

# TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA Y CONSTITUCION

**Fernando Pantaleón**

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. Introducción. ¿Existe un derecho fundamental a procrear por medios artificiales?—II. Concretas inconstitucionalidades: 1. La irrevocabilidad de las donaciones de material genético.—2. El anonimato de los donantes.—3. La «inmuni-  
dad jurídico-familiar» de los donantes.—4. La fecundación *post mortem* en la Ley estatal.—5. La fecundación *post mortem* en la legislación catalana.—III. Conclusiones.

## I

En dos ocasiones precedentes me he ocupado, en tono muy crítico en el fondo y en la forma, de la disciplina sobre técnicas de reproducción asistida emanada de nuestras Cortes Generales: por primera vez, cuando se trataba todavía de la Proposición de Ley 122/62 del Grupo Parlamentario Socialista, y con la intención de que muriera siéndolo<sup>1</sup>; después, contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida<sup>2</sup>, a mi juicio una de las mayores desgracias legislativas de los últimos tiempos. Vuelvo ahora sobre los problemas constitucionales que plantea dicha normativa, reafirmando frente a algunas discrepancias mis posiciones radicalmente críticas y dedicando alguna atención a los preceptos correspondientes incluidos en la Ley catalana 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones.

Pero antes de abordar el análisis de detalle conviene dejar ya expuesto el marco general de mi argumento, dando respuesta a la siguiente pregunta: a la luz de los preceptos constitucionales, ¿qué puede

<sup>1</sup> «Procreación artificial y responsabilidad civil», en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pp. 245 y ss.

<sup>2</sup> «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la Democracia*, 4 (1988), pp. 19 y ss., y en el *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 641 y ss.

y qué debe permitir o prohibir el legislador ordinario en materia de técnicas de reproducción asistida?

Mi respuesta es ésta: puede prohibir mucho, debe prohibir muy poco, y no es aconsejable que prohíba más que aquello que necesariamente debe prohibir.

Considero que puede prohibir mucho porque, en contra de un significativo sector de la doctrina norteamericana<sup>3</sup>, opino que la garantía constitucional de la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), que sin duda ampara el derecho de toda persona, casada o no, a planificar su reproducción *por medios naturales* al abrigo de injustificadas interferencias por parte del Estado<sup>4</sup>, de ninguna manera impone el reconocimiento de un derecho fundamental de todos a procrear, *también por medio de técnicas de reproducción asistida*, que vincule al

<sup>3</sup> Representado especialmente por Robertson, «Embryos, Families and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction», 59 *South California Law Review*, 1986, pp. 954 y ss., 958 y ss., en la línea trazada en «Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth», 69 *Virginia Law Review*, 1983, pp. 420 y ss., 427 y ss. A lo largo de ambos trabajos, el autor defiende la existencia de un derecho fundamental a procrear de toda persona, casada o no, que se extiende a las técnicas de reproducción asistida en general, incluidas las que requieren la colaboración de terceros. Y sostiene, en consecuencia, que el Estado debe conceder eficacia a los contratos de dación de gametos o preembriones y de maternidad subrogada y a los pactos entre las partes sobre los derechos y deberes paternofiliales relativos a los futuros seres, también cuando medie retribución para el colaborador o colaboradora. Sostiene, sin embargo, que el Estado no tiene la obligación de financiar tales actividades y que puede prohibir el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las personas sin medios económicos suficientes para mantener dignamente a sus hijos (59 *S. Cal. L. Rev.*, 1986, pp. 989 y ss.). Asumen ideas similares, aunque no tan desarrolladas, Coleman, «Surrogate Motherhood: Analysis of the Problem and Suggestions for Solutions», 50 *Tennessee Law Review*, 1982, pp. 75 y ss.; Lorio, «Alternative Means of Reproduction: Virgin Territory for Legislation», 44 *Louisiana Law Review*, 1984, pp. 1642 y ss., y el anónimo comentario «Reproductive Technology and the Procreation Rights of the Unmarried», 98 *Harvard Law Review*, 1985, pp. 674 y ss. Véase también, en la doctrina alemana, Coester-Waltjen, «Die künstliche Befruchtung beim Menschen — Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen. 2 Teilgutachten. Zivilrechtliche Probleme», *Gutachten B für den 56 Deutsche Juristentag*, Munich, 1986, pp. 47, 119. Y, entre nosotros, en defensa de la fecundación artificial *post mortem*, Rivero Hernández, «La fecundación artificial post mortem», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, p. 879.

