

## La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida

Por FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Deusto

### I. EL NACIMIENTO ARTIFICIAL DE LA VIDA. EL ESTADO DE LA CUESTION

La Ley de la Fecundación Humana Asistida que recientemente ha aprobado nuestro Parlamento ha catapultado a nuestro país a ser el pionero en la regulación de las técnicas de reproducción (obviamente, sin omitir la reglamentación sueca de 1985, restringida al campo de la inseminación artificial en la *pareja*).

No se pretende en el presente estudio, más que exponer una reflexión crítica a la citada ley, sin ánimo de exhaustividad en su comentario.

El *dubium*, o la correcta fijación del problema a juicio del exponente, ha de situarse en las ingentes posibilidades que ofrece la ingeniería genética, la Biomedicina en el campo de la reproducción humana, en tanto en cuanto la imposibilidad «física» para llevar a cabo la generación o procreación, debido a la esterilidad o infertilidad del sujeto en la relación de pareja y/o *uti singuli*, se recurre como alternativa al empleo de las técnicas de fecundación asistida, en las que como *prius* o punto de partida el factor generativo queda separado del elemento unitivo —relación coital— produciéndose la procreación *a posteriori*, necesitándose la intervención de un tercero —médico— en el proceso causal fecundante.

Naturalmente, conviene precisar que el mencionado recurso terapéutico se produce no sólo en una situación de relación interpersonal de la pareja —unida o no por vínculo formal—, sino *mutatis mutandis* en mujer sola, ya que al respecto resulta expresivo tanto el punto segundo del artículo 1 de la ley (*finalidad de la misma la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación*), como el artículo 6, en cuanto que posibilita a *toda mujer* ser receptora o usuaria de las técnicas que se regulan. Basta incidir al respecto que a mi modo de ver se focaliza el funcionamiento de aquéllas en una concepción patrimonialista, es decir, en un derecho *al niño*, o

lo que es lo mismo, a una realización sin límites a la maternidad, instrumentalizando al hijo y/o *in fieri*, cual si fuera un objeto, y no alguien *per se* dotado intrínseca y ónticamente de finalidad propia sin quedar supeditado como un simple medio para alcanzar aquélla.

Es notorio que en esta exposición del tema la revolución biológica convulsiona de raíz el orden jurídico familiar, en la propia configuración antropológica de los conceptos y categorías, tales como *paternidad*, *maternidad* y, asimismo, en la alteración subsiguiente en la determinación de las relaciones *a patre* y *a matre* en la filiación del hijo. Añadamos además la circunstancia que la fenomenología o sustrato en la normativa del Derecho familiar redundan en una auténtica revolución social, no ya en el cambio y evolución de los principios de orden público aplicables a la indicada materia, sino del mismo modo en la nueva concepción y base sociológica sobre la que han de aplicarse de *lege lata* las normas *ex novo*.

No se olvide, asimismo, que frente al supuesto de hecho científicamente tan innovador, no puede asegurarse que exista una concienciación social unánime que acepte sin reservas la heterogeneidad y variedad tan casuista de los distintos métodos reproductivos, no tanto en cuanto a la finalidad en su actuación (remediar el problema de la *esterilidad* humana), sino en las posibles desviaciones que comporta su utilización en el terreno de la manipulación genética. Congruentemente no debe obviarse el dato que la esencia del Derecho se desenvuelve dentro de una cosmovisión deontológica, es decir, «*de lo que debe ser*», y no, por el contrario, de lo que es —ontológico (*ex facto non oritur ius*)—. Es lógico, por tanto, que las normas dictan o prescriben *lo que debe hacerse o evitarse*, no lo que ocurre de *hecho* a diferencia de otras disciplinas. En razón a lo expuesto, el legislador, al abordar la licitud o no de los distintos métodos reproductivos, ha deslindado los supuestos lícitos de los que no lo son; así, por ejemplo, proscribió la nulidad del arrendamiento de servicios que supone la maternidad subrogada (artículo 10).

## II. LAS RELACIONES PATERNO/MATERNO FILIALES EN LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Procedemos a continuación a analizar someramente algunos aspectos de la regulación citada, centrándonos en el capítulo atinente a la filiación, que en la distribución sistemática de la ley se intenta explicar (defectuosamente, en pura técnica legislativa, a mi modo de ver) dentro del Capítulo III, en el apartado epigrafiado «Los padres y los hijos», al que el legislador dedica los artículos 7, 8, 9 y 10.

*Prima facie*, es indudable que *ex iure condito* al quedar separado como indicábamos con anterioridad, *el acto en sí* de la cohabitación de la acción o efecto procreativo los conceptos a la sazón tradiciona-

les de paternidad y/o maternidad, en el fenómeno de la reproducción humana asistida no nos sirven, en tanto en cuanto aquí la figura de padre no coincide con la de progenitor (excepción hecha de la llamada fecundación homóloga), con lo que el principio rector de la (no tan vieja) reforma de filiación, *patres ii sunt quos sanguis demonstrat*, no es aplicable *recta vía* en cuanto a la determinación efectiva del vínculo de filiación. Reafirma esta reflexión mi opinión personal, en cuanto al sentido de toda norma jurídica, de quedar desfasada en relación al momento en que se dictó, e incluso nacer ya con la tacha de extemporaneidad; ya que, por una parte, el ordenamiento jurídico suele ser *reactivo* más que innovador, y, por otra, tiene necesariamente vocación de permanencia, mientras (y es un hecho notorio en nuestro caso) la realidad social que toma en consideración es esencialmente cambiante (remito a nuestra obra *Fecundación artificial y Derecho*, Editorial Tecnos, 1988). La consecuencia inmediata es que se nos obliga a reconceptuar una nueva «relación jurídica familiar» donde la determinación de la filiación materna y paterna no derive necesariamente de los lazos sanguíneos o genéticos.

Esto supuesto, se entiende que si el legislador de 1981, al reformar el articulado de filiación, elevó a la categoría de *prius* o principio rector en las relaciones familiares la verdad biológica al punto de sustituir el viejo apotegma pauliano (*pater is quem nuptiae demonstrat*), por uno nuevo, donde la imputabilidad del dato génico se impusiera sin restricciones al causante de la cohabitación (*pater is quem sanguis demonstrat*), se entiende en base a este razonamiento que la nueva Ley de la Fecundación Humana Asistida, obviamente el desencadenamiento de la determinación del vínculo de filiación no debe establecerse en función de una mera relación consanguínea. Si así fuera, aplicando el principio de la verdad biogenética en la relación familiar de la receptora de las técnicas de fecundación asistida, aquél comportaría responsabilidad de la paternidad y/o maternidad a los *progenitores* —*donantes*— que en ningún momento hubieran actuado como padres. En base a este principio, el criterio *ex iure conditio* tipifica 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*. Una de las consecuencias de aplicación del articulado vigente, y que juzgamos con una gran virtualidad práctica, es la situación fáctica permanente, que es la posesión de *estado*, en tanto en cuanto, su campo de aplicación no sólo nos va a servir para reformar la posición de quien actúa como padre sin ser progenitor, tutelando una situación familiar que no responda a lazos de sangre, sino en cuanto dicha *possessio filiationis* ininterrumpida, impedirá que con posterioridad en ningún caso, el progenitor (donante de gametos) pudiera plantear una reclamación de la filiación paterna o materna al carecer de la relación efectiva de la situación posesoria —constante y continua— con su presunto hijo. Consecuentemente,

