjo efectivamente, o que hubo error por parte del equipo médico, empleándose semen de otra persona.

f) Fecundación *post mortem* en pareja no casada. El paralelismo con el caso anterior no puede ser total, pues ni antes, ni después de la muerte del conviviente existe una presunción de paternidad. El hijo nacido después de 300 días de la muerte del varón contaría con muchas dificultades, en el régimen del Código civil, para atribuírsela a este último. Por eso la Ley en el artículo 9.3 le permite al varón dar autorización, en escritura pública o en testamento, para que su material reproductor sea utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a la mujer con que convive. En realidad, la Ley no requiere alegación, ni prueba, de la convivencia, por lo cual podría designar a cualquier mujer. Tal reconocimiento sirve de título para iniciar el

expediente del artículo 49 de la Ley del R.C. Obsérvese que el procedimiento legal depende en su iniciación de la voluntad de la madre, a quien no se ha consultado en ningún momento sobre la cuestión. La cualidad de la filiación así determinada sólo puede ser extramatrimonial. Se deja a salvo la acción de reclamación de paternidad, que deberá ser ejercitada por los herederos del varón fallecido. Parece que el propio hijo podría reclamar su filiación, aunque, si espera a la mayoría de edad, es de temer que los posibles efectos sucesorios de la misma se hayan disipado.

g) Determinación de la filiación en los casos de fecundación *in vitro*.

A modo de introducción cabe recordar con Rivero (33) que los problemas de la infertilidad masculina se resuelven normalmente con la inseminación artificial, con gametos propios o de donante. En general, la determinación de la filiación se realiza en virtud de las reglas anteriores. Sin embargo, los problemas de infertilidad femenina pueden ser más complejos, pudiendo consistir la colaboración ajena en la aportación del gameto femenino, o en la del útero, dando así origen a la maternidad subrogada o de sustitución. La determinación de la maternidad en tales casos se regula por el artículo 10, demasiado lacónico en su formulación:

«1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del

padre biológico, conforme a las reglas generales.» Dicen Díez-Picazo y Gullón (34) que la implantación a una mujer de su propio óvulo, dándose coincidencia entre maternidad biológica y genética, no plantea especiales problemas. La maternidad queda determinada por el parto y además queda biológicamente determinada con carácter inimpugnable. La paternidad se establecerá según las reglas del artículo 8º incluyéndose en alguno de los supuestos anteriormente analizados.

El hecho nuevo aportado por las modernas técnicas de procreación asistida es que puede disociarse la maternidad biológica y la de gestación, y, en el caso extremo, originar la existencia de tres mujeres implicadas en el nacimiento del nuevo ser: la «comitante» que toma la iniciativa y la decisión última y es causa primera de dicho nacimiento, la que proporciona el óvulo y la que lleva a término la gestación (35).

El legislador de 1988 ha tomado una postura decidida en este punto, pues declara nulo de pleno derecho cualquier contrato por el que la mujer gestante decline su maternidad en favor de otra, siendo irrelevante la discusión de si lo es por razón del objeto o de la causa, pues, en último término, lo es por determinación legal; entre los padres y los posibles intermediarios no hay ningún tipo de vinculación jurídica ni de obligaciones exigibles.

Aquí interesa recoger la regla de que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Madre es, por tanto, la que ha dado a luz; si ha habido donación de óvulos, se habrá aplicado el artículo 5º de la Ley, pero hay que entender que la maternidad así declarada es inimpugnable (36).

Marcadamente ambigua es la remisión a las reglas generales para declarar la paternidad, debiendo entenderse que tales son, o las del Código civil o las de la propia Ley de Procreación Asistida (37).

3. *Algunas conclusiones.*- La Ley de 22 de noviembre de 1988 ha pretendido implantar un régimen especial dentro del general de filiación regulado en el Código civil, pero en realidad constituye un cuerpo normativo extraño, integrado por normas divergentes y contradictorias con las de este último, cuya constitucionalidad resulta dudosa en bastantes casos.

Hay, en consecuencia, dos regímenes diversos de filiación y dos clases de hijos, unos procreados *secundum naturam* y otros mediante las nuevas técnicas de reproducción asistida.

Aunque la Ley se ha esforzado por aparentar la existencia de un régimen único de filiación, en realidad ha creado un Registro Civil «paralelo», de carácter anónimo y secreto, cuya existencia misma resulta incongruente con la del Registro Civil, y que puede originar graves discordancias en cuanto al estado civil de la persona.

Los hijos procreados artificialmente siguen denominándose «matrimoniales» o «extramatrimoniales», pero se trata de categorías no siempre -casi nunca- homologables con las del régimen general. El legislador utiliza ampliamente las ficciones o, de otro modo, presunciones legales *iuris et de iure*, para atribuir la matrimonialidad -sin admitir prueba en contrario- a quien, en realidad, es hijo no matrimonial; también para calificar de extramatrimonial a quien no es hijo. Otras veces prolonga las categorías tradicionales

de matrimonial fuera de los límites temporales universalmente aceptados; con ello se subvierten principios básicos del Derecho de Sucesiones sin razonable justificación.