Véase, en cambio, la nota anónima «Eugenic Artificial Insemination: A Cure for Mediocrity?», 94 *Harvard Law Review*, 1981, pp. 1865 y ss., en la que se rechaza la existencia de un derecho fundamental a procrear por medios artificiales, al menos si por razones eugenésicas, contra la opinión de Robertson, 69 *Va. L. Rev.*, 1983, pp. 429 y ss. (téngase en cuenta que existe ya un Banco de esperma de Premios Nobel: Wadlington, «Artificial Conception: The Challenge for Family Law», 69 *Virginia Law Review*, 1983, p. 468, n. 14); y, especialmente, D'Agostino, «Gli interventi sulla genetica umana nella prospettiva della filosofia del diritto», *Rivista di diritto civile*, 1987, I, pp. 32 y ss., y Trabucchi, «Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista», *Rivista di diritto civile*, 1986, I, p. 510. Lo mejor sobre este tema entre nosotros: Roca Trias, «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», en *La filiación a finales del siglo xx...*, cit., pp. 28 y ss.

<sup>4</sup> En palabras del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Eisenstand v. Baird* (1972): «If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters to fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child.»

legislador ordinario. Y porque, aun cuando estoy totalmente dispuesto a admitir que la realización del deseo de tener un hijo propio entra en el ámbito del principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)<sup>5</sup>, estimo asimismo que el interés general en que, en la medida de lo posible, los niños nazcan en el seno de familias estables —*rectius*: presumiblemente más estables—, en cuanto fundadas en el matrimonio, sería razón objetivamente bastante para negar que una ley que limitase a las parejas casadas el acceso a las técnicas de reproducción artificial pudiera ser tachada de inconstitucional por contraria al precepto últimamente citado, o a los artículos 9.º.2 (igualdad de los grupos en que el individuo se integra, por lo que se refiere a las parejas no casadas), 14 ó 39.1 (protección de la familia, aun no fundada en el matrimonio) de nuestra Constitución<sup>6</sup>. Desde luego, no era inconstitucional el anterior artículo 172 CC en cuanto limitaba a las parejas casadas —y negaba a las heterosexuales no casadas, o a las parejas homosexuales— la posibilidad de adopción conjunta<sup>7</sup>. Y obvio me parece que nada cabría reprochar desde la perspectiva constitucional a una futura ley que impidiese la adopción a las personas solteras, viudas o divorciadas, incluso partiendo de que existiese un derecho fundamental a la adopción<sup>8</sup>.

Me inclino a sostener que lo único que, en las materias que nos ocupan, le estaría vedado prohibir al legislador ordinario es la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* homólogas (o sea, sin intervención de donantes) para parejas casadas, siempre que se limite al mínimo posible, por lo que a la fecundación *in vitro* se refiere, la posibilidad de que resulten preembriones «sobrantes»; con apoyo en el artículo 39.1 CE<sup>9</sup> y en el artículo 12 del Convenio Europeo para la

<sup>5</sup> Esta es una de las ideas centrales de la exposición de Starck, «Die künftliche Befruchtung beim Menschen —Zulässigkeit und Zivilrechtliche Folgen. 1 Teilgutachten. Verfassungsrechtliche Probleme», *Gutachten A für 56 Deutsche Juristentag*, Munich, 1986, pp. 17 y ss., 27 y ss., 42 y 55, aceptada como conclusión 1.5 del 56 Deutsche Juristentag, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 3069.

<sup>6</sup> En contra, 98 *Harv. L. Rev.*, 1985, pp. 678 y ss.

<sup>7</sup> Aunque el apartado 4 del artículo 175 CC, en la redacción dada por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sigue diciendo que «fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona», se lee en la disposición adicional tercera de aquella Ley que «las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor *serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*». También el artículo 20 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, dispone que «nadie puede ser adoptado por más de una persona, exceptuando la adopción conjunta por ambos cónyuges o *por una pareja de hombre y mujer que conviva maritalmente con carácter estable*». Normas ambas que patentemente excluyen a las parejas homosexuales; lo que, a mi juicio, en modo alguno puede considerarse inconstitucional.

<sup>8</sup> Como, según nos informa Coleman, 50 *Tenn. L. Review*, 1982, p. 77, n. 35, han afirmado que existe algunos Tribunales norteamericanos.