la imposibilidad de la legitimación activa, en el progenitor (donante de gametos) para iniciar un proceso de paternidad derivará, por un lado, en la falta de la posesión de estado en la relación familiar, y, por otro, en la circunstancia explicitada por el legislador de la no imputabilidad en ningún caso al donante del material embriológico de vínculo de parentesco alguno con el hijo nacido en virtud de la aplicación de las técnicas. Esto supuesto, está en la inteligencia *legislatoris* que se desprende del tenor de su defectuoso articulado (artículo 8.3, «la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda..., no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación»), según el cual no se podrá adjudicar ninguna responsabilidad jurídica, de ningún orden al donante. Es claro, por tanto, que al legislador lo que le ha interesado preeminentemente es favorecer la relación jurídica familiar en la que el hijo se encuentra establemente integrado disfrutando de una *possessio filiationis* reforzada con una situación formal o registral, de quienes han asumido *ex voluntate* el rol de padres; de suerte que nadie podrá *a fortiori* desencadenar una perturbadora y lesiva acción de filiación, ni el donante —progenitor genético a la sazón (artículo 5.3)—; ni, por otra parte, tampoco los padres «formales» en cuanto pretendieran *a posteriori* ir contra sus propios actos impugnando la filiación establecida. En este sentido, el texto legal, en concreto el artículo 8.1, consagra dicho principio al establecer que ni *el marido* ni *la mujer* (y *mutatis mutandis*, entendemos por nuestra parte en base a una interpretación contextual del defectuoso articulado, igualmente para el caso de pareja unida *more uxorio*) cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes (con lo cual, asimismo, entendemos por nuestra parte que contraviniendo líneas directrices establecidas en el Consejo de Europa, el material embriológico en su totalidad puede provenir de donantes. Se establece que la fecundación *in vitro* no será permitida usando gametos donados por dos personas ajenas) podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación. La insuficiencia clarificadora del texto transcrito no despeja la incógnita concerniente a la situación del hijo, es decir, él ¿podrá impugnar la filiación que consta registralmente y reclamar la que por naturaleza genésica le corresponde? A nuestro modo de ver la situación filiacional que enjuicamos tiene una clara analogía con el supuesto del vínculo adoptivo, en donde, en todo caso la determinación de la filiación que por naturaleza le corresponde no afecta a la adopción (vide artículo 180 del Código civil) por lo que *mutatis mutandis* la solución puede adaptarse al supuesto de la fecundación humana asistida, máxime si nos sujetamos *ad pedem literae* al punto tercero del artículo 8 visto *supra*.

Uno de los problemas que resultan más polémicos, en razón directa a lo que acabamos de exponer, es si la presente ley incide o no

en una transgresión del texto constitucional en tanto en cuanto se prohíbe la investigación de la paternidad y/o maternidad (por clara argumentación *a simili*) del donante de gametos. ¿Por qué, en realidad, quizá prohibiendo el conocimiento de las raíces biológicas del individuo se infringe el derecho ontológico y fundamental del sujeto de acceder a su propia historia genética? En tal caso, si el hijo se acoge al mandato constituyente del artículo 39 para investigar la paternidad, ¿qué postura debe ser la más adecuada? La ley es categórica y clara en esta cuestión: el hijo no podrá acceder al conocimiento de la identidad del donante *ad hoc* —salvo en caso de peligro para la vida del hijo (artículo 5.3)—, en los demás casos la información se reduce a los datos inmunológicos o fenotípicos, sin que se incluya el dato de la identidad, de suerte que aunque se desvelase la identidad, la pretendida determinación de la filiación que genéticamente le corresponde al hijo no afecta en modo alguno a la filiación legalmente establecida (artículos 7 y 8 de la ley).

El legislador ha optado (en este punto con buen criterio) en dar preferencia al mantenimiento del círculo familiar en el que *formalmente* queda insertado el hijo.

En otro orden de cuestiones nos parece que el precepto constitucional, de ningún modo está pensado para los supuestos de la reproducción humana asistida, es decir, de procreación, prescindiéndose de la relación coital. Congruentemente, a mi modo de ver no puede imputarse jurídicamente la misma responsabilidad a quien mediando cohabitación (querida o no, el consentimiento en este punto es irrelevante) llegó a ser padre, que para el supuesto del donante de gametos, quien en ningún momento es responsable directamente de la fecundación efectiva por el acto procreativo, ya que su acción es sólo idónea para la generación, pero no la provoca *iure proprio*, sino que es un tercero (*médico ad hoc*) quien en última instancia decidirá tanto la finalidad procreativa o no —procediendo a la efectiva fecundación—, como, asimismo, la *elección* de la receptora idónea desconocida para el donante de gametos. Remito en este punto al artículo 5.5, párrafo segundo, donde se establece recíprocamente dicho desconocimiento. En resumen, en la fecundación por cohabitación se desencadena *naturalmente* el proceso gestativo; en cambio en la reproducción asistida, el donante, titular del gameto fecundante, con la ejecución de su acción —aportación del semen— sólo posibilita o faculta que pueda ponerse en marcha el desencadenamiento del proceso gestativo, pero por su mera acción, de ningún modo desencadena, sino que se requiere la intervención de otros factores que coadyuvarán a la procreación efectiva. Es, por tanto, a mi juicio claro que la correcta inteligencia del texto constituyente (artículo 39) se refiere *expressis verbis* al progenitor que *cohabitó*, y que precedió necesaria relación sexual, deviniendo ésta fecunda, y que, no obstante, no se le imputó a aquél la filiación paterna que le correspondía responsablemente por la co-

habitación causal; pues como explica en este punto el profesor La-cruz, de la Constitución no se puede deducir el derecho de cada uno a tener un padre, sino la responsabilidad del procreador por sus actos de procreación. Pero pensando siempre el legislador en la cópula carnal y no en otras posibilidades actuales de generación. Quiere que cada hijo tenga un padre —un progenitor responsable—, pero en su imaginación se representa exclusivamente a los nacidos de la cohabitación con la madre. ¿Podríamos pensar entonces que se pueda desplazar —extender— la idea del legislador desde el planteamiento decimonónico a la fecundación artificial con semen de varón desconocido? ¿Podríamos entender, por consiguiente, que la Constitución imponga una suerte de responsabilidad, por lo que podemos llamar la titularidad del gameto? Naturalmente, de la sucinta exposición que hemos razonado (con la parquedad propia del presente comentario), existe, asimismo, otro sector muy cualificado de la doctrina (Sancho Rebullida, Pantaleón, Delgado Echeverría, entre otros) quienes concluyen que con la Constitución en la mano, tampoco se puede negar la investigación de la paternidad genética, como tampoco se le puede negar al hijo de padres desconocidos que haya sido adoptado, la averiguación biológica de su progenitura, teniendo bien presente que la determinación de la filiación, que por su naturaleza le corresponde, no afecta al vínculo adoptivo. Por nuestra parte, podemos aseverar que quizá la postura más salomónica y ecuánime en este punto para no violentar o transgredir la norma constituyente, hubiera sido en todo caso permitir el conocimiento de la identidad del donante (no sólo en supuestos excepcionales, vistos *supra* —artículos 5.5, párrafo tercero, y 8.3—), pero explicitándose en la ley que de dicho conocimiento no se derivarían responsabilidades derivadas de la filiación, ni personales ni tampoco patrimoniales. A pesar de todo entendemos que una correcta exégesis conducirá en todo caso (trátase de conocimiento de la persona del donante en supuesto de grave peligro para la vida del hijo, como de igual modo de conocimiento de la identidad de aquél por otras causas) a la *inimputabilidad* de responsabilidad derivada del vínculo de filiación al donante de gametos.