Se ha roto el viejo principio de que *mater semper certa est*, pues las nuevas técnicas permiten que hasta tres mujeres distintas se reclamen como «madres» de un nuevo ser. Al optar por la «madre gestante» abre un sinfín de problemas no resueltos por la escueta normativa legal.

Al permitir la fecundación de mujeres solas, la Ley introduce una nueva categoría de hijos, sin parangón en la normativa vigente y que recuerda la justamente criticada del régimen anterior de «hijos de padres desconocidos», dado que aquéllos no pueden tener nunca padre legal.

Todas estas razones aconsejan una interpretación restrictiva del régimen establecido en la Ley de 1988 (38).

#### Notas Bibliográficas:

(1) Este apartado ha sido íntegramente elaborado por G. García Cantero. Pertenecer al libro de García Cantero y Castán Vázquez, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo V, Vol. 2º, 10ª Edn, Madrid, 1995. Lo reproducimos con permiso expreso del autor.

(2) La bibliografía sobre el tema resulta ya inabarcable, tanto por su carácter interdisciplinar (fundamentalmente biológico, ético y jurídico), como por tratarse de una cuestión de gran actualidad, objeto de Congresos, Symposiums y Reuniones Científicas de carácter nacional o internacional. (N.R. Dado la exhaustiva y muy completa bibliografía que recoge el autor de los diferentes estudios de varios países europeos, no podemos reproducirla completa, pero la ponemos a disposición de los lectores interesados, que pueden solicitárnosla por e-mail: gibioetica@edunet.es)

(3) La expresión es de Mori, *La fecondazione artificiale: Questioni morali nell'esperienza giuridica* (Milano, 1988), pág. 4.

(4) Los datos están tomados del Informe de la Comisión especial, etc., página 51. Un ámbito restringido de aplicación resulta también del artículo 1.º 2, de la Ley de 1988.

(5) Con gran lucidez escribe Mori, op. cit., 11: «La FIVET exige la transferencia de la procreación desde el hogar al laboratorio, y la presencia de un nuevo partner, el científico, que actúa y controla el desarrollo del proceso reproductor». El artículo 6. 5, de la Ley española dice: «La elección del donante (= del padre biológico) es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de Reproducción Asistida». Es obvio que el donante tampoco puede influir en el destino de su «material reproductor».

(6) Véase, en este sentido, la clara postura de M<sup>a</sup> Jesús Moro Almaraz, Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación «in vitro» (Barcelona, 1988), págs. 169 y sig., que atribuye al embrión in vitro el tratamiento del nasciturus y una protección análoga que exige respeto a su vida e integridad, por lo que considera directamente aplicable el artículo 15 de la C.E. También Vidal Martínez, Las nuevas formas de reproducción humana (Madrid, 1988), págs. 87 y sigs.

(7) No puede considerarse cerrada la vivísima polémica surgida, sobre todo, en el ámbito civilista sobre la Ley de 1988; Inicialmente, además de las críticas rotundas de Pantaleón, véanse las fundamentadas consideraciones de Delgado Echeverría sobre los consentimientos relevantes en la fecundación asistida, en abstracto y sin referencia a ningún texto legal (en el vol. La filiación a finales del siglo XX, págs. 201 y sigs.); también la problemática más general examinada por Lledó Yagüe, Fecundación artificial y Derecho, cit.; Vidal Martínez, Las nuevas formas de reproducción humana, cit.; M<sup>a</sup> Jesús Moro Almaraz, Aspectos civiles, etc., cit. Promulgada la Ley, véanse las críticas de Martínez-Calcerrada: Derecho tecnológico. La nueva inseminación artificial (Madrid, 1989). y las posiciones de Rivero Hernández. Díez-Picazo, Gullón y Blasco Gascó, en las obras citadas en bibliografía.

(8) En general, véanse las críticas de M<sup>a</sup> Jesús Moro Almaraz op. cit, págs 334 y sigs.

(9) Rivero Hernández en Lacruz, Elementos, IV-23, pág. 149.

(10) Díez-Picazo y Gullón, Sistema. IV. págs 279 y sigs.

(11) La instrucción de la "Congregación de la Doctrina de la Fe" de 1987, núm. 6, dice que la consolidación de la fecundación in vitro ha requerido formar y destruir

innumerables embriones humanos, y todavía hoy los sobrantes se destruyen o se congelan, y algunos de los ya implantados se sacrifican por diversas razones, por lo cual se recuerda la prohibición: del aborto provocado. Cfr. García Cantero, Reflexiones sobre la objeción de conciencia en la procreación asistida, en el vol. La objeción de conciencia (Valencia, 1993). págs. 375 y sigs.

(12) Pantaleón, Algunas cuestiones particulares: Responsabilidad por daños, alquiler de úteros y fecundaciones «post mortem», en el volumen La filiación a finales del siglo XX, cit., págs. 247 y sig., con alguna adaptación, pues la terminología dista de ser uniforme.

