

APUNTES SOBRE LOS PROBLEMAS JURIDICOS QUE PLANTEAN LAS NUEVAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA

M^a. DEL CARMEN GETE-ALONSO

SUMARIO: Presentación. 1. *Los problemas relacionados con las técnicas de legislar*: 1.1. La competencia legislativa; 1.2. El modo de legislar; 1.3. Las definiciones legales. 2. *Los conceptos jurídicos*: 2.1. Consideración jurídica de las células reproductoras y de los embriones; 2.2. La calificación del concebido; 2.3. Los requisitos del nacido; 2.4. El concepto de maternidad. 3. *Los problemas de filiación*: 3.1. La determinación de la filiación; 3.2. Las acciones de filiación. 4. *Aspectos sucesorios*.

PRESENTACION

El presente escrito no pretende ser un estudio completo y pormenorizado de todas y cada una de las cuestiones que suscitan al jurista, y particularmente al que se dedica al Derecho Privado, las nuevas técnicas de reproducción humana, sino sólo -como su nombre indica- unos meros apuntes acerca de los mismos.

En realidad responde a las reflexiones que el tema me ha planteado a la hora de revisar y volver a explicar el largo temario que es el programa de Derecho Civil. Es indudable que, prescindiendo de las implicaciones éticas y religiosas que comporta, la realidad práctica no sólo de la existencia de dichas técnicas sino también del resultado de su aplicación -el nacimiento de personas- merecen una consideración especial por parte

del investigador del Derecho y, en particular, del que se dedica al sector del Derecho Privado (1).

En este orden de cosas y partiendo de dichas premisas, lo que aquí se expone es, solamente, una lista de dichas cuestiones que, a la larga, deberán ser resueltas por el legislador o al menos ser objeto de su reflexión: unas de índole general, otras más particularizadas o concretadas al ámbito del Derecho Civil que, actualmente, aparece comprendido en el marco del Código Civil y las Compilaciones de Derecho Civil, sin olvidar aquellas que tienen directa relación con los principios recogidos en nuestra Constitución.

1. LOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LAS TÉCNICAS DE LEGISLAR

Básicamente son tres los puntos que deben de tenerse en consideración en este apartado en nuestro actual sistema jurídico, dos de ellos generales y otro -por así calificarlo- más particular o específico: la competencia legislativa en la materia; su inclusión -modificándolos- en los cuerpos legales existentes (CC y Compilaciones); y las definiciones o descripciones de estas técnicas.

1.1. *La competencia legislativa*

No cabe duda acerca de la competencia que el poder legislativo del Estado ostenta sobre esta materia; pero quizá sí pueda suscitar conflictos -en un futuro- la que pueda ejercitarse por parte del legislador autonómico. ¿Pueden las Comunidades Autónomas que ostentan potestad legislativa regular esta materia individualmente?

La respuesta a este interrogante está, necesariamente, en función de las distintas vertientes que se presentan en la misma, pues no todas ellas se enmarcan en el ámbito del Derecho Privado.

Así todos los aspectos o cuestiones de índole estrictamente *civil* (un

(1) Este breve discurso no es más que la traducción escrita del esquema que utilicé -en parte- en una de las lecciones del Curso de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, durante el Curso 1986/87, que versó sobre "Els nous problemes de la filiació al Dret Civil de Catalunya".

50% por lo menos con relación al total) o *privado* pueden -en mi opinión- ser objeto de regulación propia por parte del legislador autonómico que haya asumido tal competencia conforme a lo que establece la CE (Art. 149, 1.8º CE); y lo mismo puede decirse respecto de los *aspectos procesales* (acciones de filiación básicamente) que se deriven de las particularidades que se establezcan en el derecho sustantivo (Art. 149.1.6º CE) (2).

Por el contrario, aquellas que comporten una connotación *penal* -si así se decide tratar a determinadas conductas relacionadas con la realización de estas técnicas- quedan excluidas de la regulación autonómica al ser -como es conocido- competencia exclusiva, esta materia, del poder legislativo central (Art. 149.1.6º CE).

Cuestión distinta de ésta es la relativa a la oportunidad de que el legislador autonómico desarrolle, en el marco de su competencia exclusiva, esta materia de una manera particular y diferenciada. No se trata ya -entiéndase- de negar o no la competencia -que se tiene- cuanto de la conveniencia de regulaciones dispares.

Quizá pudiera pensarse por algunos (seguramente los que pondrían en tela de juicio la potestad legislativa), que la amplia trascendencia que implican estas técnicas que extravasan -con mucho- incluso las fronteras del Estado español, no hacen aconsejable que cada Comunidad Autónoma regule de forma separada las consecuencias de las mismas en el ámbito jurídico. Parece -se podría incluso argumentar- que una legislación sobre la misma debiera de ser no ya nacional sino supranacional, al menos en lo que se refiere al conjunto de países que componen la Comunidad Europea.

No obstante, debe de llamarse la atención acerca del hecho de que en el Estado de las Autonomías que se recoge en nuestra Constitución (Art. 2 CE) y que esta misma reconoce y protege, un tal razonamiento supondría no sólo desconocer y vulnerar un principio constitucional, sino el que la materia que es objeto específico de competencia -la civil- admite esa diversidad de regulaciones. Los principios sociológicos, económicos y familiares de cada grupo social lo aconsejan, y no debe de renunciarse a los mismos en pro de una falsa uniformidad de instituciones civiles que no sólo acarrearía la pérdida de identidad del pueblo (que se quiere,

(2) Para Catalunya, además, así se recoge -en relación a las "Normas procesales y de procedimiento administrativo que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de Cataluña"- en el Art. 9.3 EAC.

constitucionalmente, mantener) sino de la propia persona en particular que se mantiene, precisamente, por el ordenamiento jurídico privado (3).

A pesar de lo que se acaba de decir, debe de hacerse una llamada de atención acerca de ciertos puntos que sí deberían ser objeto de un tratamiento unitario al menos a nivel general.

Como ya se sabe -y se verá-, las nuevas técnicas de reproducción humana significan no sólo una revolución en el ámbito meramente científico y médico, sino también en el de conceptos que -hasta el momento- han permanecido indiscutidos por todos: el nacimiento, el concebido, la maternidad... ¿Es que tales conceptos pueden definirse y calificarse de forma distinta por cada Comunidad Autónoma que goce de competencia legislativa de Derecho Privado?

Posiblemente, en una conclusión precipitada podría contestarse que sí a la vista, siempre, de los preceptos constitucionales: siempre que la regulación establecida no suponga una vulneración del principio de tratamiento igualitario de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes (Cfr. Art. 149.1.1^o CE) y no infringiese los derechos a la propia dignidad personal (Art. 15 CE). No debe de olvidarse que todos los conceptos enunciados no se comprenden en la materia civil que el Estado se reserva en exclusiva (Cfr. Art. 149.1.8^o CE), salvo la vertiente registral.

A pesar de ello algo sí resulta evidente: el Derecho -como es sobradamente conocido- resuelve a posteriori los problemas que se plantean en la realidad social y salvo excepciones (como la del CC que no siguió en sede de filiación, netamente, el modelo de su tradición) no en forma distinta a lo que aquella reclama en cada momento histórico y determinado. Y no solo eso, en materias como la presente que tienen directa relación con las Ciencias de la Naturaleza, normalmente la respuesta jurídica ha ido acorde con los conocimientos que se manifestaban en cada época.

Baste aquí recordar el origen del requisito de la "figura humana" que exige el Art 30 CC que se remonta a una discusión habida en el Derecho

(3) La Exposición de Motivos de la Llei de 20 de Marzo de 1984 de modificación de la CDC habla de que "...el Dret civil constitueix, juntament amb la llengua, una de les produccions culturals més importants del poble català, un dels principals exponents de la seva identitat com a poble i, per tant, un dels punts de referència essencials a l'hora d'identificar Catalunya com a producte d'un procés històric específic..." Lo mismo puede decirse del Derecho privado de cualquier otra Comunidad Autónoma, evidentemente.

Romano (4) y que el legislador de 1889 consideró que podía aun estar vigente; o del actual Art. 116 CC (derogado 108) en cuanto a los plazos de concepción para determinar la paternidad marital y el plazo máximo de gestación (10 meses) que obedece a la opinión de Hipócrates (5).

Por su parte también resulta evidente que la tipología en la filiación (las distintas clases de hijos) que se recogía en el Código Civil de 1889, no fué cuestionada en los territorios con Derecho propio que únicamente -como ocurrió en el Derecho Catalán y Navarro- mantuvo diferencias a la hora de regular las acciones de filiación (Cfr. los anteriores Art. 4 y 5 CDC), o en cuanto a la declaración de paternidad natural (Leyes 70 y 71 de la Compilación de Navarra). Sólo en el Derecho Catalán parecía recogerse -a efectos únicamente del Derecho de sucesiones- una tipología diferente (la de los hijos adulterinos y sacrílegos del Derecho Canónico. Cfr. anterior Art. 252 CDC) pero sin más trascendencia que la indicada.

Esto debe de ser objeto de reflexión: no parece que, hoy en día y máxime después de los avances de estas técnicas, los conceptos básicos deban ser objeto de una regulación diferenciada, y sí sólo sus consecuencias en el ámbito de las relaciones.

Podría argumentarse que, de la misma manera que el legislador se abstiene -en la actual regulación- de definir que sea la muerte y sus requisitos, dejándolo a lo que la ciencia médica establezca en cada momento (6); otro tanto deba de hacer respecto a conceptos tales como el naci-

(4) Vid D. 50,16,135 y D. 28,2,12 y 1

(5) El cálculo de la gestación que hiciera Hipócrates ya encuentra su reflejo en el Derecho Romano en D. 1,5,12 y D. 38,16,3,11 y 12. Esto se mantiene, luego, en las Leyes de Partida (4, 23, Ley 4^ª). Vid, para su evolución y discusión en la doctrina, el comentario de Sancho de Llamas y Molina a la ley 13 de Toro en *Comentario critico-jurídico literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid 1852 (Reproducción anastática, Barcelona 1973. Banchs editor).

(6) En relación a la regulación sobre trasplantes de órganos parece que se ha adoptado el criterio de considerar que existe *muerte* en el supuesto de lesión cerebral irreversible. Así el Art. 5 de la Ley de 27 de octubre de 1979 señala (para la obtención de órganos de persona fallecida) la exigencia de la comprobación de la muerte "Cuando dicha comprobación se base en la existencia de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida..." Y el Art. 10 del Reglamento de 22 de Febrero de 1980 impone la comprobación de la muerte cerebral -de acuerdo con los criterios médicos que se señalan en el precepto- para el trasplante de órganos que precise la viabilidad de los mismos. Como se observa el legislador sigue el criterio de la medicina en cada momento.

miento o la concepción. Y respecto de los demás que puedan comportar una connotación jurídica (la maternidad - paternidad - clases de filiación) exigir a todos los que ostentasen esa competencia legislativa un mínimo de acuerdo o principios básicos.