Procedemos a continuación a explicar, sin ánimo de exhaustividad, algunos aspectos de *filiación* derivados de la procreación humana asistida en relación al articulado que el legislador dedica *ex profeso* a la materia. En congruencia con lo indicado vamos a partir de su somera explicación diferenciando según se trate de material embriológico propio de la pareja comitente, o, por el contrario, cuando en la formación del embrión ha intervenido material genético proveniente de personas distintas a la pareja comitente.

En primer lugar, en cuanto a la inseminación y/o fecundación «homóloga» (aunque desde un punto de vista científico se refiere a lo que acontece dentro de la misma especie). Lo único que ocurre en estos casos es que se prescinde del elemento de la cohabitación;

pero el rol de padre y el de progenitor no se separan, ya que corresponden al mismo sujeto impotente *coeundi*, pero no *generandi*. En tal sentido, si la pareja que recurre a estas técnicas está casada, el hijo será evidentemente matrimonial (artículo 116 del Código civil). Ahora bien, entendemos que en este caso la presunción sería *iuris et de iure*; puesto que desde el primer momento no existe dificultad en cuanto a la proveniencia en la identificabilidad del gameto fecundante. No debemos olvidar que en este caso existe un conocimiento apodíctico de la paternidad, con lo que la aplicación de la técnica comporta una prueba directa y positiva de la paternidad. Es evidente que, en este caso, las normas de filiación aplicables se regula por el articulado vigente (artículos 108 a 141 del Código civil). *Item mas*, el artículo 7 de la ley que comentamos brevemente, remite a aquél articulado, en tanto en cuanto expresa su tenor que la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se *regulará por las normas vigentes*, a salvo las especialidades contenidas en este capítulo.

En relación a la pareja no casada en la que se proceda a la fecundación homóloga, la ley no es suficientemente clara en cuanto a la forma del consentimiento para que equivalga como tal reconocimiento, es decir, como título de determinación legal de la filiación, tiene que adaptarse a lo dispuesto tanto en el artículo 120 del Código civil, como, asimismo, al artículo 186 del Reglamento del Registro Civil, con lo que el reconocimiento tiene que ser formal, es decir, voluntad indubitada de reconocer por propio al hijo deliberadamente expresada con esta finalidad y existir un claro *animus recognoscendi*, explicitándolo en documento público. A *contrario sensu*, manifestarlo en otro documento, constituiría un reconocimiento no solemne que no servirá como tal título de determinación o legitimación; aunque pueda servir para declarar la filiación (vide artículo 135 del Código civil).

La Ley de la Fecundación Humana Asistida no acoge el criterio según el cual la expresión del consentimiento tenga que constar solemne y formalmente su formulación, sino que se decanta por una prestación del mismo de manera «libre, consciente, expresa y por escrito (artículo 6.1)». Obviamente, como se desprende de su tenor literal, su redacción desde un punto de vista de técnica legislativa deja mucho que desear, pero desgraciadamente es una desafortunada constante en todo su articulado (que en líneas generales es imprecisable).

Naturalmente, dicha constancia «aformal» del consentimiento en ningún caso servirá *per se* para que pueda inscribirse dicha filiación, pues dicho consentimiento no equivale a un reconocimiento al no plasmarse en documento público, y, por tanto, no sirve para la determinación legal de aquélla. Por otra parte, lo que sí ocurrirá es que el documento médico en donde constan los consentimientos tanto de la mujer receptora como del cónyuge y/o varón conviviente se considera como escrito indubitado, según el cual podrá inscribirse la filia-

ción, mediante expediente gubernativo, promovido en base al escrito indubitado (artículos 120.2 del Código civil y 49.1 de la Ley de Registro Civil). En este sentido explicita el artículo 8 de la Ley de la Fecundación Asistida, que «se considera como escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley de Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad».

Consiguientemente, procediéndose de la manera indicada se inscribirá la filiación no matrimonial mediante el expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal, *o de parte interesada*, y que resulta desencadenado por el escrito indubitado, en el que expresamente se reconoce la filiación. Como explica con toda razón Bercovitz, el escrito indubitado (el documento médico de que nos habla el artículo 8.2) no puede ser considerado como reconocimiento a los efectos del artículo 120.1, por no tratarse de una escritura pública, por no tener como fin dicho reconocimiento expresamente o por ser anterior a la inseminación, si se entiende que no cabe el reconocimiento a favor del *concepturus*.

Simplemente cerrar este apartado, volviendo al párrafo segundo *in fine* del artículo 8: «Queda a salvo la acción de reclamación judicial de la paternidad». Es obvio entender *prima facie* que una de las causas que lo desencadenan será la *oposición* al expediente gubernativo, de suerte que al no poder inscribir la filiación, en virtud de la resolución recaída en el expediente, ello no obsta a que la reclamación se obtenga en el procedimiento ordinario. Entiendo que si éste es el único sentido de la locución comentada, me parece que incide el legislador en una redundancia tantológica completamente innecesaria, resuelta por el propio Reglamento del Registro Civil. No creo que tenga otro sentido, puesto que no se puede pensar que con dicha formulación el hijo y/o el donante pudieran reclamar la filiación paterna, puesto que, en cuanto al hijo, la ley que comentamos le impide reclamar la paternidad del donante, al no posibilitarle en ningún caso un establecimiento de la filiación y/o vínculo del parentesco en relación a su persona (artículo 8.3). Por otra parte, en cuanto al progenitor donante, no es necesario que la nueva regulación se posicione, ya que conforme a las normas vigentes del articulado de la filiación el *progenitor* no está legitimado para plantear la demanda de filiación, cuando como es en nuestro supuesto (donación de gametos) no exista posesión de estado en la relación familiar *ad hoc*.

En cuanto al supuesto de inscripción de nacimiento fuera de plazo de hijo matrimonial nacido en virtud de las técnicas de reproducción asistida, regirán los mismos principios que en el caso de hijo nacido



por fecundación natural (*vera copula*). Lo que significa que deberá acudir al expediente gubernativo (artículo 95 de la Ley de Registro Civil) y en cuanto a la inscripción de la filiación matrimonial (artículo 314 del Reglamento de Registro Civil), sólo añadir en este punto que rigiendo la presunción de paternidad, aun cuando no se disfrute en las relaciones familiares de la posesión de estado de hijo matrimonial, se inscribirá la filiación matrimonial, entre otras razones por el propio texto del artículo 113 del Código civil, en donde la presunción de paternidad es título de legitimación. Obsérvese, además, que la certidumbre de la proveniencia de los gametos fecundantes reforzará la presunción de paternidad, por lo que dicho documento médico consigue indiscutiblemente una *prueba positiva de la paternidad*.