(13) Dice Sancho Rebullida, en Lacruz, Elementos, IV-23, pág. 150, nota 3 bis (en contrapunto a lo que dice Rivero en el texto), que la pareja no casada no ofrece la misma garantía inicial de fidelidad, e incluso su identificación como tal pareja es muy relativa porque al no mediar promesa puede disolverse cuando quiera.

(14) La Ley parece haber primado un inexistente derecho al hijo frente al bien de éste.

(15) Delgado Echeverría, loc. cit., pág. 218.

(16) Rivero Hernández, Elementos, IV-2, pág. 152.

(17) Véanse los núms. 5 y 6 de la Instrucción de 1987.

(18) Cfr. sus consideraciones en loc. cit., págs. 223 y sig., y 227 y sig.

(19) En Lacruz, Elementos, IV-23, pág. 168.

(20) Díez-Picazo y Gullón, Sistema, IV6, pág. 280.

(21) Así se expresa Rivero, en Lacruz, Elementos, IV-23, pág. 159.

(22) Sobre el tema, en general, pueden verse: Rivero Hernández, La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial, en el volumen La filiación a finales del siglo XX, cit., páginas 149 y sigs.; Montés Penadés, Presencia y especificidad de elementos y categorías comunes a otras materias de Derecho Privado, *id.*, páginas 177 y sigs.; Delgado Echeverría, *loc. cit.*, pág. 208 y sigs.; M<sup>a</sup> Jesús Moro Almaraz, op. cit., págs. 106 y sigs.; Lledó Yagüe, op. cit., págs. 62 y sigs.; Vidal Martínez, op. cit., págs. 71 y sigs. La Instrucción de 1987 es contraria a la donación de gametos entre personas no unidas en matrimonio (parte III).

(23) Delgado Echeverría, *loc. cit.*, pág. 211.

(24) Díez-Picazo y Gullán, *Sistema*, IV6, pág. 278.

(25) Así, Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, IV6, pág. 279. El tema no deja de ser discutido en nuestra doctrina; véanse las opiniones de Rivero Hernández, en Lacruz, *Elementos*, IV-2, págs. 156 y sig., y Blasco Gascó. *Derecho de Familia*, *cit.*, págs. 405 y sigs.; Carmen Hernández Ibáñez, *Consecuencias jurídicas, etc.*, *cit.*, pág. 49.

(26) Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, IV6, pág. 280.

(27) Blasco Gascó, *Derecho de Familia*, *cit.*, págs. 405 y sigs.

(28) Rivero Hemández, en Lacruz, *Elementos*, IV-2, pág. 159, defiende la aplicación analógica del artículo 8, 1; en el mismo sentido se expresan Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, IV6, pág. 281. Pero no se olvide que se trata de una regla privativa de derechos, precisada de interpretación restrictiva.

(29) En tal sentido, Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, IV6, pág. 280, subrayando la paradoja de que el hijo tiene una acción de reclamación judicial de la paternidad frente a quien no es biológicamente su padre.

(30) La doctrina canonista sigue sosteniendo que el consentimiento otorga a cada cónyuge la facultad de exigir al otro la realización de los actos encaminados a la unión sexual, pero no un derecho al hijo. Con mayor fuerza se deduce esta regla en el matrimonio civil después de la reforma de 1981.

(31) Así, Díez-Picazo Y Gullón. *Sistema*. IV6, pág. 281.

(32) Así, Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, IV6, pág. 281. Véase también Blasco Gascó, *Derecho de Familia*, *cit.*, págs. 403 y sigs.

(33) Rivero, en Lacruz, *Elementos*, IV-2, pág. 163.

(34) Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, IV6, pág. 282.

(35) Véanse otras posibles combinaciones en Rivero, *loc. cit.*, pág. 165.

(36) Así, Díez-Picazo y Gullón, *op. et loc. cit.*,

(37) Así Rivero, *op. et loc. cit.*, pág. 166. Carmen Hernández Ibáñez, *Consecuencias jurídicas en torno a la fecundación asistida*, págs. 53 y sigs., califica de incongruente el apartado 3 del artículo 10, y propone otras soluciones sobre la base de que la maternidad legal debiera corresponder a la comitente.

(38) Véanse también las críticas formales que formula Carmen Hernández Ibáñez, *Consecuencias jurídicas en torno a la fecundación asistida*, en el volumen *Biotecnología y futuro del hombre: La respuesta Bioética* (Madrid, 1992), págs. 43 y sig.: «No se ha tramitado como Ley orgánica, siendo esto lo apropiado al afectar a derechos y libertades fundamentales de la persona. Ha sido la Comisión de Política Social y Empleo, a la vista del Informe jurídico emitido por la Ponencia, la que aprobó, con competencia legislativa plena la proposición de Ley... Respecto de la forma, se le ataca de una pésima redacción...; en cuanto al fondo hay que señalar bastantes fallos jurídicos y poca concordancia entre los preceptos, lo que no es de extrañar, ya que ha sido una Ley donde los juristas han tenido un papel poco preponderante... Se puede calificar de "Ley de Médicos o Tecnológica"... a raíz del influjo del llamado "Informe Palacios"... Tanto la Disposición transitoria como las Disposiciones finales no se han cumplido ..."