No significa esto, en contra de lo que pudiera parecer, el dejar la cuestión en manos exclusivas del legislador estatal en detrimento del autonómico; antes al contrario, partiendo del plano de igualdad en el que se hallan ambos, una llamada de atención a la cooperación.

1.2. *El modo de legislar*

¿Debe de procederse a través de leyes que modifiquen los actuales cuerpos legales (CC y Compilaciones) existentes, o a la redacción de *leyes especiales*?

No resulta fácil, de entrada, contestar a esta pregunta; pero la propia materia condiciona la respuesta. La solución no es, en todo caso, la misma dadas las múltiples implicaciones que presenta y la posibilidad de existencia de diversos Ordenamientos jurídicos privados que se ocupen de la misma.

Los aspectos que -en una denominación general- pudieran considerarse administrativos o reglamentarios, podrían resolverse, sin gran distorsión, mediante la técnica de leyes especiales. ¿Quid de la materia penal y civil?

La competencia exclusiva del Estado en *materia penal* y el hecho de que en el Código Penal ya se recogen tipos delictuales que toman como presupuesto la paternidad o maternidad (Arts. 468, 469 y 487 a 489 C. Pen; suposición de parto, usurpación del estado civil, abandono de menores); quizá aconsejen que aquellas conductas que pudieran merecer esta calificación fueran introducidas en el propio Código Penal. De la misma manera que el aborto se contempla en el mismo. Una ley especial, en materia penal, no es aconsejable.

La solución es diversa, y necesariamente dispar, en lo que hace referencia *la materia civil*. El *legislador autonómico*, dada la estructura y manera de ser de las actuales Compilaciones no tiene porqué proceder a introducir la materia en las mismas, sino sólo aquellas modificaciones que afecten a las actuales instituciones que se regulan en ellas. Una ley especial pudiera ser la técnica más adecuada en este caso. La cuestión resulta

más difícil de resolver en el caso del *legislador estatal*. ¿Realmente condiciona el cuerpo sistemático que es el Código Civil?

Pienso que aquí han de tenerse en cuenta los distintos puntos que presenta la materia objeto de análisis. Hay -como se ha dicho ya- diversos conceptos que estas nuevas técnicas ponen en tela de juicio y que, hoy en día, son contemplados directamente en dicho cuerpo legal: el concebido, el nacimiento, la maternidad... Una revisión de los mismos -por parte del legislador- provoca, indudablemente, una nueva modificación de nuestro ya centenario Código Civil que debería de recoger dichos conceptos para que no se le pudiera tildar de desconocedor de la realidad social y jurídica existente. Dicho con otras palabras: mal que pese (7), la modificación del Código Civil es inevitable, al menos en lo que respecta a los conceptos o principios mínimos del sistema.

En cambio en relación a los demás aspectos civiles que supongan una variación que quizá pudiera calificarse de extraordinaria (o desmesurada) de dicho Cuerpo Legal, no creo que exista obstáculo que impida la vía de la legislación especial; o mejor dicho, de la ley especial a la que se remita -de manera expresa- tal cuerpo legal. La propia complicación y extensión de la materia lo hace, sin duda alguna, aconsejable. Con todo no sería muy descabellado apuntar que, dada la extensión que hoy alcanza todo lo que es el Derecho de Familia, se acudiese a recoger esta materia (junto a la que ahora está en el Código Civil) en un cuerpo legal y separado: un Código de la Familia.

1.3. *Las definiciones legales*

Básicamente -como es conocido- son dos las técnicas de reproducción humana que vienen practicándose: la *inseminación artificial* que consiste en llevar el semen a la vagina o útero de la mujer; y la *fecundación in vitro*, la puesta en contacto, en el laboratorio, de un óvulo u óvulos con los espermatozoides con los que se fertilizan aquellos que, en un momento posterior, son transferidos al útero de la mujer. Un sistema intermedio -que no propiamente técnica de reproducción independiente-

(7) Puesto que, como se viene mostrando en las recientes reformas del Código Civil, se ha venido a empeorar -en la mayor parte de los casos- técnicamente a dicho cuerpo legal. No sólo porque se introducen contradicciones o perplejidades que luego no se resuelven (por ejemplo la que existe entre el Art. 46, 1º CC: no pueden casarse los menores no emancipados y el Art. 314, 2º: "La emancipación tiene lugar por el matrimonio del menor"), sino también porque a la vez que se bisan preceptos (así el Art. 299 bis) se dejan otros tantos -del mismo título- sin contenido (los Arts. 307 a 315).

es la *transferencia intratubárica de gametos*: la puesta en contacto de los óvulos con los espermatozoides en el interior de la trompa de Fallopio.

¿Debe el legislador proceder a definir las técnicas con el fin de regularlas?. En parte la respuesta a la pregunta formulada ya ha sido dada en las líneas que anteceden. El legislador, bien puede decirse, no inventa nada: se limita -lo ha hecho a lo largo de la Historia- a recoger lo que, previamente, se encuentra en la realidad social y económica del momento en el que ha ejercitado su facultad; solamente traduce a términos jurídicos los mismos, estableciendo los mecanismos adecuados para su regulación.

Pues bien, teniendo en cuenta estas premisas, es oportuno considerar que resultaría altamente distorsionador el que el legislador pretendiera definir y fijar -de manera cerrada- estas técnicas. No sólo el definir no es labor de legislador sino que, en este caso, resultaría inconveniente pues supondría el dejar, de entrada, una vía abierta a la polémica constante (8). Me explicaré, el legislador deberá tomar decisiones respecto a cuestiones puramente jurídicas: es decir, la manera de regular los diversos intereses (privados y públicos) que entran en juego a raíz de la utilización de dichas técnicas; pero debe de abstenerse de definir en qué consisten las técnicas en sí mismas consideradas para partir, únicamente, de su existencia. Otra forma distinta de operar no sólo cerraría el sistema a las posibles evoluciones de la técnica en este punto, sino que provocaría la necesidad, constante y continuada, de modificar la propia legislación. Ello, no obstante, no quiere decir que se encuentre limitado y condicionado por la técnica en cada momento, sino que debe de -en la medida de lo posible- regular la materia de forma tal que pueda llegar a tener unos visos de permanencia en el ámbito temporal.

(8) *Esquerra Republicana*, en la *Legislatura catalana*, presentó un *proposició* de Llei sobre "Regulació de l'ús de les tècniques de fecundació artificial" (BOPC nº 102, 2 de diciembre de 1985) en cuyo Art. 1, al determinar el objeto de la misma, no se limitaba a señalar las técnicas, sino que las defendía y mezclaba -incorrectamente- con los distintos supuestos que pueden darse. Así -curiosamente- después de describir a la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la *transferencia intratubárica de gametos* (que no es, en realidad, una técnica diferenciada, como se dice en el texto) se colocaba en el mismo precepto la implantación del embrión en el útero de otra mujer que no es, tampoco, una nueva técnica sino el medio que se utiliza en la fecundación *in vitro*. De ahí lo que se señala en el texto: la innecesariedad de que el legislador defina estas técnicas.

2. LOS CONCEPTOS JURIDICOS

Como se ha advertido ya, una de las primeras cuestiones que, a nivel concreto, plantean las nuevas técnicas de reproducción humana incide en ciertos conceptos jurídicos que, hasta el momento, han permanecido en cierta medida invariados y respecto de los que el legislador que afronta la tarea de traducir -en una regulación concreta- las consecuencias jurídicas de las mismas, habrá de tomar alguna posición. Se trata de: la consideración jurídica de los gametos y embriones y células reproductoras; la calificación del concebido; la consideración del nacimiento y los requisitos de la persona nacida; la conceptualización de la maternidad.

2.1. Consideración jurídica de las células reproductivas y de los embriones

A los efectos de esta exposición, bajo la expresión células reproductoras se comprende tanto el semen o esperma, como los óvulos; entendiéndose como embrión al resultante de la unión de los mismos (óvulo fecundado en el laboratorio). La problemática es diversa en uno y otro caso, y sólo parcialmente la legislación actual viene a resolverla en el primero de ellos.

Efectivamente, las *células reproductoras* son un componente de la persona física, uno de sus atributos corporales junto a los órganos y sustancias (la sangre) de la misma. En cuanto tal, jurídicamente, no tienen la condición de cosa (Cfr. Art. 333 CC) pues forman parte de la propia persona, de su integridad física (Cfr. Art. 15 CE) estando -por lo tanto- excluidos, en principio, del tráfico jurídico.

Esto no ha impedido que, a medida que ha venido avanzando la ciencia médica y la conciencia social así lo ha asumido -dados los fines perseguidos (la mejora de la calidad de vida de la persona)-, se haya admitido la posibilidad de llevar a cabo actos concretos de disposición sobre los órganos de la persona. Baste recordar, en este punto, la Ley de 27 de Octubre de 1979 (y su reglamento de 22 de Febrero de 1980) sobre extracción y trasplante de órganos y el RD de 9 de Octubre de 1985 sobre la Hemodonación y los Bancos de Sangre; que -dentro de ciertos límites- regulan la realización de dichos actos de disposición basados en los principios de voluntariedad, gratuidad y rígido control de los mismos.

No es muy aventurado afirmar que la consideración jurídica de las células reproductoras debe de seguir una orientación similar. En cuanto

forman parte de la persona están protegidas por el derecho de ésta a su integridad física (Art. 15 CE) pero puede disponer de los mismos con ciertas limitaciones. Tampoco distorsionaría demasiado el pensar que, hasta que no exista esa legislación esperada, pudieran aplicarse -analógicamente- los principios que se derivan de lo ya existente. Sobre todo en lo que hace referencia a puntos tales como : necesidad de consentimiento (voluntariedad), gratuidad y anonimato.

En ningún caso -y tampoco parece que sea esa la intención del legislador, su tratamiento jurídico ha de tender a equipararlos a las cosas que están en el comercio. De ahí que pudiera establecerse (y sería muy conveniente en este caso) un fuerte régimen de sanciones para aquel o aquellos que se dedicaran habitualmente al tráfico comercial de los mismos (9). La regulación debería de seguir el criterio similar (en cuanto al anonimato, donación), que se manifiesta, ya ahora en las Leyes mencionadas.