Para concluir este apartado, téngase en cuenta que en el supuesto de pareja no casada entre sí, ello no obsta a que sea posible que cada uno de los convivientes individualmente considerados, resulte estar casado con persona distinta. Como es lógico, dicho supuesto debe encauzarse en virtud de los principios registrales vigentes (artículo 185 del Reglamento de Registro Civil, entre otros), de suerte que caso de que se tratase de una inscripción de la filiación matrimonial dentro de plazo, deberá comprobarse, antes de la inscripción, que no rige la presunción legal de paternidad de éste. Sólo añadir que en el caso de la fecundación humana asistida, a diferencia del supuesto normal, en que habrá que probar que ya antes de los trescientos días que procedieron al nacimiento existía la separación; en cambio, en la reproducción humana asistida la prueba de la separación no es en modo alguno relevante, puesto que existe certeza *indubitada* en cuanto a la identificabilidad de los gametos, y en tal caso la documentación médica será reveladora en cuanto a la constatación de la paternidad (cierta y/o asumida) del varón conviviente de la esposa. Remito en torno a estas cuestiones de incidencias registrales en las técnicas de reproducción humana asistida al estudio más exhaustivo realizado en nuestra obra (*Fecundación artificial y Derecho*, referida *supra*).

### III. LA FECUNDACION HUMANA POST MORTEM

Otro de los aspectos que aborda la nueva regulación es la permisibilidad de la fecundación *post mortem*. Expongo *ab initio* mi opinión crítica a tal admisibilidad, en tanto en cuanto el legislador en este supuesto se aparta definitivamente de cualquier finalidad terapéutica en el uso de las técnicas, puesto que ya no se trata de dar una alternativa al problema de la esterilidad de la pareja, sino realizar póstumamente el deseo de alcanzar la maternidad, manipulando al hijo como un simple medio instrumental en aras a la consecución de un interés personal, cercenando o restringiendo el derecho de aquél a acceder a una relación familiar bifronte (donde se cumpla la existen-

cia del doble modelo) y no monoparental, voluntaria y expresamente admitida por el legislador de la reproducción humana asistida (vide artículos 6 y 9), de suerte que el destinatario efectivo de las técnicas no necesariamente tiene que ser pareja, sino que puede perfectamente ser receptora la mujer sola (soltera, viuda, divorciada...). Entiendo que establecer un vínculo de filiación de forma parcial contraviene la *mens legislatoris* del texto constitucional, en tanto en cuanto se exige a los padres que presten asistencia de todo orden a los hijos, con lo cual pudiera colegirse que se transgreden los principios ordenadores de convivencia y situación familiar, y lo que ocurre en la fecundación *post mortem* es que se condena al hijo a una orfandad deliberada.

Esto supuesto, el punto primero del artículo 9 dice que: «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». Al respecto el sucinto comentario que procede efectuar en el momento presente es el siguiente: el tenor de dicho párrafo es una clara transcripción de lo dispuesto por el Informe Warnock (\*), que sirvió de base de estudio a nuestra Comisión. Es claro que dicha formulación obedece a una pura prohibición legal por la cual no disfrutarán los hijos póstumos concebidos después de fallecido su progenitor genético de derechos sucesorios, aunque biológicamente nadie puede dudar que son hijos consanguíneamente de aquél (causante a la sazón). En conclusión, no disfrutarán los hijos ni de derechos personales ni patrimoniales en relación al varón fallecido cuyo material genético se utilizó *ex post mortem maritii*, sin que constase el consentimiento del causante en cuanto a su utilización. Consecuentemente, parece que la solución al párrafo del precepto indicado será la de considerar al hijo extramatrimonial *a matre* (en el supuesto que a pesar de todo se hubiera usado el material genético, sin consentimiento del titular); con lo que sólo se establecerá la determinación legal de la filiación materna, pero no la paterna (obsérvese que al morir el cónyuge varón, la fecundación *post mortem* no es ya ciertamente homóloga, sino más bien heteróloga, dado que el matrimonio se ha disuelto); por lo que sólo se establecerá el vínculo con relación a la madre y no se hará constar la filiación paterna, por lo que el hijo no disfrutará de derechos de ningún tipo con relación al fallecido, aunque biológicamente sea cierto que el hijo ha nacido de su padre.

---

(\*) El informe Warnock recomienda que se introduzca legislación en el sentido de que cualquier niño nacido fruto de la IAM (Inseminación Artificial Matrimonial), que no estuviera *in utero* en el momento del fallecimiento de su padre, no sea tenido en cuenta a objetos de sucesión y herencia de éste.

Los siguientes párrafos del artículo 9 establecen lo siguiente: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir en escritura pública o testamento que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes al fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.»

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 de Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación judicial de paternidad.

El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

El comentario que al respecto nos merece dicha disposición es el que sucintamente explicamos: se considera al hijo como matrimonial (si el causante estuviera casado a la sazón) o bien como extramatrimonial (caso de progenitor que no estuviera unido por vínculo), siempre y cuando la fecundación *post mortem* se produjera en los seis meses siguientes al fallecimiento.

Es decir, que además de la presunción de paternidad que establece el artículo 116 para los nacidos antes de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio (porque fueron *concebidos* constante matrimonio); sin embargo, en la fecundación *post mortem*, el supuesto es distinto, ya que el hijo no es que nazca después de la muerte del causante, sino que al fallecer éste ni siquiera estaba concebido, y no nos tenemos que olvidar que el vínculo ha dejado de existir, por lo que incluso buscar su analogía *ad maiore ad minus* con el artículo 118 del Código civil (inscripción del hijo como matrimonial, si concurre el consentimiento de ambos) resulta a nuestro juicio muy forzada; en cambio, en el caso de la fecundación *post mortem*, el vínculo se ha disuelto por el fallecimiento. Esto supuesto, la Ley de la Fecundación Humana Asistida resuelve la cuestión estableciendo el *favor iuris* de la condición de hijo matrimonial o extramatrimonial en su caso con todos los beneficios y efectos que derivan de dicho *status*; siempre y cuando la fecundación *post mortem*, se hubiese llevado a cabo con los gametos, identificados, dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento. Naturalmente, en el supuesto de matrimonio, esta situación excepcional de concepción y nacimiento *es post mortem maritii*, provocará que la fecundación producida en el término establecido nos lleve al establecimiento de una filiación matrimonial para el hijo (*nondum concepti* en el momento del óbito) arropado en el beneficio de una presunción de paternidad que prácticamente sería de las que no admiten prueba en contrario en razón a la constatación directa y positiva de la paternidad por el inconcuso conocimiento e identificabilidad del material reproductor. Ahora bien, entendemos por nuestra parte que el *status filii* de hijo matrimonial,

aún así puede ser refutado en el procedimiento ordinario siguiendo las normas vigentes del articulado de filiación (vide artículos 134, 136 y 137, entre otros); aunque si bien es cierto quedará muy restringida dicha posibilidad en base a la estricta legitimación y al presupuesto indefectible de la posesión de estado en el ejercicio de las acciones.

Es obvio decir que si la viuda contrae seguidamente matrimonio tras el fallecimiento de su esposo y nace un hijo antes de los trescientos días siguientes a la disolución de su primer matrimonio el hijo *ab initio* se inscribiría como matrimonial del primer marido, procediéndose *a posteriori* a la impugnación de la filiación correspondiente, conforme a las normas sustantivas y registrales vigentes de la filiación. Este evento puede ciertamente producirse desaparecida de nuestro Código civil la antigua prohibición de contraer matrimonio la viuda durante los trescientos días siguientes a la muerte de su marido, norma dictada para impedir que se produjera la *turbatio sanguinis*, es decir, los posibles conflictos de paternidad.