<sup>9</sup> O en el artículo 43.1 CE, desde un amplio concepto de enfermedad que incluya la imposibilidad de la pareja casada de tener hijos por medios naturales. Ahora bien, si es bastante defendible que tanto la inseminación artificial como la fecundación *in*

Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a formar una familia, según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.» Es muy dudoso, en mi opinión, que pueda fundamentarse en este último precepto un derecho de la pareja casada a procrear por medios artificiales que precisen la colaboración de terceros<sup>10</sup>. Y me parece obvio que no cabe deducir de él un derecho de la llamada «mujer sola» (o del «hombre solo», a través de un contrato de maternidad subrogada, o de la pareja homosexual) a acceder a las técnicas de reproducción asistida<sup>11</sup>.

Soy de la firme opinión, sin embargo, de que en materia de reproducción asistida el legislador ordinario, por el «prestigio» de sus normas (no existe manera sensata de impedir eficazmente la inseminación artificial con semen de donante) y a fin de evitar el «hágalo-usted-misma» y la formación de mercados negros, con los graves riesgos sanitarios que ello conlleva en este ámbito, debería prohibir únicamente lo que no tiene más remedio que prohibir al efecto de salvaguardar la dignidad como personas y los derechos fundamentales de los nacidos fruto de aquellas técnicas. A saber, y por las razones que se expondrán más adelante: la fecundación artificial *post mortem* —la fecundación de

*in vitro* homólogas puedan ser calificadas de «actividades terapéuticas o curativas», con las consecuencias que ello puede tener también en materia de seguros de enfermedad y Seguridad Social (en tal sentido, Becker, «In-vitro-Fertilisation als Heilbehandlung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1986, pp. 630 y ss.; Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., pp. 36, 110; Schlüssler, «Die In-vitro-Fertilisation als medizinisch notwendige Heilmaßnahme», *Versicherungsrecht*, 1986, pp. 322 y ss.; y Selb, *Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen*, Tubinga, 1987, p. 29; pero cfr. también Laufs, «Die künstliche Befruchtung beim Menschen —Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen», *Juristenzeitung*, 1986, p. 773; Martin, «Procréation artificielle et santé publique», en *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, Zurich, 1986, p. 98; Starck, *Gutachten A...*, cit., pp. 30 y ss.), es muy dudoso que pueda afirmarse lo mismo de las restantes técnicas de reproducción asistida (cfr. Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., p. 73; Selb, *Rechtsordnung...*, cit., Tubinga, 1987, pp. 52 y ss., 67 y s., 69 y ss., 94 y ss., 101 y ss., 109). Aunque quisiera aceptarse un muy amplio concepto de «enfermedad», que incluyese la imposibilidad de tener el hijo que se desea por medios naturales, me parece que a nadie se le ocurriría, por ejemplo, considerar el procedimiento de adopción como una «terapia de sustitución». No cabe, por tanto, compartir la siguiente postura: «La esterilidad es una enfermedad, o consecuencia de una enfermedad, con sus componentes físico, psíquico e incluso social. Desde este punto de vista, cualquier procedimiento dirigido a remediarla, desaparezca o no la causa que la origina, debe ser entendido como una terapéutica» [son palabras del Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in Vitro* y de la Inseminación Artificial (1986), p. 76; las que, obviamente, están en la base de la lamentablemente exagerada «medicalización» de estas cuestiones que ha imperado en España]. En suma, y por lo que aquí más interesa, creo que tampoco el artículo 43.1 CE no puede servir de base para fundamentar un derecho de toda persona estéril a acceder a las técnicas de reproducción asistida con colaboración de terceros.

<sup>10</sup> Véase la opinión al respecto de la Comisión Europea de Derechos Humanos en Roca Trías, «La incidencia...», cit., p. 30, n. 42. Y, con escasa claridad, Revillard, «Fecundation in vitro et congélation d'embryons», en *Procréation Artificielle...*, cit., p. 170.

<sup>11</sup> Opinión contraria, respecto de la «mujer sola», es la del Informe de la Comisión Especial..., cit., p. 159.

una mujer con el semen de su marido o compañero *more uxorio* ya fallecido—, y cualquier técnica o procedimiento que tienda a garantizar, frente al futuro ser, el anonimato de su padre o de su madre genéticos.