El punto referente a *los embriones* presenta una dificultad distinta desde el punto de vista jurídico. No ya sólo por la discusión que pueda plantearse en el propio seno de la Ciencia médica acerca del momento en que pueda considerarse que ya existe formada una nueva persona, y de las implicaciones morales y éticas (de las que aquí se prescindir); sino porque, técnicamente, no puede calificarse de la misma manera que a la célula reproductora en cuanto que es *algo nuevo* formado a partir de la fusión del óvulo y el espermatozoide.

Es evidente que no puede considerarse al embrión como cosa en sentido jurídico, pero tampoco -como se verá- es una persona o un concebido. Es un algo nuevo que responde a un previo acto de disposición que tiene marcado ya, desde aquel, un *destino* muy concreto: dar lugar al nacimiento de una nueva persona si ello es viable.

(9) La Ley Sueca sobre Inseminación Artificial de 20 de Diciembre de 1984 prevé -en su Art 7- multas y hasta la pena de seis meses de prisión (como máximo) para aquellas personas que, con finalidad lucrativa, ofrezcan espermatozoide destinado a la inseminación artificial. Por su parte en el *Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación "in vitro" y la inseminación artificial humana* del Congreso de los Diputados (Presidida por Marcelo Palacios), aprobado el 10 de Abril de 1986 (Se maneja aquí una fotocopia del texto íntegro del mismo facilitada por el propio Congreso), la *Recomendación 40* (pág. 156) señala que "Las personas que trafiquen mercantilmente con embriones o gametos humanos serán objeto de sanción". Y en la *Recomendación 57* (pág. 158) se prevé que "Se garantizará a los donantes de gametos o embriones que el material reproductor donado nunca será objeto de comercio y que su utilización será la acordada expresamente al hacer la donación".

Esta finalidad es la que, precisamente, configura la calificación jurídica que deba de hacerse, en una futura ley, del embrión; unida al acto de disposición previo de la célula y al requisito de la viabilidad. No tanto -entiéndase- en cuanto pueda llegar a considerarse -como así se ha hecho por algunos (10)- que toda destrucción o manipulación implica la realización de una actividad similar a la del aborto porque ya existe persona; cuanto para resaltar que su destino, siempre que reúna las condiciones de viabilidad precisas, es la nota predominante del mismo. Es -por así calificarlo- una categoría jurídica que merece una especial protección, en si misma, como algo nuevo pero no totalmente independiente, en cuanto que viene marcada por su especial destino.

Tanto lo que respecta a las células reproductoras como a los embriones deberá ser objeto de una regulación específica en cuanto a su conservación y manipulación (Bancos de semen y óvulos y de embriones) (11); y prohibirse -de manera expresa- que puedan, los embriones, ser objeto de experimentación cuando (técnica y médicamente) puedan ser viables (12).

Pero también -como se ha dicho- el embrión es el resultante de un acto de disposición concreto: el de la célula reproductora respecto del que la persona puede haber manifestado su voluntad. Pues bien, esa voluntad deberá, de algún modo, de recogerse en cuanto al destino de los embriones resultantes que, formados en el laboratorio, no se hayan implantado. Cuando la fecundación fue homóloga no cabe duda que se produce una situación de cotitularidad entre el hombre y la mujer (13) y su voluntad (la de ambos) deberá ser tenida en cuenta. En la heteróloga -si se parte del anonimato del donante- habrá de tenerse en consideración -en su caso- la de la persona conocida. Con esto quiero decir que los embriones resultantes -en este caso- no deberán de implantarse en persona distinta o ser objeto de experimentación; y que -en principio- lo más ade-

(10) Así, por ejemplo, en la *Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el progreso de las investigaciones biomédicas* que la Iglesia Católica publicó en Marzo de 1987, en la que se consideraba intimamente ligada a la "mentalidad abortista" que -como se conoce- rechaza de plano.

(11) En el *Informe del Congreso*, cit. se hace, precisamente, una especial previsión en torno a este punto. Básicamente en las Recomendaciones Nº 36 a 89, pág. 156 y ss.

(12) En esta línea el *Informe del Congreso*, cit., pág. 99, dice que "La Comisión ha estimado que la investigación en embriones sólo debería autorizarse en embriones no viables..."

(13) La situación es similar -salvando las distancias- a la que se produce en el supuesto contemplado en el Art. 381, 1 CC pues hay creación de algo nuevo con materiales de distintos titulares.

cuado parece que sea el preveer que se conserven para una futura implantación en la misma persona.

La legislación sobre células reproductoras y embriones habrá de regular detalladamente las condiciones y requisitos en que deba de procederse a la aplicación de estas técnicas; y decidir acerca de si "la donación" de las mismas ha de ser o no anónima.

Debe, además, llamarse la atención acerca del "acto de disposición" que pueda hacerse de los mismos (células y embriones). Como regla general -y en cierto modo por inercia- se parte de la idea de la "donación" anónima para expresar que, en ningún caso, son objeto de tráfico comercial. Pero no debe de olvidarse que, además, es posible una "disposición" que no tenga ese carácter; y no sólo posible sino, presumiblemente, frecuente y querida: el simple "depósito" de semen u óvulos (si éste es posible) o de embriones a la espera de que pueda llegarse a la realización de la técnica apropiada, en el momento en que sea oportuno, en la persona (o a favor de ella) que lo llevó a cabo. Esta segunda modalidad ha de ser especialmente prevista, también, dadas las distintas consecuencias jurídicas que acarrea.

2.2. La calificación del concebido

Intimamente relacionado con lo que acaba de exponerse es el tema referente al concebido. Si se analiza con detenimiento la regulación actualmente existente se sigue que, aunque ésta no define que deba de entenderse por concebido, sí nos proporciona los datos suficientes para determinararlo. Básicos para ello son los *Arts. 29 y 30 CC*. A tenor de aquel al "... concebido se tiene por nacido... siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente". Se le describe, así pues, en relación al nacimiento, y en concreto a la manera en qué se describe a éste. Pues bien, "para los efectos civiles" *nacimiento*, según el *Art. 30 CC*. equivale a estar "enteramente desprendido del seno materno"; más específicamente -puesto que estar enteramente desprendido se exige como requisito para que el nacido pueda ser persona jurídica independiente- el nacimiento es el momento de salida del seno materno.

De ahí se derivan ya, a sensu contrario, las actuales notas que configuran al concebido: se predica sólo de aquel "feto" (en la terminología legal) que tiene vía intrauterina, es decir, que se desarrolla en el *útero de la madre*. Así, en la regulación actual, no podrá considerarse como *concebido* al *embrión* en tanto en cuanto aún no haya sido implantado en el

útero. Y tampoco aquel (si ello fuera posible técnicamente) que aún implantado no lo fuera en el útero de una *mujer* (a ello hace referencia la expresión "seno materno"). Sólo el embrión ya implantado es un concebido que merece la protección que la ley le dispensa.

La utilización y desarrollo de estas nuevas técnicas pone a la palestra la duda acerca del actual concepto de concebido. ¿Debe de mantenerse o es preciso extenderlo de modo que pueda alcanzar ya a los embriones no implantados?. Pienso que, en este punto, deben de deslindarse bien los campos de actuación; lo que permite seguir manteniendo los actuales conceptos sin mengua de la protección que haya de arbitrarse para los embriones.

No existe ningún inconveniente -a mi modo de ver- en continuar pensando que concebido es aquel que está ya en el seno materno y al que por lo tanto se le reconocerá personalidad jurídica cuando nazca y, en el interin, será considerado "para todos los efectos (civiles) que le sean favorables" como nacido. Siempre que, a la vez, se regule la situación del embrión de forma separada, estableciendo los mecanismos oportunos para su protección.

Debe de tenerse en cuenta que es necesario, en esta como en otras materias, establecer unos mínimos de seguridad jurídica y uno de ellos es -en mi opinión- éste. De lo contrario se llegaría a situaciones en las que, si se calificara al embrión como concebido, deberían de paralizarse atribuciones y transmisiones patrimoniales, prácticamente de manera indefinida. Con ello, no obstante, no pretendo excluir aquellos supuestos en los que la voluntad privada haya podido, ya preveer una atribución a la persona que pudiera llegar a nacer de un embrión, de manera expresa; sino aquellos en los que -por no resultar así- deban de operar las reglas generales de protección a los concebidos.

A la apertura de la sucesión (14) el embrión no debe de tener la consideración de concebido, pero nada impide que el causante pueda haber hecho una disposición teniendo en cuenta un futuro hijo que pudiera llegar a nacer en un momento posterior a su muerte, siempre que lo haya manifestado de manera expresa. Sin embargo, nada empece a que el legislador pueda imponer ciertos límites en este caso (15). Queda en la

(14) De hecho -como es conocido- el origen de la protección al concebido se remonta precisamente al supuesto de la sucesión del hijo póstumo.

(15) Sobre los aspectos sucesorios y posibles derechos hereditarios vid. mas adelante.

duda, en este punto, la referencia que se hace al *seno, precisamente, materno* y su mantenimiento. En verdad todo depende, de una parte de los avances de la técnica (si es probable o no que pueda desarrollarse el feto en persona distinta de la madre) y de la propia concepción social.

Algo parece claro en el estado actual de la Ciencia: es posible -se dice- que, en un futuro, el hombre también pueda gestar; y también algo es casi unánimemente compartido por la sociedad: se llegaría a admitir (inicialmente por un sector minoritario) que no sólo la mujer gestase, pero no -en cambio- un desarrollo llevado a cabo completamente en un laboratorio (la ectogénesis). El legislador deberá de efectuar la elección entre mantener el concepto de concebido sólo en relación a la mujer, o extenderlo a toda persona. Y ha de excluir -de modo tajante- el desarrollo del embrión en el laboratorio, o su implantación en otra especie no humana, bien sea a fines de experimentación (lo que debe de prohibirse, según se dijo, si los embriones son viables) o manipulación, bien a la de dar lugar al nacimiento de una nueva persona (16). La razón -por demás- es obvia pues supondría el dejar en manos de una clase de profesionales muy determinada el completo desarrollo y la creación de la persona con los consiguientes peligros que ello comporta.

2.3. *Los requisitos del nacido: Art. 30 CC.*

A tenor de este precepto, el nacido debe de tener "figura humana" y vivir "veinticuatro horas" de vida extrauterina. Directamente, si se observa con atención, el precepto no resulta afectado por las nuevas técnicas de reproducción humana que se refieren, precisamente, a una fase anterior: la puesta en marcha de los mecanismos adecuados para que pueda llegar a producirse la existencia de una nueva persona a la que atribuir personalidad jurídica. No obstante esto, una ley reguladora de las consecuencias jurídicas de estas técnicas, *no debería desaprovechar la oportunidad* de modificar, al menos en parte, lo que se dispone en dicho precepto.