En igual sentido, en el supuesto de que la viuda dentro del período *ad hoc* (seis meses siguientes al fallecimiento) hubiera contraído nuevo matrimonio, y aquella se hubiera fecundado *post mortem* con el material genético de su esposo fallecido en el período establecido al efecto, el hijo tendría el *status de hijo matrimonial* del varón fallecido. Reforzaría dicho *status* el documento médico y/o la operación de fecundación *post mortem* en la que queda claro la identificabilidad del gameto (y/o embrión en su caso). *Item mas* si tras el fallecimiento contrae nuevo matrimonio, y la mujer deja transcurrir el plazo privilegiado de los ciento ochenta días para fecundarse con el material reproductor de su excónyuge, si a pesar de todo se fecunda después, el hijo no obtendría la condición de hijo matrimonial (aunque ciertamente es lo de menos) y además no disfrutaría de ningún derecho (ni patrimonial ni personal) en cuanto al progenitor fallecido. Quizá en esta rocambolesca situación *el hijo ex post factum* cupiera que reclamase daños morales..., a su madre en razón a su directa responsabilidad. Además, asimismo, *prima facie* a tenor de las reglas registrales vigentes, el hijo resultaría amparado en la presunción de paternidad matrimonial del segundo matrimonio; si bien resultaría fácilmente refutable dicha presunción por las normas generales (vide artículos 108 y siguientes del Código civil y 181 y siguientes del Reglamento de Registro Civil).

Para resumir el presente estado de la cuestión debemos fijarnos en que a diferencia de la fecundación natural en que la *presunción de paternidad* opera en todo caso para los hijos nacidos antes de los trescientos días siguientes a la disolución. Dicha regla encontrará su excepción en la reproducción humana asistida, por cuanto que a diferencia de aquélla, como estos hijos no estaban concebidos al ocurrir el óbito, la *presunción del pater is* (por hablar en términos presuntivos), sólo se produce siempre y cuando su concepción ocurra

dentro de los ciento ochenta días siguientes al fallecimiento; si no es así no se beneficiarían del *favor iuris* de hijos matrimoniales. A mi juicio, lo que el legislador de la Ley de la Fecundación Asistida quiere decirnos con el tenor del párrafo primero del artículo 9 («no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna...») es precisamente a que al no estar el material reproductor del marido fallecido en el útero de la mujer, en la fecha de la muerte del varón, *no se desencadena ninguna presunción de paternidad*, de suerte que como excepción devendrá una sobrevenida «presunción de paternidad» si existe el consentimiento en documento público; aunque según lo que venimos razonando, resulta *a fortiori* una automática atribución de paternidad, en razón a la existencia de la prueba directa y positiva de la generación.

En conclusión, el artículo 116 del Código civil está pensado para el *nasciturus*, es decir, para el concebido y no nacido en el momento de la muerte del cónyuge varón, por lo que el hijo está amparado en la presunción del *pater is* si el nacimiento ocurre antes de los trescientos días siguientes al fallecimiento. Ahora bien, como es obvio, en la *mens legislatoris* de dicho precepto no acoge la hipótesis del *concepturus*. Por el contrario, la excepción la establece la fecundación humana asistida, en los términos establecidos en el artículo 9 de la ley, es decir (utilización del material reproductor dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento).

En congruencia con lo expuesto, en líneas precedentes se entiende que necesariamente para los hijos concebidos y nacidos *post mortem* la presunción de paternidad del artículo 116 del Código civil tendrá que modificarse en el sentido que para aquéllos el plazo presuntivo del *pater is* (a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de la Reproducción Humana Asistida) deberá ampliarse a cuatrocientos ochenta días desde el momento del fallecimiento del causante (titular del material reproductor).

A los efectos de clarificar finalmente la presente cuestión diremos lo siguiente:

En primer lugar, si en el momento de la muerte del progenitor existía ya un *nasciturus*, rige sin lugar a dudas la presunción del artículo 116 del Código civil, en los términos establecidos, o sea, trescientos días desde el momento del fallecimiento del cónyuge.

En segundo lugar, si en el momento de la muerte del progenitor no había concepción, pero los cónyuges a la sazón decidieron en escritura pública o testamento consentir la fecundación *post mortem*, los trescientos días deberán computarse a partir del siguiente —día cierto—, en que ocurrió la concepción *ex post mortem maritii*. Es decir, que si bien en el momento de la disolución del vínculo no había concepción (sólo podía hablarse de un *nondum concepti*); no obstante, como hubo consentimiento formal a los indicados efectos, la presunción (en este caso de la fecundación *post mortem*, más bien

prueba positiva de la paternidad) operará sobrevenidamente cuando acontezca la concepción que ineluctablemente deberá producirse dentro del plazo legalmente establecido (artículo 9.2 de la Ley de la Fecundación Humana —ciento ochenta días—) para que el hijo *in fieri* disfrute de los derechos inherentes a la filiación establecida con respecto a su progenitor; pero tendrá que nacer dentro de los trescientos días siguientes a la concepción póstuma para ser considerado como tal «hijo del marido» a los efectos legales, aunque biológicamente lo fuera de modo indubitado.

En conclusión, si se trata de hijos concebidos *vera copula* (relación coital) rige el artículo 116 del Código civil, por lo que la presunción de paternidad no es aplicable al hijo nacido más allá de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo, presunción obviamente *iuris tantum* —vide artículo 127 del Código civil.

Por el contrario, si se trata de hijos concebidos *post mortem* en virtud de las técnicas de reproducción humana asistida, la presunción de paternidad no la disfrutarían los hijos nacidos después de transcurridos cuatrocientos ochenta días del fallecimiento del esposo (donante póstumo), con lo cual estos hijos «postumísimos» para beneficiarse de los derechos personales y/o patrimoniales en relación a su progenitor u otros derechos por Ministerio de la ley *ex conductio sine qua non* que la concepción ocurra en el período establecido al efecto (seis meses desde el fallecimiento).

#### IV. LA MATERNIDAD SUBROGADA

Otro de los aspectos que aborda la regulación que comentamos, concretamente el artículo 10 de la Ley de la Reproducción Humana Asistida, dedica su contenido al tema de lo que en términos vulgares se ha conocido como maternidad subrogada y/o locación de vientres o alquiler de úteros. Consiguientemente, dice la citada disposición que: «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. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales».

Resumimos con la mayor parquedad la presente cuestión, tratando de explicar algunas dificultades:

En cuanto a la nulidad del contrato, su fundamentación a buen seguro debemos encontrarla en que se sitúa a la persona como objeto de dicho negocio jurídico, ora entendamos la calificación de dicho contrato como arrendamiento de servicios (donde la mujer que pare se obliga a efectuar una actividad), ora lo calificuemos como arrenda-

miento de obra (donde lo que importaría sería su resultado —el hijo—, como efecto de la actividad desplegada), de suerte que queda fuera de la autonomía de voluntad de las partes al contratar sobre una materia indisponible para los contratantes (la capacidad generativa). *Item mas* el hijo aparece como un *medio útil* instrumental para alcanzar una maternidad, de donde resulta notorio que se intenta que prevalezca siempre un derecho *al niño versus* derechos del niño subordinados a otros intereses. Por tal motivo, confirmamos la opinión de Vidal Martínez, cuando explica que ese derecho subjetivo al hijo puede resultar sumamente perturbador, ya que ese pretendido derecho no existe, en puridad, porque ello supondría convertir a un ser humano en objeto de un derecho subjetivo, es decir, en una cosa (*Las nuevas formas de reproducción humana*. Civitas, 1988). En resumen, no nos parece asumible que dentro del *ius dispositivum* de las partes quepa acceder a la posibilidad que una mujer (y quizá en un futuro no muy lejano sea indifente que se trate de útero humano) procreo o alumbré no para sí, sino en beneficio ajeno. Para una mayor exposición de la materia remito a nuestros estudios en II Congreso Mundial Vasco (Editorial Trivium, 1988).