Aunque tengo por seguro que los pactos sobre retribución o pago de un precio en los contratos de «maternidad subrogada» son, en nuestro Derecho (conforme a nuestra moral social), nulos por contrarios a las buenas costumbres, no acabo de ver claro qué legitimación tendría para reprimir tales conductas un Estado que tolera la prostitución y permite actividades mucho más peligrosas que un embarazo para la integridad física de quien las realiza; al menos mientras no se pruebe que la «gestación por cuenta ajena» tiene un impacto psicosocial negativo en la criatura. El argumento de que se trata al niño como una mercancía, lo que es contrario a su dignidad como persona, es discutible: puede contestarse que no se comercializa el niño, sino simplemente la capacidad generativa de una mujer (que tiene el derecho a disponer libremente de su cuerpo), a fin de satisfacer el legítimo deseo de tener un hijo de la pareja comitente. Desde luego, habrían de prohibirse penalmente las actividades de mediación empresarial en la materia. Y no veo, en fin, argumentos sólidos para predicar la ilicitud de la gestación por encargo altruista o desinteresada. Grotesco me pareció, en su momento, que la Proposición de Ley 122/62 del Grupo Socialista prohibiera, bajo amenaza de «sanciones civiles, administrativas y penales», cualquier acuerdo de gestación por sustitución (también los no retribuidos, y siendo los comitentes una pareja casada y sin otra posibilidad de formar una familia)<sup>12</sup>, a la vez que permitía la fecundación *post mortem* y la fecundación artificial de la «mujer sola», incluso si no estéril, con plena garantía del anonimato del donante de semen<sup>13</sup>. Que nadie extraiga de lo anterior la idea de que yo mantengo un juicio general favorable ante los contratos de maternidad subrogada, que pueden terminar instrumentando una particularmente execrable forma de explotación de las mujeres pobres por las ricas («de línea perfecta y sin tiempo que perder»), si, como no parece fácil de evitar, acaban funcionando fuera del marco de los problemas de esterilidad. Trato sólo de contrarrestar de alguna forma la tendencia a hacer de la mater-

<sup>12</sup> La Ley 35/1988 se limita a disponer, en su artículo 10.1, 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». Es dudoso que se haya querido decir algo más de lo que resulta indiscutible: que no nace de dicho contrato una pretensión jurídicamente tutelada en favor de la pareja comitente dirigida a la entrega en adopción de la criatura por la madre subrogada, ni una en favor de ésta dirigida a la aceptación en adopción del niño por la pareja comitente. En todo caso, soy de la opinión de que, si el contrato es gratuito, la causa de su nulidad no debe hallarse en su ilicitud, sino en que su objeto está fuera del comercio de los hombres (Pantaleón, «Contra la Ley...», cit., pp. 655 y ss.).

<sup>13</sup> Ambas cosas sigue permitiéndolas la Ley 35/1988, cuyas normas correspondientes son, en mi opinión, que justificaré en la segunda parte de este trabajo, claramente inconstitucionales.

nidad subrogada el «chivo expiatorio» de las nuevas técnicas de reproducción, con el que se trata de buscar una válvula de escape ante la desazón que se siente ante ellas en su conjunto, al tiempo que se preconiza permitir variantes de las referidas técnicas mucho más lesivas de la dignidad personal y los derechos fundamentales de los futuros seres humanos.

En cuanto a la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* con gametos de donantes, considero aconsejable permitir las, previos los consentimientos eficaces de los sujetos intervinientes y un adecuado control genético de los donantes, y *garantizándose al futuro ser una fácil posibilidad de determinar la identidad de su padre o madre genéticos*. Y permitir las no sólo en favor de las parejas casadas, sino también de las que conviven *more uxorio* y de las mujeres no casadas que no conviven con nadie<sup>14</sup>. Hoy todos los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (arts. 14 y 39.2 CE), y la posibilidad de adopción por parte de las parejas no casadas y de personas viudas, solteras o divorciadas (sin requerirse necesariamente que no haya ni pueda haber un matrimonio dispuesto a adoptar al mismo menor) demuestra con nitidez que, aunque sin duda un objetivo deseable, la integración del niño en una familia fundada en el matrimonio no es un