No presenta especial problemática la exigencia de las 24 horas, que podrá tildarse de todo lo arbitraria que se quiera (17) pero que, afortuna-

(16) En el *Informe del Congreso*, cit. se señala como desviación no deseada de estas técnicas que debieran *prohibirse categóricamente y considerarlas delito criminal*: "2. La ectogénesis, o producción de un ser humano individualizado y autónomo fuera del útero de la mujer, es decir en el laboratorio" y "3. Intentar la gestación humana en otras especies..." (pág. 101). No se entra en la consideración de que el hombre (realidad aun lejana) pueda gestar.

damente, resuelve de manera acertada la cuestión relativa a la viabilidad o no del recién nacido sustituyéndola por lo que se ha venido a denominar "viabilidad legal".

Sí parece dudoso la referencia anacrónica a la condición, tan criticada por nuestra doctrina (18) de tener "figura humana". Sólo en el caso de que la Ciencia médica asegurase la posibilidad de la existencia de seres en parte humanos (que era lo que se planteó en el Derecho Romano), pudiera resultar aconsejable el mantenimiento de tal requisito que, en otro caso, es desde luego superfluo. Es la ciencia médica -como se dijera más arriba- la que debe de señalar cuando pueda reputarse que existe una persona humana; la ley ha de remitirse a lo que aquella establezca en cada momento sólomente exigiendo aquellas notas que un principio de seguridad jurídica aconsejan.

2.4. *El concepto de maternidad*

Tampoco, bien puede decirse, la legislación actual define -de manera directa- a la maternidad, pero sin lugar a dudas sí proporciona datos suficientes de los que se puede inferir su concepto. Notas que, tradicionalmente y a diferencia de lo que ocurre con la paternidad, han tomado su punto de partida de un *hecho biológico*: el parto (19); de modo que maternidad natural y jurídica tendían siempre a ser coincidentes.

Mientras lo biológico y lo genético no ha sido disociado, o mejor di-

(17) García Goyena, Florencio, en el Comentario al Art. 107 del Proyecto de 1851 (similar al Art. 30 actual salvo en que requería el transcurso de 48 horas) apuntaba esa arbitrariedad: "A decir verdad -señalaba- debía de parecer suficiente el de veinte y cuatro señalado en la Ley de Toro... pero había en el seno de la Comisión sujetos respetables que miraban como un despojo hecho a la familia del padre o madre difuntos esa súbita transmisión de bienes por la sola circunstancia de sobrevivir la criatura veinte y cuatro horas, y pretendían prolongarle más allá de los diez días del Fuero Juzgo: el término de cuarenta y ocho horas fué como una especie de transacción: de todos modos, si es conveniente señalar tiempo, el señalamiento será siempre arbitrario". (*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*. Madrid 1852. Reproducción anastática, Barcelona 1973).

(18) Vid De Castro, Federico, *Derecho Civil de España*. Tomo II. Madrid 1952, pág. 105 y ss.- Díez Picazo, Luis-Gullon Ballesteros, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, 1986. Vol 1, pág. 233.- Vid, también, la interpretación que de este requisito ofrece La Cruz Berdejo, José Luis en *Elementos de Derecho Civil I*, Vol. 2º. Barcelona 1983, pág. 17 y ss.

(19) En el Diccionario de la Lengua española se define la *Voz Madre* como "Hembra que ha parido".

cho, no se ha podido separar científicamente, el problema de la maternidad era inexistente. Concepción, gestación y parto se producía en una sola persona, y éste último daba lugar a la aparición del concepto de madre. De ahí se derivaba el conocido aforismo jurídico de "Mater semper certa est" (D.2.4.5.). Madre, naturalmente, es la mujer que ha dado a luz a una nueva persona; de modo tal que comprobado el hecho del parto, la identidad del hijo y su coincidencia con la declaración a efectos registrales, se determina ya legalmente la maternidad (Cfr. Arts. 120, 4^o CC; 47 LRC y 181, 182 RRC). La madre, a pesar de ello, podrá negarse a la determinación jurídica de la maternidad (Art. 47 LRC); pero es el hecho del parto el que nos proporciona su concepto. Basta comprobar como el Art. 139 CC señala y tasa los supuestos de *impugnación de la maternidad* con referencia siempre, al mismo dato: "la *suposición de parto*" (que no ha existido tal, Cfr. Arts. 468 y 469 C. Pen) o "no ser cierta la identidad del hijo" (que nacido no se corresponde a quien llevó en su seno).

Disociada la maternidad biológica de la genética por las posibilidades que ofrecen los medios técnicos, se plantea al legislador la cuestión referente al propio concepto de maternidad. Jurídicamente ha de operarse con criterios fijos y generales que permitan dar acogida al máximo número de supuestos que puedan darse en la vida cotidiana -en la realidad social-, distinguiendo sólo allí donde sea estrictamente necesario y preciso.

En el ámbito de la maternidad no creo que, aún en el estado actual de la conciencia social, deba de modificarse o variarse este concepto tradicional de la misma: madre es la mujer que ha gestado y ha dado a luz, pertenezca o no a ella el óvulo (es decir, no sea la madre en términos genéticos). Ese principio de seguridad -tantas veces aquí enunciado- así lo aconseja. No quiere esto decir, sin embargo, que no puedan llegar a establecerse los mecanismos jurídicos apropiados para que la maternidad denominada de gestación o sustitución, permanezca inalterada siempre; es decir, no exista la posibilidad de que a la misma se pueda superponer -en un momento posterior- otra maternidad jurídica.

Si a la maternidad tradicional, incluso estando ya determinada legalmente, puede sucederse la maternidad de adopción -cumpliendo los requisitos que para ésta se establecen-; no parece que exista especial inconveniente técnico para que pueda arbitrarse el medio de llegar a establecer legalmente -de manera sucesiva- otra maternidad en relación a la madre genética cuando sea distinta de la madre de gestación. Con esto quiero decir que el problema, en este punto, no se encuentra tanto en variar

o no el concepto de maternidad tomado como punto de partida, cuanto en regular -si así se cree oportuno- los mecanismos adecuados para que la madre genética pueda llegar a ostentar una maternidad legal.

De hecho la cuestión sólo surge respecto de la llamada *maternidad sustitutiva o de gestación* en la que (pertenezca o no el óvulo a la madre gestante) se pretende excluir la maternidad legal (determinada por el hecho del parto) por el acuerdo entre aquella y los padres -uno sólo o ambos-, genéticos (titulares de las células sexuales) (20). No así, por el contrario, cuando una mujer ha gestado un embrión procedente de donación anónima, o un óvulo no propio (fecundado por el marido o el varón de la pareja), que quiere esa maternidad a todos los efectos.

Reducido su ámbito, parece claro que no se hace preciso -sólo para un caso- el remover el concepto que sirve en la mayoría de supuestos; y que -consequently- el tema se limita a la calificación de la validez y eficacia del "contrato de gestación sustitutiva", y de los posibles derechos que pueda tener la pareja que contrató, particularmente la madre genética (si la contratada gestó un óvulo de aquella), ya que -al no poder disociarse la paternidad biológica y la genética, no existe un especial inconveniente en atribuir la paternidad al hombre "contratante" (salvo que se fecunde el óvulo con semen de donante, en cuyo caso el hijo no tiene una paternidad biológica que atribuirle). ¿Es válido ese contrato? ¿Puede obligarse a la madre contratada a cumplirlo?

En pro de su validez puede argumentarse su similitud con la *adopción*, negocio jurídico de Derecho de Familia admitido en nuestra cultura y de larga tradición histórica. Una adopción que se inicia en el propio acuerdo sobre la gestación y se culmina en el momento del nacimiento. Pero, quizá, son más fuertes los argumentos en contra: un tal contrato, en cuanto siempre suele ser remunerado (se habla, también, de "madres de alquiler") es *ilícito civilmente*. Por su *objeto*: comercio de la vida humana y de la integridad física de la mujer contratada; y en su caso, por su *causa* (Art. 1275 CC) entendida como función económica del negocio. Debe de recordarse que todos los "contratos" que tienen por objeto órganos humanos son configurados como donaciones y se prohíbe, expresamente, la retribución económica (Cfr. Arts. 2 de la Ley 27/X/1979 y Arts. 3,1 del RD de 9/X/1985), y esa es la tendencia que debe de seguir-

(20) Tómese como ejemplo el conocido caso, resuelto a finales de Marzo de 1987 en Nueva Jersey (EEUU) de *Baby M* en el que el Juez decidió "el cumplimiento" del contrato teniendo en cuenta una serie de consideraciones (económicas y ambientales) realmente discutibles.

se, también, aquí. A parte de que no sólo entra en juego el embrión implantado o el semen, sino -como se ha dicho- la propia integridad física de la mujer "contratada".

Es cierto que la madre gestante puede comprometerse a dar el hijo en adopción, pero:

1º. Ello no elimina el que, en primer término, se determine legalmente la maternidad respecto de ella; o si ésta hace uso de la facultad que le otorga el Art. 47 LRC, aquel aparezca con filiación materna desconocida, y la cuestión se reduzca a crear la filiación mediante un negocio (la adopción).

2º. Tampoco tal compromiso previo es coercible -por el propio objeto de la obligación-. Ni siquiera, en la futura regulación sobre la adopción, se permite que la madre gestante pueda dar su "asentimiento" a la misma antes de que se produzca el parto. Y verificado, tal asentimiento -según se prevé en el Art. 177, 2, Segundo último párrafo del Proyecto de modificación (21)- "no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 15 días desde el parto", pudiendo -incluso- ser revocado antes de que se presente la propuesta de adopción (nueva redacción del Art. 1829 letra c) LEC de dicho Proyecto). Lo que pone en evidencia que la maternidad se determina en favor de la madre gestante (de otra forma al carecer de la calificación de madre legal mal podrá prestar su asentimiento).

Si esto es lo que se prevé en materia de adopción y ésta -normalmente- se produce en aquellos casos de maternidad tradicional, parece que una línea similar es la que se seguirá respecto de la maternidad de gestación. En el sentido de que no se puede obligar a la madre que "ha alquilado su útero" a "entregar" al hijo; sí puede -si quiere- darlo en adopción pero conforme a las reglas de ésta. Pero ¿con la finalidad de satisfacer todos los intereses en juego podría el legislador establecer algún tipo de preferencias a la hora de fijar por quien ha de ser adoptado el niño?.

Todo depende del grado de ilicitud (22) que se considere que existe

(21) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. III Legislatura. Serie A. Núm. 22-1 (4 de febrero de 1987).