En cuanto a la determinación de la filiación del hijo conviene brevemente hacer hincapié en las siguientes puntualizaciones: se nos dice en la citada disposición que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Naturalmente, con la afirmación explicitada reafirma el criterio tradicional, según el cual la maternidad viene siendo determinada por el hecho del parto y la identidad del recién nacido, por lo que su constatación tanto desde un punto de vista de derecho sustantivo (artículo 120.4 del Código civil), como desde una óptica puramente de derecho registral, *madre* será la que ha gestado (vide, en otros, artículos 44, 47, 49.3 de la Ley de Registro Civil y 168 y 182 del Reglamento de Registro Civil). A tal efecto, la Ley de la Fecundación Humana Asistida refuerza dicho planteamiento, considerando que en el hipotético conflicto de maternidades madre genética/madre gestante, se prima el factor obstétrico frente al elemento genésico, derivado de la titularidad de la célula germinal (gameto femenino). Consiguientemente, en cuanto a la determinación de la filiación materna, sigue recalándose incluso con la utilización de estas técnicas la importancia en cuanto a su establecimiento por el hecho del parto (artículo 135 del Código civil).

En el texto del artículo 10 de la ley, la correcta inteligencia de su tenor literal supondrá que si la madre gestante no está casada se inscribirá la filiación materna no matrimonial (y ello aun cuando el gameto femenino perteneciera a la mujer de la pareja comitente); asimismo, si el progenitor varón es el miembro de la pareja arrendataria de los servicios, podrá inscribirse la filiación paterna extramatrimonial de aquél. Congruentemente, se procedería después a la adopción no sin grandes dificultades, pues en opinión de la doctrina más auto-

rizada (Bercovitz), nuestro Código civil no prevé la posibilidad de una adopción en la que el adoptante únicamente sustituye a uno de los progenitores naturales. Incluso cuando la mujer adoptante esté casada con el padre natural, no parece fácil acogerse a los artículos 176, párrafo tercero, y 178, párrafo primero, del Código civil, para que con consentimiento de la madre natural (y por supuesto del padre) aquélla pueda sustituir únicamente a esta última.

A mi juicio, esa dificultad se planteaba con la anterior regulación (de suerte que los preceptos transcritos *supra* deben ser entendidos conforme al tenor vigente a la sazón), en la que el vínculo de parentesco se establecía con el adoptante, puesto que la adopción rompía la relación familiar con la familia natural (aunque sobre esta cuestión existían fundadas dudas doctrinales en base a lo que se disponía en concreto en los artículos 176 y 179 —redactados conforme a la Ley del 13 de mayo de 1981—).

En el momento actual, de *lege lata* sí sería posible la adopción que explicamos en el ejemplo *supra*, puesto que el artículo 178 establece como excepción a la extinción de los vínculos jurídicos del adoptado con su familia por naturaleza, el caso que el adoptando sea hijo del cónyuge del adoptante, de suerte que según el caso subsistirán los vínculos con la familia paterna y/o materna, por lo que no encuentro dificultades para que en el ejemplo referido, precediendo el consentimiento de la madre natural, del padre biológico, y de la esposa del mismo, ésta ostente a los efectos legales el parentesco materno. Creo que nos encontramos dentro del supuesto de hecho del artículo 178.2, párrafo primero.

En conclusión, en este supuesto de *iure condito* no existe ni dificultad técnica —articulado vigente— ni práctica —en cuanto a la innecesariedad de contar como intermediario en la adopción con la presencia de la entidad pública (artículo 176.2 del Código civil).

Ahora bien, incluso dentro de la hipótesis de la gestación por sustitución, habrá otro tipo de adopciones que sin grandes dificultades teóricas —con cumplimiento del articulado vigente en cuanto a la prestación de los consentimientos y asentimientos necesarios—, sin embargo, en la práctica pueden existir dificultades técnicas, en cuanto a la ejecución y/o constitución del vínculo adoptivo. Para una mayor clarificación pensemos en el siguiente supuesto: si la madre gestante estuviera casada y el titular del gameto masculino fuera bien el cónyuge de aquélla o bien un donante desconocido, resultaría que inscrito como matrimonial en el primer caso o como extramatrimonial de mujer casada (vide artículo 185 del Reglamento del Registro Civil) en el segundo, la adopción ulterior por parte de la pareja arrendataria de los servicios de gestación (aun contando con el consentimiento de la madre gestante —y su cónyuge en su caso—) requerirá necesariamente propuesta previa de la entidad pública correspondiente con lo cual al final todo quedará *ad arbitrium* de la institución de integra-



ción familiar, puesto que conforme a la ley rituaría (artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en las adopciones que exijan propuesta previa en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados. Repárese en la circunstancia que puede incluso coincidir en estas hipótesis el dato de la aportación de «óvulos» por parte de la mujer arrendataria de los servicios de gestación. En tal sentido entendemos que aunque para la entidad pública como regla general no resulte vinculante la elección de los adoptantes por parte de los padres naturales, no obstante, estas hipótesis resultarán determinantes en el fondo para la institución de integración familiar intermediaria necesaria en la Constitución del vínculo adoptivo.

Por otra parte, si la mujer gestante estuviese casada y la pareja arrendataria de los servicios de gestación también, resultaría lo siguiente:

El hijo *prima facie* se le inscribiría como hijo matrimonial de la pareja gestante, con derecho por parte del cónyuge varón de la misma a impugnar la filiación matrimonial (más dificultoso si este sujeto fuera a la sazón casualmente el titular del gameto masculino reproductor). Esto supuesto, la gestante sólo podría inscribir la filiación no matrimonial de hijo de casada (partiendo de la hipótesis que el gameto masculino fuese de donante desconocido), si refuta la presunción de paternidad matrimonial, fácilmente destruye en el caso que ejemplificamos, ya que desde el primer momento existe certeza indubitada y prueba positiva de la no paternidad del cónyuge de la gestante a la vista del pertinente expediente médico, con lo que posiblemente no se inscribiría *recta via* la filiación matrimonial correspondiente a la pareja gestante. Pues como explica con razón Bercovitz, el hecho de la inseminación artificial equivaldría a una separación de hecho a los efectos de la procreación y, consecuentemente, la presunción de paternidad no regiría (artículos 185 del Reglamento de Registro Civil y 116 del Código civil). En congruencia con el planteamiento explicado podría procederse después a la adopción del hijo por parte de la pareja arrendataria de los servicios, según las normas vigentes de la adopción a las cuales nos remitimos (fundamentalmente, artículos 175, 176, 177 y 178). Añadir además que esta sobrevenida adopción impide *a fortiori* cualquier posible reclamación de la paternidad. Entendemos que en relación a este extremo, el ordinal tercero del artículo 10 resulta intemperante e innecesario en todos los supuestos (excepción hecha de que el donante fuera a la sazón el progenitor varón de la pareja comitente arrendataria de los «servicios» de gestación).