<sup>14</sup> La palabra con que comienza el artículo 6.º 1 LTRA —«Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas por la presente Ley [...]»— pone palmariamente de manifiesto que nuestro legislador ha optado por no restringir a las mujeres casadas o las que conviven *more uxorio* el acceso a las técnicas de reproducción asistida, en contra de la opinión sin duda dominante en la doctrina europea (Benda, «Humangenetik und Recht —eine Zwischenbilanz», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, p. 1732; Bernat, «Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion», en Bernat, ed., *Lebensbeginn durch Menschenhand*, Graz, 1985, pp. 146 y ss.; Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht*, Berna, 1987, p. 200; Fechner, «Menschenwürde und generative Forschung und Technik», *Juristenzeitung*, 1986, p. 659; Hausheer, «Zur Problematik der künstlichen Insemination: Ein Beitrag aus Strassburg?», en *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, 1979, Stuttgart, 1979, p. 224; Hegnauer, «Die Familienrechtliche Problematik in der Schweiz», en *Procréation Artificielle...*, pp. 207 y ss.; Kolhossler, «Rechtsprobleme bei medizinischen Zeugungshilfen», *Juristische Arbeitsblätter*, 1985, p. 558; Mantovani, «Le manipolazione genetica: profili penali», en *Manipolazioni genetiche e diritto*, Quaderni di Iustitia, 34, Roma, 1986, pp. 252 y ss.; Santosuosso, *La fecondazione artificiale umana*, Milán, 1984, pp. 97 y ss.; Selb, *Rechtsordnung...*, cit., pp. 68 y ss., 127; Trabucchi, *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 505; en el mismo sentido, las conclusiones III.2.3 y III.2.4 del 56 DJT, en *NJW*, 1986, p. 3069; y entre nosotros, por ejemplo, Gafo, ed., *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Madrid, 1986, pp. 64, 67, 74, 121 y ss.; Hernández Ibáñez, «Nuevas técnicas de procreación artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1986-4, pp. 480 y ss.; Lledó, *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, 1988, pp. 94 y ss.).

Opción minoritaria en la que, no obstante, el legislador español me hubiera encontrado a su lado, junto a un sector especialmente cualificado de la doctrina alemana (Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., pp. 73 y ss.; Harder, «Wer sind Vater und Mutter? —Familienrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin», *Juristische Schulung*, 1986; Starck, *Gutachten A...*, cit., pp. 28 y ss.), si no hubiera garantizado el anonimato (art. 5.º 5 LTRA) y la «inmunidad jurídico-familiar» en todo caso (art. 8.º 3 LTRA) del donante de semen; garantías legales éstas cuya inconstitucionalidad respecto de la fecundación de la llamada «mujer sola» se mantiene en la segunda parte de este trabajo.

valor fundamental irrenunciable; mientras que, sin negar sus límites, el libre desarrollo de la personalidad de la mujer —aquí mediante la procreación asistida— sin duda lo es. Ahora bien, quede claro que mi opinión favorable al acceso a fecundación artificial con semen de donante de la mujer no casada y que no convive *more uxorio* está inexcusablemente condicionada a que, *en beneficio del hijo, quede determinada la paternidad, a todos los efectos legales, del donante de semen* (que, como es obvio, tendría que ser informado previamente y aceptar de modo expreso el fin y consecuencias de su intervención). De que nuestro ordenamiento, ante la situación *ya lamentablemente existente* de un niño desamparado, permita su adopción por persona soltera, viuda o divorciada, lo que puede deducirse es que la integración del niño en una familia fundada en el matrimonio no es un valor fundamental irrenunciable; pero, en forma alguna, un pretendido derecho de toda mujer a acceder a técnicas que le permitan traer al mundo un hijo sin un padre legalmente obligado a prestarle la asistencia de todo orden a que se refiere el artículo 39.3 CE.

Bien sentado lo anterior, pasemos ya al análisis de los preceptos de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida que merecen, a nuestro juicio, el calificativo de inconstitucionales.

## II

1. En el artículo 5.º LTRA se regula la donación de gametos y preembriones. Y su apartado 2 dispone:

«La donación sólo será revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles [...]»<sup>15</sup>.

Pues bien, la irrevocabilidad como regla de la donación de gametos (o de preembriones) me parece una solemne barbaridad contraria a los principios constitucionales. La decisión sobre el sí y el cuándo de la propia reproducción es manifestación elemental del derecho de autodeterminación de la persona, inherente a su dignidad como tal (art. 10.1 CE)<sup>16</sup>; y una renuncia a dicho derecho fundamental, como la

<sup>15</sup> La norma concluye disponiendo que «a la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al Centro receptor». Norma sencillamente indecente: una tal indemnización de gastos sólo sería de algún modo defendible en las hipótesis de revocación sin justa causa (cfr. art. 43 CC). E incluso en tal caso resulta más razonable sostener su improcedencia, habida cuenta de que las donaciones de gametos no pueden ser remuneradas (art. 5.º.3 LTRA) y de que aquellos gastos han de estimarse riesgos típicos de la empresa. La norma constituye, desde luego, una fastuosa demostración de hasta qué límite se ha llegado en defensa de la «industria de la esterilidad».