(22) La tendencia parece ser -no obstante- no solo la de considerar ilícita -civilmente- la maternidad de sustitución sino, también, penalmente.

En el *Informe del Congreso* cit, en las *Recomendaciones 115 a 117* (pág: 166) se excluye de radice: se la prohíbe en cualquier circunstancia y se señala que, en su caso, podrán ser objeto de la sanción penal las personas que participen en el contrato, las que la propicien y los médicos que las realicen; y de otro tipo de sanción los Centros sanitarios o Servicios en los que se lleve a cabo.

en los "contratos" de este tipo que -por otra parte- está en íntima dependencia con los principios éticos que sean preponderantes en la sociedad. Si se califica como completamente ilícito, sin duda alguna no puede luego decirse que la madre genética tiene preferencia a la hora de la adopción, pues la ley no haría otra cosa que proporcionar la vía adecuada para el fraude. Si, contrariamente, se entiende que no es ilícito pero sí incoercible -en el sentido mencionado- la preferencia, siempre contando con el asentimiento de la madre gestante mantenido después del parto, sería el vehículo apropiado para resolver ese conflicto de intereses. Una solución de este tipo, técnicamente, creo que llevaría a calificar -dentro del marco de conceptos ya acuñados- a tal "obligación" de la madre de alquiler como obligación natural: no se le puede exigir pero si cumple -voluntariamente- no puede repetir.

Contrariamente a lo que sucede con la maternidad, el concepto de paternidad -al menos inicialmente- no presenta una problemática especial y diferenciada en cuanto tal. De momento no existe una disociación entre paternidad biológica y genética, de ahí que la cuestión, en este ámbito, se remita a otro punto (que será tratado enseguida) ya tradicional en la materia: el de la determinación legal de la paternidad, los medios para ello y si debe de mantenerse la tendencia -recogida en el Art. 39.2 CE y Art 112 CC- de hacer coincidir la verdad oficial con la realidad biológica.

3. LOS PROBLEMAS DE FILIACION

En materia de Derecho Civil es, desde luego, el Derecho de filiación y en particular los medios técnicos que en éste se recogen para la determinación de la relación paterno/filial, el que resulta más directamente afectado por las nuevas técnicas de reproducción humana.

Una vez que nuestro sistema ha acogido ya el principio de *verdad biológica* (Arts. 39.2 CE y 112, 127 CC y 4 CDC) como base para la determinación de la filiación, queda en entredicho por el avance científico. Quizá no interese, ahora, hacer preponderar la verdad biológica sobre la verdad -por así calificarla- que la sociedad está dispuesta a asumir. A su vez, la cuestión conduce a separar el tema de los medios de determinación de la filiación específicos, del de las acciones judiciales de reclamación e impugnación de la misma.

3.1. La determinación de la filiación

Punto de partida es el hecho de que, sea cual sea el medio que se establezca en la ley, se persigue que los hijos nacidos a través de auxilio de estas técnicas tengan la consideración de “hijos por naturaleza” (Cfr. Art. 108 CC) matrimoniales o no matrimoniales en la medida en que ello sea posible, y en el sentido de que no deba de acudir a un procedimiento específico -la adopción- para conseguir tal resultado.

Conviene distinguir entre la inseminación y fecundación homóloga y la heteróloga para señalar cuales puedan ser los criterios más oportunos a seguir; pues aunque, en principio, la homóloga no suele presentar dificultades, sí las tiene si se parte de que los actuales medios de determinación legal de la filiación que se recogen en el CC (Cfr. Arts. 115 a 119 para la matrimonial y 120 para la no matrimonial) presuponen el principio de verdad biológica (Cfr. Art. 112 CC).

Cuando la reproducción se ha conseguido a través de estas técnicas pero utilizando células sexuales de los dos miembros de la pareja -es *homóloga*- ha de tenerse en cuenta la *relación jurídica* que une a los padres entre sí, y si ambos *están vivos* en el momento en que se produce.

Si existe *matrimonio*, no cabe duda que tanto la maternidad como la paternidad se determinarán legalmente a través de los medios que la ley ya regula al respecto. Con todo dado que ésta se basa -como es suficientemente conocido- en presunciones de convivencia con la madre (Cfr. Art. 116 CC), quizá fuera adecuado el señalar que el consentimiento del marido de la madre a la realización de la técnica (inseminación o fecundación *in vitro*), produce -por si sólo y una vez haya nacido el hijo- la determinación de la paternidad marital sin necesidad de que se establezca -como ahora ocurre- un determinado plazo temporal en el que se presume que existió convivencia marital.

Cuando se trata de la denominada “pareja estable” o situación de *convivencia marital* sin que medie matrimonio la cuestión presenta unos perfiles distintos. El que, en este caso, pueda accederse a la utilización de estas técnicas es algo que queda fuera del marco de los problemas de filiación, aunque sí es una decisión que debe de tomar el legislador a la hora de regular la materia, y en la que la primera dificultad será la de definir o determinar qué deba considerarse como “pareja estable” a estos efectos. En todo caso sí parece que hay una tendencia a que, también, se

extiendan a las mismas (23). ¿Cómo se determina, entonces, la filiación?. Respecto de la madre y si se parte -como aquí se a venido haciendo- del mantenimiento del concepto, no existe problema; sí, -nuevamente- en relación a la paternidad.

También es evidente que el medio del reconocimiento (Cfr. Arts. 120, 1º CC) que ahora se arbitra parece que es suficiente. Con todo convendría que la ley preveyese de manera expresa este supuesto. Si el futuro padre ha prestado su consentimiento a la realización de la técnica con semen propio (bien inseminación, bien fecundación in vitro), debe de considerarse que, aún teniendo que efectuar una posterior declaración de reconocimiento, no puede negarse a ello una vez ya producido el nacimiento; de modo que debe de obligarse al mismo a hacerlo imponiéndole la paternidad. Tanto en un caso (matrimonio) como en otro (convivencia marital), dejando a salvo la posibilidad -dentro del margen que se arbitre- de ejercitar la acción de impugnación de la paternidad si existe posibilidad de que la fecundación no se haya producido a consecuencia de la técnica sino por vías naturales (el supuesto de infidelidad entendido en sentido tradicional) (24).

El otro punto en torno a la determinación de la filiación depende de lo que se resuelva respecto de la posibilidad de utilización del semen o del embrión de la propia pareja (sea o no matrimonial) después de la muerte del hombre. Si se admite que éste pueda disponer del mismo de manera expresa señalando que su mujer pueda ser inseminada o implantado el embrión después de su fallecimiento -lo que parece que es la tendencia que se va a seguir- ¿Cómo se determina tal filiación, en concreto, la paternidad? (25).

(23) A lo largo del *Informe del Congreso* cit. se manifiesta la opinión favorable a que la pareja estable heterosexual pueda acceder a estas técnicas.

(24) Es el caso que parece preverse en la Ley Sueca en cuyo Art. 5 se obliga a presentar al Tribunal que esté decidiendo un caso de paternidad, la información que exista referente a la inseminación artificial. Se trataría del caso en que la mujer inseminada artificialmente (no puede darse en la fecundación in vitro ya que ésta sólo procede cuando la fecundación del óvulo no se puede producir en el útero) hubiera tenido relaciones sexuales con un tercero en la misma época en la que fue inseminada.

(25) La *Recomendación 61* (pág. 159) del *Informe del Congreso* cit. apunta "Los gametos de un miembro de una pareja estable o matrimonio, ya fallecido, podrán ser utilizados por el otro para lograr su propia descendencia, pero -añade- en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido".

También en la *Recomendación 13* (pág. 153) se dice que "Deberá legislarse que el hijo nacido por Inseminación artificial con semen del marido o varón de la pareja estable, o por fecundación in vitro con un embrión congelado originado con semen de aquellos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquellos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o de la herencia del fallecido."

La única vía aquí es la de considerar que la declaración expresa -deberá serlo siempre- sea suficiente para determinar la paternidad. No creo que exista traba a admitir la determinación de la filiación de una persona fallecida pues ya -hoy en día- se recoge un caso análogo o similar: Art. 126 CC. Cuestión diferente es la de si esta determinación debe de comportar -para el hijo- todo el contenido típico de la relación paterno/filial -apellidos, patria potestad, alimentos, derechos sucesorios- o éste deberá de reducirse.

Particularmente pienso que cabe la atribución de los apellidos, no evidentemente- de la patria potestad (porque se extingue con la muerte Art. 169, 1º CC) ni del derecho de alimentos (Art. 150 CC). ¿Quid de los derechos sucesorios?. Un principio de seguridad jurídica exige que el patrimonio hereditario no quede en situación de yacencia durante un largo período de tiempo en espera de que pueda llegar o no a nacer el posible hijo del causante; recuérdese que si no se ha utilizado la técnica antes de la muerte del padre no cabe considerar que el embrión es ya un concebido que debe de merecer una protección en el ámbito patrimonial. Pero ello no quiere decir que -como se advertiera páginas más atrás- no exista un medio jurídico que pueda dar respuesta a este problema como se verá más adelante.

En la *inseminación, fecundación heteróloga*, es palpable el hecho de que el principio de coincidencia entre la relación biológica y la relación jurídica que proclama nuestra actual legislación empieza a cuestionarse, para dar entrada a otro principio que recuerda el de la autonomía de la voluntad contractual: el querer -se podría decir- tener al hijo como propio aunque esa no sea la verdad biológica. Lo que, jurídicamente, asemeja las consecuencias jurídicas de estas técnicas a la adopción.

El que sea la inseminación o implantación del embrión heterólogos, puede venir dado de que bien: el óvulo no pertenezca a la mujer; el semen sea de donante, o ni uno ni otro sean de la pareja a la que se va a atribuir la relación paterno/filial (embrión donado). Si el óvulo no pertenece a la mujer pero es fecundado con semen del otro miembro de la pareja, creo que puede aplicarse el mismo criterio que se ha apuntado para el caso de la inseminación/fecundación homólogas dado que -como se dijo- madre, jurídicamente, es la que ha dado a luz. Respecto de los otros supuestos (semen de donante -embrión donado), el punto conflictivo -manteniendo dicho concepto de maternidad- es el de la determinación de la *paternidad*; y asimismo no es exactamente igual el criterio a seguir si se trata de una pareja matrimonial o de una relación marital de hecho permanente.