Es decir, que si el donante es anónimo (como en el ejemplo *supra* desarrollado) la explicación al ordinal tercero del artículo 10 según el cual —«queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales»— no tiene mucho sentido.

En primer lugar, porque conforme a las normas generales el posible reclamante carece de *lege lata* de acción para reclamar la filiación paterna extramatrimonial si no existe en las relaciones familiares de la posesión de estado (artículo 133 del Código civil).

En segundo lugar, porque el «donante de gametos» conforme a la ley que explicamos de la fecundación humana asistida carece *ex lege* de vínculo de parentesco con el hijo cuya herencia genética lleva (véanse, básicamente, artículos 5 y 8 de la citada ley).

En tercer lugar, además de lo dicho consumándose la adopción, y aun prescindiéndose de los argumentos anteriores, el vínculo adoptivo (en donde prima el *interés* del hijo) resultaría *a fortiori* inmovible (vide artículo 180 del Código civil).

Por el contrario, si el progenitor varón es el miembro de la pareja comitente que han acudido a la gestación por sustitución, aquél podría reclamar la filiación (pensemos que la gestante estaba casada y se ha inscrito la filiación como matrimonial del hijo nacido de la gestante) paterna extramatrimonial. Aunque habría que decir que, asimismo, conforme a las normas generales a las que nos remite el párrafo final del artículo 10, carecería aquél de legitimación para plantear la acción si el hijo no disfruta de la posesión de estado correspondiente (artículo 133). Sólo añadir al respecto que dada la parquedad del presente comentario remitimos a nuestro estudio más detallado de la fecundación artificial y Derecho (Editorial Tecnos, 1988).

## V. LOS TEMAS DE LOS DESTINATARIOS EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION

Otro de los aspectos que merecen nuestra atención dentro de las sucintas reflexiones que efectuamos a la Ley de la Fecundación Humana Asistida es la cuestión concerniente a los destinatarios de las técnicas de reproducción. En este punto debemos remitirnos básicamente al artículo 6 de la citada ley, según el cual: «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. La mujer que desee utilizar estas técnicas de reproducción asistida, deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada. Si estuviese casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuviesen separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. El consentimiento del varón, prestado antes de la utilización de las técnicas, a los efectos previstos en el

artículo 8, apartado 2, de esta ley, deberá resumir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal. La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida. Se deberá garantizar que el donante tiene la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar».

Nuestra opinión al respecto es que dicho tenor conculca en buena medida las líneas directrices del Informe de la Comisión Parlamentaria Especial, puesto que en el mismo el destinatario efectivo no era otro que la pareja casada y/o *more uxorio*. Consecuentemente, quedaba reducido su campo de proyección a las parejas estériles o infértiles, de suerte que el recurso a las técnicas aparecía como una solución terapéutica, correctora y/o sustitutiva de la esterilidad irremediable y en ningún caso como un método alternativo de fecundación. Asimismo, no se extendía el ámbito de aplicación de aquéllas a otras relaciones familiares monoparentales.

¿Qué es lo que definitivamente se ha regulado? La respuesta al interrogante es sencilla (basta remitirse al tenor del artículo 6); el legislador ha extendido el radio de acción de la aplicabilidad de las técnicas de fecundación humana asistida a cualquier *usuaria*, forme pareja o no. *Item mas*, no es imprescindible que en el caso de pareja no unida vincularmente, es decir, unida simplemente de *facto*, se exija algún requisito complementario a la situación objetiva de *estabilidad*. Repárese que a *contrario sensu*, en el caso de la adopción simultánea de parejas no casadas, la reciente Ley de Adopción, exige por una parte la *heterosexualidad*; sin embargo, por el contrario de la exégesis *in toto* de la Ley de la Reproducción Humana no se exige como *condictio iuris* tal requisito; con lo cual una interpretación «generosa»... permitiría ser destinatario de las técnicas incluso a parejas de lesbianas... En segundo lugar, se requiere en la Ley de Adopción que la pareja *estable* heterosexual esté unida de forma permanente y efectiva, sin que se nos clarifique, por cierto, su *modus probandi*. Al respecto, para no resultar prolijo sobre esta cuestión, me remitiré a un excelente artículo muy clarificador de Cerdá Gimeno (*Situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho*, en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», año XLII, 15 de febrero de 1988). Por su parte la Ley de Reproducción Humana no se plantea en modo alguno la pertinente cuestión, por lo que baste ahora significar que una pareja heterosexual unida de *facto*, estará siempre en mejores condiciones (objetiva y subjetivamente hablando) para recurrir a la reproducción asistida que *ad maiore ad minus* a la constitución del vínculo adoptivo, puesto que en éste, como hemos visto, se exige determinados requisitos a la adopción en cuanto a la prueba de la estabilidad de hecho (véase Disposición Adicional tercera de la ley), y, por otra, en cuanto a los requisitos de edad, para adoptar se exige como mínimo en uno de los adoptantes veinticinco años (ar-

título 175 del Código civil); en cambio, para ser usuaria de las técnicas de fecundación asistida se exige la mayoría de edad —dieciocho años— (artículo 6, punto primero, de la ley).

En conclusión de la Ley de la Reproducción Humana se colige que existe una extraordinaria libertad en cuanto a la permisibilidad de las técnicas de fecundación artificial a cualquier usuaria, esté casada o no, forme pareja o prescindida de ella. A mi juicio, criterio tan expansivo y munificente instrumentaliza y subordina el interés del hijo como un simple medio para satisfacer los deseos de quien pretende ser madre, olvidando el legislador el sentido ontológico y la naturaleza intrínseca de la relación heterosexual en la que el hijo deba proyectar su propia identidad, menospreciándole su legítimo derecho a nacer en el seno de una unión familiar integralmente constituida por un hombre y una mujer, por lo que no se puede sensatamente acudir al artículo 14 de la Constitución y argüir que dicho razonamiento es claramente admisible en razón a la norma constitucional, y obrar en contrario resultaría un proceder discriminatorio. Participo en este sentido de la opinión del profesor Lacruz, cuando explica que dicho precepto constitucional no obliga a que cada ley trate igual a los que son distintos, a que extienda su radio de acción a todos los desiguales por razón de cualquier condición o circunstancia personal o social. Efectivamente, a nuestro modo de ver la referida igualdad no deja de ser una formulación abstracta que necesitará en cada circunstancia *ad hoc* de una exégesis particular, de suerte que la valoración del citado principio igualatorio tiene que compararse en cada caso con los intereses y valores concurrentes en conflicto.

En conclusión, como concluye certeramente Peña Bernaldo de Quirós, si es lógico que el Estado respete la libertad de tener hijos en el estado civil que sea, no ocurre lo mismo cuando los hijos sólo pueden venir al mundo con una colaboración oficial o cuasioficial (la del establecimiento sanitario autorizado); lo menos que se puede pedir a las decisiones oficiales es que sean racionales. Consiguientemente, estimamos que si la mujer puede *iure proprio* procrear naturalmente y los poderes públicos deben proteger a las madres, cualquiera que fuera su estado civil, la inteligencia de dicho párrafo no está pensada para estas hipótesis, puesto que como concluye Labrusse Riou (*Des motifs d'esperer. La procreation artificielle*, París, 1988), a quien completamos su razonamiento, es discutible pensar que el legislador deba reconocer a las instituciones médicas el deber de participar en la procreación de estos hijos y, asimismo, que en aras a un pretendido pluralismo cultural o ideológico el Estado deba organizar y potenciar modelos familiares distintos (monoparentales), tolerando cualquier alteración de la estructura familiar del doble modelo (padre y madre) en razón a un puro deseo individual —ser madre.