<sup>16</sup> Püttner/Brühl, «Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung», *Juristenzeitung*, 1987, p. 532.

que conllevaría una donación de gametos o de preembriones irrevocable, no puede admitirse jurídicamente. La generalidad de la doctrina se ha pronunciado en favor de la libre revocabilidad de dichas donaciones hasta el momento de la efectiva utilización del material genético donado<sup>17</sup>. Supongo que a nadie se le ocurrirá argumentar que, en el ámbito de las técnicas de procreación artificial, el donante de gametos o preembriones no se reproduce, puesto que no puede ser establecida respecto de él una relación legal de filiación con el nuevo ser: como es obvio, nada tiene que ver una cosa con la otra.

La idea de que es frontalmente contrario a la dignidad de la persona humana el que a alguien pueda imponérsele su propia reproducción justifica también el juicio de inconstitucionalidad de la «confiscación» de los preembriones sobrantes de fecundaciones *in vitro* crioconservados que se contempla en el artículo 11.4, en relación con los artículos 4.º y 11.3 LTRA<sup>18</sup>. Me parece claro que la opinión congruente de quien, con pretendida base en la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, estime que la destrucción de un preembrión significa la destrucción de un «bien constitucionalmente protegido por el artículo 15 CE», no sería la de afirmar la constitucionalidad de los apartados 3 y 4 del artículo 11 LTRA, sino la inconstitucionalidad de su artículo 4.º (o, incluso, de cualquier norma que permita la fecundación *in vitro*)<sup>19</sup>. Por mi parte, he de manifestar que la citada sentencia, muy difícilmen-

<sup>17</sup> En este sentido, Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung...*, cit., p. 146; Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., pp. 31 y ss.; Gafo (ed.), *Nuevas técnicas...*, cit., p. 116; Guinand, «Contrats passés avec les donneurs de semence», en *Procréation Artificielle...*, cit., p. 244; Hegnauer, «Die Familienrechtliche Problematik...», cit., p. 206; Laufs, *JZ*, 1986, p. 772; Montes Penedés, «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», en *La filiación a finales del siglo xx...*, cit., p. 195; y, últimamente, Blasco Gascó, «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 704-705.

<sup>18</sup> El artículo 4.º LTRA dispone: «Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.» Precepto éste que, a mi juicio, sólo tiene una interpretación constitucionalmente admisible: se trata de una norma dirigida al equipo médico, cuando la mujer no haya manifestado su voluntad al respecto, delegando en aquél la decisión.

El número 3 del artículo 11 LTRA dispone que «los preembriones sobrantes de una FVI, por no transferidos al útero, se criopreservarán en los Bancos autorizados durante un máximo de cinco años». Y el número 4 del mismo artículo, que «pasados dos años de criopreservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes».

<sup>19</sup> En tan radical como coherente sentido, Sancho Rebullida, «Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura legislación española», en *La filiación a finales del siglo xx...*, cit., pp. 103 y ss. Desde iguales posturas ideológicas desemboca, en cambio, en las soluciones de la Ley (y el Informe Warnock), tras una argumentación incoherente y confusa, Lledó Yagüe, *Fecundación artificial...*, cit., pp. 80 y ss.

Quien niegue, por el contrario, que el preembrión humano sea un bien constitucionalmente protegido, no podrá aceptar la tesis, sostenida por Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., p. 107, y Püttner/Brühl, *JZ*, 1987, pp. 533 y ss., de que, cuando la alternativa sea su destrucción, la pareja de la que el preembrión procede está obligada a soportar su transferencia al útero de otra mujer que lo desee; véase Robertson, 59 *S. Cal. L. Rev.*, 1986, pp. 977 y ss.



te repetible con la actual composición del Tribunal Constitucional, se pronuncia sólo sobre la protección constitucional del *nasciturus*, y no del preembrión fecundado *in vitro* y todavía no transferido al útero materno («la vida humana —se dice en ella— es un devenir, un proceso que comienza con la *gestación*», no con la fecundación); probablemente porque su potencial extensión a los preembriones es una de las críticas más sólidas que cabría hacer a muchos de los escasamente jurídicos argumentos de aquella muy deficiente decisión del Tribunal Constitucional. Yo no albergo dudas sobre la constitucionalidad de una disciplina permisiva de la fecundación *in vitro*, cuando resulte indicada en la lucha contra la esterilidad de una pareja o una mujer, aunque pueda producir la destrucción de preembriones humanos<sup>20</sup>.

2. El fundamental apartado 5 del mismo artículo 5.º LTRA, verdadera piedra angular de esta Ley, dispone:

«La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto, y en clave, en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.

Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Sólo excepcionalmente en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8.º, apartado 3<sup>21</sup>. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no

<sup>20</sup> Difícil es la cuestión de si procederá la transferencia al útero de la mujer que así lo desea del preembrión fecundado *in vitro* con el semen y el consentimiento del marido o compañero *more uxorio*, cuando éste cambia de opinión después de realizada la fecundación. Probablemente la respuesta ha de ser positiva (así, Selb, *Rechtsordnung...*, cit., pp. 23 y ss.; pero, en contra, Hegnauer, «Die Familienrechtliche Problematik...», cit., p. 209).

Me parece indudable, por el contrario, que en modo alguno puede obligarse a la mujer a soportar la transferencia a su útero del preembrión o los preembriones, aun cuando la fecundación *in vitro* se hubiese llevado a cabo con su consentimiento, su marido deseara dicha transferencia y los preembriones tuvieran, si no, que ser destruidos. Y sería rechazable, a mi juicio, cualquier norma que estableciese sanciones para la mujer en dicha hipótesis, considerando que el resultado de su negativa a la transferencia no es distinto del que provocan los dispositivos intrauterinos (así, Deutsch, «Artificielle Wege menschlicher Reproduktion: Konservierung von Sperma, Eiern und Embryonen; künstliche Insemination und außerkörperliche Fertilisation; Embryotransfer», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1985, p. 180, y Selb, *Rechtsordnung...*, cit., pp. 38 y ss.; parece de la opinión contraria Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, p. 106).

<sup>21</sup> Que dispone que «la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5.º, apartado 5, de esta Ley no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación».

implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante»<sup>22</sup>.

En mi opinión, que se apoya en un muy numeroso sector de la literatura jurídica especializada<sup>23</sup>, el precepto que acaba de transcribirse es radicalmente inconstitucional, ya que vulnera:

a) Primero y fundamentalmente, el apartado 2 del artículo 39 CE, que prescribe que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad», consagrando con nitidez, de este modo, el derecho de toda persona a

<sup>22</sup> El artículo 19.2 LTRA dispone que «los Equipos biomédicos y la Dirección de los Centros o Servicios en que trabajan incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes». Y la letra j) de su artículo 20.2.B considera infracción muy grave [equivalente, por ejemplo, a «crear seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza» —letra k)— o al «intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para producción de híbridos» —letra q)—] el «desvelar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos por la presente Ley».

<sup>23</sup> Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung...*, cit., pp. 79 y ss., 97 y ss.; Coester-Waltjen, «Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, p. 2060, y *Gutachten B...*, cit., pp. 53, 68 y ss.; Deutsch, «Des Menschen Vater und Mutter», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, pp. 1973, 1974; Eser, «Thesen zur Reproduktionmedizin und Humangenetik aus rechtlicher und sozialpolitischer Sicht», en *Procréation Artificielle...*, cit., pp. 312 y ss.; Giesen, «Heterologe Insemination —Ein neues legislatorische Problem», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1981, pp. 416 y ss., y «Recht und medizinischer Fortschritt», *Juristische Rundschau*, 1984, pp. 226 y ss.; Harder, *JuS*, 1986, pp. 507 y ss.; Hegnauer, «Die Familienrechtliche Problematik...», cit., pp. 203, 205 y ss.; Kolhossler, *JA*, 1985, p. 557; Laufs/Arnold, «Der Gesetzgeber und das Retortenbaby —Rechtspolitische Probleme der In-vitro-Fertilisation», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1984, p. 282; Laufs, *JZ*, 1986, p. 772; Müller, «Zeugnispflicht bei heterologer Fertilisation», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1986, pp. 636 y ss.; Püttner/Brühl, *JZ*, 1987, pp. 532 y ss.; Schumacher, «Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1987, pp. 319 y ss.; Selb, *Rechtsordnung...*, cit., pp. 58 y ss.; Starck, *Gutachten A...*, cit., pp. 23 y ss., 50 y ss.; Sverne, «The Swedish view of artificial insemination by donor», en *Procréation Artificielle...*, cit., pp. 175 y ss.; Zimmermann, «Die heterologe künstliche Insemination und das geltende Zivilrecht», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1981, pp. 932 y ss.; así como la conclusión III.7 del 56 DJT, *NJW*, 1986, p. 3069. Véase también Robertson, *59 S. Cal. L. Rev.*, 1986, pp. 966, n. 81; 1015 y ss., 1038. Y, entre nosotros, Rivero Hernández, «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de inseminación artificial», en *La filiación a finales del siglo xx...*, cit., pp. 141 y ss., 154 y ss.; y en Lacruz y otros, *Elementos de Derecho Civil*, IV-2, 3.ª ed., Barcelona, 1989, pp. 160-163 (aunque mezclada en este lugar su opinión con la del profesor Lacruz Berdejo, quien se equivocó claramente cuando afirmó que su postura favorable a la garantía legal del anonimato era la de «la casi totalidad de los juristas»: sólo fue así respecto de los juristas latinos de la primera época); Sancho Rebullida, «Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura legislación española», en *La filiación a finales del siglo xx...*, cit., pp. 108 y ss.; Vidal Martínez, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, 1988, pp. 32 y ss., 207 y ss.; Blasco, *ADC*, 1991, pp. 707 y ss. Y a pesar del pedante confusiónismo propio de sus obras, es significativo el cambio de opinión de Lledó: desde la «Reflexión sobre las nuevas formas de concepción humana», *La Ley*, 1985-II, pp. 1015 y ss.; pasando por *Las acciones...*, cit., pp. 220 y ss., 248 y ss., 252, y *Fecundación artificial...*, cit., pp. 29 y ss.; hasta «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, pp. 1244 y ss.