Si existe matrimonio, requisito previo a la realización de estas técnicas, en este caso, es el del consentimiento del marido de la mujer. De otro modo no puede ya pensarse -ni siquiera- en la posibilidad de atribuirle una paternidad no correspondiente con la biológica. Quizá pudiera considerarse excesiva la interpretación que ahora se va a formular, pero no creo muy descabellado pensar que la inseminación con semen de donante, o la implantación de un embrión donado sin consentimiento previo del marido, pueda llegar a configurar una causa de separación matrimonial o de divorcio; y no tanto porque se equipare a la infidelidad conyugal (que no lo es) cuanto porque supone, en cierta medida, un incumplimiento de los deberes conyugales (Cfr. Art. 82, 1º CC). No debe de olvidarse que el matrimonio no viene configurado hoy per relationem a la descendencia sino en base a la convivencia y al cumplimiento de los deberes que nacen del status matrimonial (Arts. 45, 73, 1º y 67, 68 CC) (26).

¿Al marido que ha prestado su consentimiento se le atribuye la paternidad marital desde el momento del nacimiento (27)? Aquí las presunciones de los arts. 116 y ss. CC sí que decaen y debe de arbitrarse, específicamente, un medio de determinación -en favor del marido de la madre- de esta paternidad. La línea a seguir puede ser diversa: bien la de que éste adopte al hijo de su mujer, bien la de que baste, legalmente, con su declaración de voluntad de admitir al hijo como propio ratificada después de su nacimiento en documento auténtico o por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil donde deba de procederse a la inscripción de nacimiento. De estas dos posibilidades pienso que, quizá, la segunda sea la más adecuada pues evita el trámite de la adopción en un caso en el que si se parte del anonimato del donante, normalmente no se va a producir la determinación respecto de una persona distinta.

(26) También en el *Informe del Congreso* cit. se prevé la necesidad de este consentimiento previo ("conocimiento y consentimiento previo escrito") por parte del marido de la mujer. *Recomendaciones* 27 y 28 (pág. 155).

(27) En la *Recomendación 100* (pág. 164) del *Informe del Congreso* cit. solo se prevé -con carácter general- que "Deberá regularse (cuando se haya prestado el consentimiento) que serán los padres legales del o de los hijos que nazcan". Sin señalar cual pueda ser el mecanismo adecuado para acceder a esta paternidad legal.

Por su parte -en una relación muy poco afortunada y muy confusa- la *Proposició de Llei de Esquerra Republicana* (BOPC nº 10 2 cit) en su Art. 7 decía: "La paternitat legal es determinarà a partir de la certificació del centre mèdic autoritzat d'acord amb les normes següents:

a). La mare serà la dona de haurà parit l'infant, però si aquest prové de l'ovocit d'una altra dona, el procediment legal d'adopció per part dels pares genètics podrà iniciar-se immediatament després del naixement. (?)

b). El pare, si legalment n'hi ha (?), serà el que determini la declaració formal de la voluntat d'una parella d'esser pares" (?)

Ciertamente dicha solución supone aplicar a la filiación matrimonial un medio de determinación que es, típicamente, de la no matrimonial -ya que es una declaración- (Art. 120 CC); con todo tampoco debe de olvidarse que estos medios, también, hoy pueden determinar una filiación matrimonial: así en la calificación como matrimonial del hijo nacido después de los 300 días de la separación o divorcio o del nacido con anterioridad al matrimonio de los padres (Arts. 118 y 119 CC). En todo caso lo que parece evidente es que el marido de la madre no podrá oponerse a que se determine su paternidad si prestó el consentimiento previo.

Si se trata de una "pareja estable", la solución es necesariamente diversa. El consentimiento previo deja de tener, en mi opinión, el carácter de requisito necesario (28) por la interpretación que se dió al mismo líneas más arriba. Al no existir la relación jurídica matrimonial, la mujer puede decidir individualmente sin que su situación, con respecto a su pareja, pueda modificarse jurídicamente como consecuencia de haber accedido a la maternidad a través de estas vías (29). No obstante, si el consentimiento previo se ha prestado sí que debe de vincular, de alguna manera, al futuro padre en el caso de que llegue a haber descendencia.

¿Y en cuanto al modo de determinación?. Aquí, igualmente, las vías posibles son o la adopción o el reconocimiento (30). También lo más adecuado es establecer un medio lo más sencillo posible cuando ha existido ese consentimiento previo: el que se permita una declaración de admisión de la paternidad, ratificando aquél bien en documento auténtico, bien por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil. La solución -como se observa- es la misma en ambos casos, sólo que en el primero la filiación devendría matrimonial y en éste no matrimonial.

Ha de llamarse la atención acerca de que esa *declaración de admisión de la paternidad* (matrimonial y no matrimonial) aunque presenta similitud con el reconocimiento no es tal pues falta el presupuesto básico de éste (el que se trate del hijo propio); de ahí que deba de regularse espe-

(28) No obstante, en las *Recomendaciones 27 y 28* (pág. 155) del *Informe del Congreso* cit. se prevé como necesario, también, el consentimiento del varón de la pareja estable; lo que -por lo que se dice en el texto- no parece tan imprescindible (aunque no está de más el que aquel pueda prestarlo).

(29) Aunque es evidente que si la técnica se practica sin el conocimiento y consentimiento del varón de la "pareja estable", sí se producirá una modificación en el plano de la relación personal en la mayor parte de los casos.

(30) La *Recomendación 100* (pág. 164) del *Informe del Congreso* cit. señala -con carácter general pero sin especificar el medio de determinación legal- que deberán ser "los padres legales del o de los hijos que nazcan".

cial y separadamente de aquel y, también, del procedimiento de la adopción. Si falta consentimiento previo, tratándose de una relación matrimonial de hecho, es claro que el compañero de la madre sólo podrá acceder a la paternidad a través de la adopción.

En el ámbito de los medios de determinación de la filiación constituye un supuesto diferenciado el de la *maternidad de sustitución o gestación*. Si se parte -como aquí se ha venido haciendo hasta ahora- de que debe de mantenerse el criterio de que madre es la que dá a luz -sea o no sea propio el óvulo fecundado- la paternidad no ofrece una especial dificultad cuando se ha fecundado el óvulo de la mujer contratada con el semen del varón de la pareja que la contrató, ya que al existir una relación biológica puede acudirse a la vía de la adopción para acceder a la maternidad legal. De otra parte está claro que si la mujer que gestó estaba casada, respecto de su marido deberá de cesar la presunción de paternidad marital (Art. 116 CC), sin necesidad de que lleve a cabo una especial declaración de desconocimiento de la misma (como ocurre en el caso contemplado en el Art. 117 CC), bastando con que conste -de manera fehaciente- la realización de la técnica. También aquí podría reiterarse algo que se dijera en las líneas anteriores: el marido de la mujer que gesta un hijo no suyo deberá de prestar su consentimiento a ello, de otro modo -quizá con más razón- la decisión independiente de la mujer podría venir a constituir una causa de separación conyugal o divorcio por "violación grave de los deberes conyugales" (Art. 82, 1º CC).

La maternidad de sustitución o gestación puede o no admitirse en una futura legislación; la tendencia parece que es la de prohibirla sancionándola de algún modo (31). No obstante ello no empece a que, a pesar de la prohibición o trabas que puedan llegar a ponerse, lleguen a producirse y a practicarse; se hace preciso, entonces, -aun en este caso- dar una respuesta al tema referente al de la determinación legal de la filiación.

3.2. *Las acciones de filiación*

Las acciones de reclamación e impugnación de la filiación parten hoy- como es sabido- del presupuesto básico de la verdad biológica. Se reclama la filiación, la paternidad o maternidad, porque ésta existe y se demuestra -en el proceso- a través de las pruebas biológicas. Se impugna

(31) El *Informe del Congreso* cit. (Recomendaciones 115 a 117, pág. 166) -como ya se dijo- excluye de radice esta posible maternidad, incluso apuntando su posible carácter delictual. Vid la nota 22.

la verdad oficial que consta porque la relación paterno-materno/filial no coincide con la relación biológica. Gravita sobre las mismas el principio de "investigación de la paternidad" que se recoge en el Art. 39.2 CE y, en su traducción positiva, en el Art. 127 CC y Art. 4 CDC.

Cuando -como sucede con estas técnicas- la verdad biológica no coincide con la genética, estas acciones quedan, necesariamente, afectadas.

¿Hasta qué punto el principio constitucional impide que se restrinja el alcance o la utilización de estas acciones? ¿Qué interés debe prevalecer: el del hijo en conocer la verdad de su origen o el de los padres que han acudido a estas técnicas para lograr la descendencia? Creo que es posible, sin modificar el precepto constitucional, y sin que pueda tildarse de inconstitucional la ley que lo regule, armonizar todos los intereses en juego restringiendo el actual alcance de las acciones de reclamación e impugnación.

Efectivamente, si se lee con atención lo que se contiene en el Art. 39.2 CE se puede observar como, en él, no se establece un principio general *ilimitado* en pro de la investigación de la paternidad al que deba de someterse el legislador. Se habla, en éste, de que "la ley *posibilitará* la investigación de la paternidad" y no de que ésta será libre: el legislador -viene a decir- pondrá al alcance de quien corresponda los medios suficientes para llegar a investigar la paternidad, pero no impone el que deba de permitirla siempre. Buena muestra de ello es que el *Art. 127 CC* -que desarrolla a dicho precepto- impone, ya de entrada, una traba: "El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde". La investigación no se permite, en todo caso, sino que puede restringirse (32). Quiere esto decir, a mi entender, que nada obsta a que el legislador, en casos determinados y particularmente en relación a aquellos en los que existe constancia de la utilización de las técnicas de reproducción humana, puede limitar el alcance de las acciones de filiación sin que una ley que así lo hiciera fuese inconstitucional.

(32) Rivero, Francisco, "La filiación" en *El nuevo régimen de la familia*. II Madrid 1982, pág. 34, en relación al actual *Art. 127,1 CC* señala que "... este precepto hace una declaración de principios mas que crear una verdadera acción de investigación de paternidad (maternidad) como la terminología al uso y los precedentes en nuestro Derecho podían hacer pensar". De ahí que -como se dice en el texto- pueda, por una parte restringirse (ya que así se ha hecho) el alcance de esa "acción" de investigación que proclama el Art 39,2 CE; y de otra. arbitrarse una nueva (en el sistema del Código Civil, no así en el de la CDC en el que ya se acoge como acción. Cfr. Art. 4,1 CDC) especialmente adecuada para estos nuevos supuestos -como se dice más adelante-.