Insisto, no es un mero problema de discriminación por razón de estado, sino que deben confrontarse los valores en juego: el de la

mujer a tener hijos y el del hijo a que anticipadamente no se le planifique su futuro descartándole inicialmente una paternidad, de modo que en el planteamiento de esta dialéctica se desconozca e infravalore la finalidad del hijo a que pueda acceder a un modelo familiar integral en el cual pueda encontrar y desarrollar plenamente su identidad sexual.

## VI. LA NATURALEZA JURIDICA DEL PREEMBRIÓN Y EL ASUNTO DE LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.

Finalmente, para concluir el comentario general a la Ley de la Reproducción Humana Asistida reflexionamos sobre los temas referidos al *status jurídico* del «preembrión» y a la experimentación o manipulación genética.

El término de *preembrión*, a nuestro juicio, es una desafortunada expresión que intenta privar de la necesaria asistencia tuitiva a la vida humana naciente *in fieri* existente, sin paliativos, desde el momento de la concepción. No obstante, el legislador considera que esa protección debe otorgársele a la citada realidad biológica a partir del día 14 de la fecundación, queda así de manifiesto que para aquél el momento de la *implantación* es de necesaria valoración biológica. A mi juicio, el respeto a la vida humana potencialmente nacidera, debe dispensársele desde el preciso momento de la concepción. Entiendo, por tanto, que desde el instante de la formación del cigoto existe en una realidad biológica nueva que posee toda la información genética necesaria para que se desarrolle y viabilice *ad iuvante natura* el proceso de individualización de esa vida humana (*actio vita*) existente desde la fase de la concepción. A mi modo de ver no se ha sido coherente con el texto constitucional (artículos 10, 15 y 24, entre otros significativos preceptos) pues no se considera al «preembrión» como una auténtica vida merecedora de la tución y protección jurisdiccional debida. En este planteamiento disuasivo el *conceptus sua sponte non viabilis* (es decir, el preembrión) no se le puede conceptuar, cual si se tratase de una etapa irrelevante, cuando dicha realidad biológica intrínsecamente tiene un proceso de continuidad (*iam inde irreversibile*). Puede decirse, por tanto, que el legislador le ha negado al *preembrión* esa dignidad ontológica, desconociendo su propia personalidad *in crescendo* en desarrollo, considerando que en esos 14 días (si bien es cierto que es una entidad humana), no tiene, por el contrario, una identidad sustancial. Ha olvidado el legislador que esa vida humana naciente tiene *per se* todos los elementos necesarios y propios que constituyen al hombre (*alia quibus cohaerent homines*). En conclusión, ese «minúsculo embrión» no es considerado por el legislador con calidad humana ni con sustantividad individual, desconociéndose que existe una vida y que a todos los efectos rige en su favor aquella

vieja máxima según la cual el concebido debe ser considerado como si estuviera *ya nacido* cada vez que se trate de tomar una decisión a su favor (*infans conceptus pro nato habetur*). Por el contrario, el legislador ha optado por desconocer ese estadio de vida en progresiva evolución y ha considerado, por el contrario, que el momento de la *anidación* es categóricamente decisivo, por lo que el período *precedente preanidatorio es irrelevante*; cuando a nuestro juicio esa fase de la anidación es sólo un devenir progresivo de la configuración de la vida humana naciente y no es *per se* válido para totalizar en ningún caso la propia realidad ontológica, que comienza en el momento de la fecundación, conteniendo aquella entidad humana *in fieri*, toda la programación necesaria para devenir en persona (remito para un estudio más detallado a nuestra obra citada *supra* «Fecundación artificial y Derecho»).

Finalmente, para concluir definitivamente el presente comentario, decir que el Capítulo IV de la ley incide en las materias atinentes a la manipulación genética, artículos 11 a 17 (crioconservación, diagnóstico y tratamiento, e investigación y experimentación) y en las que a modo de conclusiones finales se impone como *prius* de partida y/o imperativo categórico la correcta utilización del material embriológico, de suerte que el investigador no podrá interferir en dicho proceso para desviar obrando *contra natura* en la utilización del material reproductor (por ejemplo, fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, utilizar preembriones con fines cosméticos, la ectogenesis, etc., remito en concreto el artículo 20 de la ley). En otro orden de cosas, como regla general se admite como lícita la mencionada manipulación genética, siempre y cuando ésta contribuya o coadyuve a mejorar las condiciones innatas del material reproductor humano que se dispone (vgr., la corrección de anomalías o malformaciones congénitas. Sobre esta cuestión versan fundamentalmente los artículos 12, 13 y 14 de la ley), dado que con dicha actuación terapéutica se ayudará a cumplir la finalidad para que «naturalmente» está predestinado el material genético.

¿Qué grado de manipulación genética es admisible? A mi modo de ver, en el fondo tan importante como una ley en la que objetivamente se señalen los límites y las prohibiciones es decisivo *iure proprio* el propio código deontológico del investigador, y que siempre en estos procesos de investigación debe respetarse el derecho a la vida, incluso en fase *preembrionaria*; aunque la *mens legislatoris* en este punto es contradictoria.

Esto supuesto, los límites aludidos en cuanto a la experimentación biogenética deben señalarse en la inalterabilidad del proceso humano generativo, que no se manipule la ontológica configuración entitativa de esa vida humana naciente *in fieri* inavilizándose su nacimiento y el natural desarrollo y continuidad de aquélla, experimentándose sin intención de ayudar a cumplir su función vital. Como bien expre-

saba Higuera Urdias (Informe a la Comisión Parlamentaria) el legislador debe tener en cuenta el pluralismo social que de hecho exista, así como las distintas posturas éticas que se den, siempre y cuando ninguna de ellas se coloque al margen de los derechos humanos fundamentalmente reconocidos.

Tengo mis dudas que la presente ley defienda esos valores fundamentales, pues no es respetuosa con el principal y ontológico derecho de la persona, cual es el reconocimiento a la propia vida humana. No podemos negar que es precisamente la dignidad de la persona y/o *in fieri* (*conceptus non virtualiter nasciturus*) el punto de inflexión desde donde debe solucionarse cualquier conflicto de valores o intereses en juego ateniéndonos al propio texto constitucional (artículos 10, 15 y 24, entre otros). Es razonable, por tanto, concluir que cuando se habla de persona, la tutela y protección jurisdiccional debe llegar incluso al momento preembrionario (*etiam tunc*); por tanto, el contenido ético de actuación en la fecundación humana asistida supondrá no desconocer la dignidad del *nasciturus*, debiéndose respetar su primario natural y óntico derecho a nacer.

Siendo incuestionable que todos tienen derecho a la vida, no cabe establecer graduaciones técnicas en la amplitud de este derecho, pero no cabe duda de que si a alguien no se le puede discutir es a quien carece de toda capacidad de «ofender y defender».