Despejada esta primera cuestión, conviene ver en qué medida y cómo se puede arbitrar ese *límite* a estas acciones. Ello obliga a distinguir la posición del hijo de la de los diversos padres/madres respecto de los que pueda predicarse una relación biológica o genética. Partiendo -en todos los casos- de los conceptos y modos de determinación legal que aquí se han señalado en las páginas que anteceden:

a). *Las acciones que puede ejercitar el hijo:*

Existe una especial sensibilización, en la sociedad, respecto al hecho de que al hijo -si le interesa- no se le puede negar el que, cuando tenga suficiente juicio, pueda llegar a tener conocimiento de sus orígenes reales. Es consecuencia del principio de verdad biológica (33). Pero dicho conocimiento entra en conflicto con otros intereses, también, dignos de protección.

La única manera de dar entrada al ejercicio de las acciones de filiación sería -a mi entender- la de creación de *una nueva y particular para este caso*, con un alcance, también, limitado. Dar cabida a una *acción de investigación de la paternidad/maternidad pura* (34), entendiendo como tal aquella que tuviera sólo por objeto el llegar a conocer los caracteres físicos y psíquicos del padre/madre genéticos, sin más trascendencia en el ámbito de la determinación de la filiación. Es decir, sin que -como ahora sucede- la investigación sea el medio bien para reclamar la filiación frente al progenitor genético, bien para impugnar la que se ostenta frente a aquel de los progenitores que no es el padre/madre genético (35).

(33) Sensibilización que no debe de llevarse -en mi opinión- al extremo de negar la licitud de las mismas, como lo ha hecho la *Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe* cit. en la que se llega a afirmar que "La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo (?), lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal (!?)". Por esa misma razón los hijos adoptivos serían lesionados, también, en sus derechos.

En una línea más realista, la Ley Sueca sobre Inseminación artificial fue modificada -como es conocido- en 1985 para levantar el anonimato del donante, dando acceso al hijo a conocer el contenido del informe, conservado en el hospital, referente al donante (que es lo que, realmente, interesa).

(34) Esta acción independientemente de investigación de la paternidad/maternidad no se recoge en la legislación actual. En el CC (vid nota 31) no existe como tal acción sino como medio de prueba; en el Derecho Catalán (Art. 4,1 CDC) sí que se regula como acción judicial pero, en ningún caso, desligada de la de reclamación o impugnación.

Lo que aquí se propone -como se dice en el texto- es una acción propia y especial de investigación con un contenido específico, sin que suponga nunca la imposición judicial de la paternidad/maternidad (salvo en el caso que se apunta) al donante de las células sexuales o embriones.

(35) El *Informe del Congreso* cit. dedica varias *Recomendaciones* a este punto.

De este modo, de regularse esta nueva acción, bien podría decirse que la determinación de la filiación a través de la declaración de asunción que hace le padre, o del hecho del parto (sea o no propio el óvulo) devienen inamovibles: el conocimiento no les afecta. De otra parte, tal investigación -así configurada- tampoco impone la carga de paternidad/maternidad a aquellos que donaron sus células sexuales o embriones para tal finalidad. Lo que está en íntima relación con el carácter anónimo que se quiere establecer para los mismos.

Ni qué decir tiene que cuando el medio de determinación legal haya sido la adopción del hijo, al entrar en juego las reglas de ésta, la misma deviene inalterada sea cual sea el resultado de la investigación (Cfr. Art. 177,2 actual Art. 180,4^o del Proyecto de reforma). Quizá, precisamente, esa similitud que guarda con la adopción, aconseja arbitrar esa inamovilidad de la determinación de la filiación de la que aquí se habla. Sólo en un supuesto, quizá, podría admitirse el ejercicio de las acciones de reclamación/impugnación tal como vienen ahora configuradas: cuando se tenga la certeza de que, a pesar de que se practicó la inseminación (no es probable si se trata de implantación de embriones ya fecundados) la madre mantuvo relaciones sexuales, en la época posible de la concepción, con otra persona distinta de su marido o compañero y pueda saberse quien es. El objeto de la prueba, en este supuesto, deberá de dirigirse a demostrar -lo que será relativamente sencillo- que la fecundación se produjo a través de vías naturales y no artificiales. Y probado, lógicamente, habrá lugar a la imposición de paternidad de aquel que mantuvo relaciones con la madre; destruyéndose la declaración de admisión del marido o varón (salvo que, en este último caso, la vía escogida hubiera sido la de la adopción).

b). *Las acciones que puedan ejercitar los padres:*

Cabe distinguir -por su distinto objeto- las de *reclamación* de las de *impugnación*.

En la n^o 49 (pág. 157) se dice que "Los donantes de gametos y embriones deberán ser advertidos de la posibilidad de que el o los hijos nacidos de su donación deseen ampararse en la Constitución y en las leyes para intentar recabar la investigación de la paternidad".

En la n^o 111 (pág. 166) se advierte que "Los hijos nacidos de donantes, tendrán derecho, llegada la mayoría de edad, a conocer las características biofísicas de los donantes, pero no su identidad".

La n^o 112 (pág. 166) señala que "Deberá establecerse legalmente si los hijos nacidos de donantes pueden recurrir al amparo constitucional y a las leyes para recabar la investigación de la paternidad".

Y la n^o 113 (pág. 166) que "En cualquier caso, la investigación de la paternidad no deberá tener consecuencias legales para los donantes de gametos o embriones".

La reclamación de paternidad/maternidad por parte de los que donaron sus células sexuales (semen-óvulos) resulta imposible si -como esa es la idea- se parte de la base del absoluto *anonimato*. Estos donantes sólo pueden verse expuestos a que se conozca su historial clínico (condiciones físicas y psíquicas) sin que pueda imponérseles la paternidad/maternidad, ni puedan ellos reclamarla. Deberá de configurarse bien, por lo tanto, el acto de "donación" para que queden fuera de la relación paterno-materno/filial a efectos legales (36).

Con todo, la reclamación (unida a la correspondiente impugnación) no se podrá negar a la persona, distinta de quien figure legalmente como padre, que hubiere tenido relación con la madre en la misma época en que ésta fue inseminada artificialmente (sea con semen del marido o de un tercero). No obstante aquí entrará plenamente en juego lo que se dispone en el Art. 127,2 CC respecto de la necesidad de aportación de un principio de prueba. La mujer cuyo óvulo (madre genética) fue gestado por otra (sea la fecundación homóloga o heteróloga), si ésta se hubiera negado a cumplir el "contrato", no debe de estar legitimada para reclamar su maternidad si se mantiene el criterio de que la madre es la que gestó y dió a luz. Pues sólo -como quedó dicho- podrá acceder a la maternidad legal a través de la adopción a la que no puede obligarse a la mujer que gestó (Art. 177,2, Segundo del Proyecto de modificación de la adopción).

En cuanto a la *impugnación*, de lo que se lleva dicho resulta que sólo merece un especial tratamiento la que pueda ejercitarse por el que ostente la condición de padre legal a través de la declaración de asunción de su paternidad (no cuando ha existido adopción). Aquel que prestó consentimiento previo y después asumió, o sólo prestó su consentimiento porque estando casado con la madre se inseminó o se fecundó in vitro el óvulo con semen suyo; deberá de negársele legitimación para ejercitar la acción de impugnación de la filiación. Salvo que se dé el supuesto más arriba mencionado: que la madre hubiera tenido relaciones sexuales con otra persona en la época en que fue inseminada artificialmente con semen del marido o del donante anónimo (37).

(36) La *Recomendación 50* (pág. 158) del *Informe del Congreso* cit. es terminante en este punto; se dice en ella que "Los donantes de gametos y embriones, en ningún caso podrán reclamar ni ser reclamados para el cumplimiento de las responsabilidades ligadas a su paternidad o maternidad".

(37) También, a este respecto, el *Informe del Congreso* cit. es terminante en su *Recomendación 108* (pág. 165): "Deberá prohibirse cualquier acción de filiación, cuando los padres hayan consentido la realización de estas técnicas a la mujer, previa, expresamente y por escrito. Creo -como se dice en el texto- que debe de dejarse, en algún caso muy concreto y específico, un cierto margen de flexibilidad.

Naturalmente todos estos consentimientos a los que se ha aludido hasta ahora, deberán de haberse prestado con entera libertad y conocimiento. Esto supone plantearse la posibilidad de que se admita su impugnación por vicios del consentimiento -como ocurre en sede de reconocimiento- (Cfr. Arts. 138 y 141 CC).

No creo que sea conveniente el preveer una impugnación en base al puro error (sin más connotación) que haya podido padecer el que prestó su consentimiento (38). En cambio, sí cabe admitir tal impugnación cuando el *error* pueda calificarse de *doloso*: fue engañado acerca de la operación a la que se sometía a la mujer, bien por ésta, bien por ésta en convivencia con el equipo médico que la practicó (39); y cuando sufrió violencia o intimidación. Probados el error doloso, la violencia o la intimidación, su trascendencia jurídica se podría traducir en un doble momento: una antes del nacimiento -si cesan antes de éste- en cuanto a eliminar la obligatoriedad de ratificarlo de la que se ha hablado aquí; y otro, en uno posterior si después del nacimiento se ratificó porque persistía el vicio, para dar lugar a la impugnación de la paternidad. Debería, en todo caso, establecerse -si se acoge tal impugnación- un plazo de caducidad razonable para el ejercicio de esta acción (40).

4. ASPECTOS SUCESORIOS

Es posible que pueda disponerse, de manera expresa, que bien el semen depositado sea utilizado por la viuda o mujer que convivió con el fallecido; bien el embrión formado con el óvulo de la mujer y el semen del

(38) Parece muy importante que pueda hablarse, en estos casos, de que el marido de la madre o el varón sufrió error al consentir la realización de la técnica, sobre todo si se parte de que la información previa es un requisito indispensable para llevarla a cabo.

(39) El dolo -como tal- no tiene cabida en los negocios familiares pues es un vicio propio de los negocios de carácter patrimonial (Cfr. Art. 1269 y 1270 CC). Con todo la conducta de la otra parte o de un tercero que induce a error al otro -el *error doloso*- sí puede tenerse en consideración en los mismos. Dadas las especiales características de estas técnicas y la manera probable en que se regularán creo -como se dice en el texto- que el error puro debe proscribirse, y en cambio admitir expresamente y con esta terminología el error doloso.

(40) En la *Recomendación 101 del Informe del Congreso* cit. parece apuntarse algo similar, pero no se distingue ni se habla, en la misma, de una posible impugnación por vicio. Se señala que (pág. 164) "El marido o el varón de una pareja estable, a cuya mujer se ha realizado una inseminación artificial con semen de donante o una fecundación in vitro con material germinal donado, sin que él haya dado su consentimiento -o cuando si hubo consentimiento éste fue desatendido en sus términos sustanciales probadamente-, podrá renunciar al hijo nacido, que será registrado como sin padre". Como se observa el supuesto que se contempla es diverso (no hay consentimiento) pero apunta la posibilidad aquí enunciada (fuera desatendido).

marido (o varón) fallecido, sea implantado a ésta después de su muerte. Esto provoca, también, ciertas modificaciones en el fenómeno sucesorio tradicional que deberán ser tomadas en consideración por el legislador (41).

Una primera es ya el mismo hecho de tal disposición y el medio donde deba contenerse. Tal disposición, en mi opinión, es perfectamente válida y no presenta especiales dificultades de regulación. La autorización deberá de constar, siempre, de forma expresa e indubitada. ¿Es necesario que se contenga en testamento?. Creo que ello no es preciso, no obstante es ineludible el que revista forma documental y que la voluntad se haya declarado de manera que no deje lugar a dudas.

El nacido (y concebido) después del fallecimiento del padre -como se dijo- no tiene ahora, ni debe tener el mismo tratamiento que el concebido, pero es posible arbitrar el medio legal para llegar, en su caso, a atribuirle parte del caudal relicto por su padre.

No hace falta recurrir a la imaginación para resolver la cuestión si la solución se refiere a través de la *vía voluntaria* (se hace testamento). Puede recomendarse, a quien se encuentre en esta circunstancia, que disponga una *sustitución fideicomisaria condicional* nombrando heredera fiduciaria a la mujer con la carga de restituir el fideicomiso al hijo cuando nazca y si nace, o bien -caso de que no llegue a nacer- a otro pariente o persona. Instituciones que en la época actual han caído en desuso sirven, no obstante, para resolver problemas hasta ahora no imaginados.

Por el contrario, la *ausencia de testamento* obliga a acudir a la creación de algún medio posible a través del que pueda atribuirse, al menos en parte, el patrimonio hereditario del padre si se acepta que pueda tener algún derecho de este tipo. Una solución posible sería la de preveer que, cuando se produce esta circunstancia -muerte sin testamento- el caudal hereditario se atribuye a los herederos ab intestato a quien corresponda -de acuerdo con el orden sucesorio que establece la ley- pero gravado con la *carga legal* de que, en cuanto nazca un posible hijo del fallecido, deberá de restituirse a éste, al menos, aquella parte que -como legítima (42)- le hubiera correspondido en el patrimonio hereditario si hu-

(41) Vid la nota 25. El legislador español parece que admite la posibilidad -como se dijo- de disposición para después de la muerte, pero precluye -no del todo justificadamente en mi opinión- el que puedan atribuirse derechos sucesorios.

(42) La referencia a la legítima no se hace en su concepto técnico sino puramente cuantitativo; es decir, para señalar el mínimo (un tercio, dos tercios, una cuarta) del valor del patrimonio hereditario del padre fallecido que deba de restituirse a sus descendientes.

biera estado concebido en el momento de la muerte del causante. O, si se considera que el hijo debe de recibir una mayor parte, aquella que se estime oportuna.

En todo caso parece evidente que esta carga que se impusiera a los herederos intestados no debería de pesar, indefinidamente, sobre el patrimonio hereditario. Teniendo en cuenta, de una parte el tiempo máximo que puedan conservarse el semen y el embrión congelados sin mengua de sus cualidades; y el tipo de esterilidad que pueda padecer -en su caso- la viuda, deberá de establecerse un plazo máximo en el que la descendencia de ésta pueda ostentar ese derecho hereditario respecto del patrimonio de su padre, pasado el cual los herederos no deberán restituir nada aunque llegue a producirse un ulterior nacimiento.

Para tal restitución quizá fuera aconsejable que se estableciera una opción, en favor de los herederos ab intestato, de pago bien en los mismos bienes de la herencia -si persisten en el momento del nacimiento- bien en metálico, a su elección. Esta carga real encontraría -como puede fácilmente deducirse- su justificación en un presunción de la voluntad del causante que arranca de la propia autorización a la utilización de su semen después de fallecido. De este acto de voluntad se deduce que no sólo quiso tener descendencia y que llevara su apellido, sino que también participara en su patrimonio.

Supuesto distinto de éste es el de la posible destinación "post mortem" de los embriones cuando ambos padres hayan fallecido (la técnica fue homóloga), o haya muerto la madre a la que debía de implantarse. Partiendo de que siempre es necesario que se haya declarado expresamente, en forma documental, que se pueda utilizar tal embrión para ser implantado en otra mujer, conviene distinguir las diferentes situaciones que pueden producirse:

1). Que ambos padres hayan fallecido habiendo sido el embrión fecundado con células propias. Se puede preveer, por éstos, que el embrión pueda ser utilizado para implantar a otra mujer, e incluso -yo diría- a una concreta siempre que pertenezca -en este último caso- a su círculo familiar. No se trata aquí de una donación de embrión sino de un depósito del mismo con una finalidad ya prevista expresamente.

2). Que haya fallecido la madre a la que debió implantarse y el embrión fue formado con óvulo propio de ella y semen de su marido o pareja. La mujer puede autorizar al varón a que lo utilice para obtener su

propia descendencia, en lógica consecuencia a que se admite en el caso contrario (cuando el varón ha fallecido).

3). Que la madre fallezca pero el óvulo fecundado no fuera propio. Aquí, a su vez, pueden darse dos variantes: el semen era propio del marido o del otro miembro de la pareja; era de donante. Tanto en un caso como en otro pienso que la mujer no tiene, aquí, nada que decir ni autorizar, y sólo el varón (cuando se utilizó su semen) es el que podrá decidir acerca del destino de tal embrión; no cuando se trate de un embrión donado.

¿Deben de otorgársele algún tipo de derechos sucesorios a esta posible descendencia ulterior?. A mi entender, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la inseminación e implantación post mortem del marido o varón de la pareja en el que cabe -como se dijo- esa posible previsión legal, no creo que pueda mantenerse el mismo criterio de aquí.

Queda fuera de dudas el supuesto comprendido en el número 3 en el que la formación del embrión ha sido heteróloga. ¿Quid de los otros dos?.

En el primero, dado que se ha producido la muerte de ambos padres, por aplicación de los criterios que se han venido utilizando hasta el momento, ni hay concebido ni, implantado en mujer diferente, habrá una relación que subsista después de la muerte con los padres genéticos; a contrario de lo que sucede en la inseminación post mortem o en la implantación del embrión (la madre sigue existiendo) cuando sólo el padre ha fallecido. Padres legales serán: la madre que gestó y el marido o compañero de ésta. No veo posibilidad de otorgarles derechos sucesorios en la herencia de los padres genéticos, ni tampoco lo creo conveniente. Ello, naturalmente, sin perjuicio de que, mediante la vía voluntaria, se haya podido preveer -por los padres genéticos- una sustitución fideicomisaria en favor de la descendencia que pueda tener determinada persona o pareja (a la que se autorizó para la utilización del embrión).

Con mayor claridad -por lo expuesto- debe de rechararse (siempre dejando abierta la vía de la disposición testamentaria) que en el supuesto del número 2, el hijo del marido (varón) de la madre fallecida que gestó otra mujer después de la muerte de aquella pueda ostentar derechos hereditarios en el patrimonio de la misma; pues madre -según lo que se viene diciendo- será aquí la que gestó y no la fallecida (43). No veo posible

(43) De todos los posibles casos mencionados, la *Recomendación 102* (pág. 165) del *In-*

que la ley pueda reconocer tales derechos sobre el patrimonio de la "madre genética difunta" en tanto en cuanto ni siquiera -aunque viviera- en ese caso (que es el de la maternidad de sustitución) hubiera podido atribuirse de manera directa (y sí sólo superpuesta: adopción) la maternidad legal (madre es la que dá a luz).

Quizá esta conclusión a la que se llega es -objetivamente mirada- injustificada ya que, en el caso contrario (fallecimiento del varón), se ha sostenido abiertamente la posibilidad de que el hijo pudiera obtener parte del patrimonio hereditario. La única solución sería sólo la de admitir abiertamente -con carácter excepcional y restringido a este supuesto- esta maternidad de sustitución cuando la madre genética a la que debía de implantarse el embrión haya fallecido.

De todas formas, una tal excepción -no nos engañemos- no deja de tener riesgos pues admitiendo una ¿no puede decirse que las demás son, igualmente, dignas de protección y no deben proscribirse?. Máxime, si analizando detenidamente el tema, el interés protegido no es exactamente el mismo. En efecto, en la maternidad de gestación o sustitución en vida de los futuros padres, aunque exista una remuneración, el interés de los padres está en la propia descendencia en sí misma considerada. Por el contrario, en el supuesto de la maternidad de sustitución porque la madre ha muerto, si se admitiera que el hijo así nacido pudiera tener parte del patrimonio de ésta ¿no se vería más el interés económico que el puramente familiar (tener descendencia)?.

En realidad, la misma reflexión es extensible a todos aquellos casos en los que -al menos inicialmente- el sistema de determinación legal de la paternidad / maternidad que aquí se ha delineado no ofrece las trabas que se dan en este supuesto. De ahí que el legislador, a la vista de las circunstancias, deba de ponderar -a la hora de afrontar la legislación positiva- todos los intereses en juego tratando de ofrecer aquella respuesta que más se acomode a lo que la sociedad ya, ahora, admite (44).

forme del Congreso cit. solo recoge uno "Cuando se hayan donado embriones de una pareja previamente fallecida -señala-, la pareja receptora serán los padres legales, y sus hijos serán sus herederos (y no de los donantes), siempre que la pareja receptora haya dado su consentimiento expreso y escrito". Me parece, no obstante lo dicho, correcto que en este caso se nieguen derechos sucesorios.

(44) Quizá, por estas dificultades -a primera vista insuperables- el *Informe del Congreso* cit. se haya decidido claramente por recomendar que -sea cual fuere el caso- es posible la utilización post mortem de células o embriones, pero no deben reconocerse derechos sucesorios a los nacidos.

No veo porque -como se dice en el texto- no se pueda arbitrar la técnica adecuada para hacerlo posible, dada la presumible voluntad del o de los causantes; siempre distinguiendo netamente cada uno de los casos.

Podrían seguir apuntándose otra serie de problemas que las nuevas técnicas de reproducción humana plantean desde la vertiente meramente jurídica y que inciden en el ámbito penal -calificación como delictual de las conductas- y en el administrativo -Centros médicos, creación de Comisiones... etc-. No obstante, estos escapan del objetivo de estos apuntes en los que -como se dijo al principio- sólo se ha pretendido poner por escrito las reflexiones e ideas que me ha sugerido el tema a la hora de poner al día conceptos propios del Derecho Civil.