conocer su origen genético. A quien me responda que, cuando redactó dicho precepto, el legislador constitucional no tenía en mente en absoluto las nuevas técnicas de reproducción humana<sup>24</sup>, le pediré sencillamente —por evitarme consideraciones obvias sobre lo que sería del Derecho si las normas sólo pudiesen ser aplicadas a las situaciones que el legislador que las dictó tuvo en consideración— que, con el artículo 14 CE en la mano, tenga a bien indicarme qué razón puede justificar razonablemente que el nacido a consecuencia de una fecundación artificial con semen de donante carezca del derecho a conocer su origen genético, cuando sin duda lo tienen todos los hijos no matrimoniales concebidos de forma natural: también el hijo adulterino, aunque el marido haya consentido el adulterio de su mujer y decidido aceptar como suyo al hijo fruto del mismo.

b) El artículo 10.1 CE —*dignidad de la persona humana*—, ya que se degrada a los futuros seres fruto de reproducción asistida con intervención de donante a la condición de objetos, de medios involuntarios de fines ajenos, cuando se autoriza legislativamente la posibilidad de ocultarles de manera sistemática su origen, a fin de no coartar las donaciones de material genético. Y subsidiariamente, de no admitirse las dos razones precedentes:

c) El artículo 15 CE —*derecho a la integridad física*—, puesto que se ha llegado al extremo de disponer que sólo un comprobado peligro «para la vida» del hijo podrá excepcionar la garantía legal de anonimato del donante.

d) El artículo 15 CE —*derecho a la integridad moral*—, por la misma razón, al ser perfectamente posible que, en determinados supuestos, la imposibilidad de conocer el propio origen sea fuente de serios trastornos psíquicos, por ser aquél dato de considerable importancia para encontrar la propia identidad y, por tanto, para el desarrollo de la personalidad<sup>25</sup>.

e) Y el apartado 3 del artículo 39 CE —*deber de «los padres» de prestar asistencia de todo orden a los hijos*—, en relación con el artículo 24.1 CE, por cuanto la garantía legal del anonimato del donante de semen priva de hecho al nacido de la posibilidad de reclamar la paternidad de su padre genético y, consecuentemente, el cumplimiento por

<sup>24</sup> Así, Lacruz Berdejo, «La Constitución y los hijos artificiales», *Actualidad Civil*, 1987, pp. 2031 y ss.; y en Lacruz y otros, *Elementos...*, IV-2, cit., p. 148, n. 1 bis. De acuerdo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, «La filiación inducida y las clasificaciones legales», en *La filiación a finales del siglo xx...*, cit., p. 122; Lledó, *Fecundación artificial...*, cit., pp. 122 y ss., y ADC, 1988, p. 1245.

<sup>25</sup> La segunda excepción al anonimato de los donantes que prevé el artículo 5.º.5 LTRA —«cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales»— es bastante crítica. Parece estar pensada para las hipótesis de donante que oculta ser portador de una enfermedad genética o hereditaria. Restaría, empero, el problema, conectado con el artículo 24.1 CE, de cómo ejercitar las pretensiones de responsabilidad civil del donante por las taras con que el niño haya podido venir al mundo en un caso igual o similar, cuando, por cualquier razón (p. ej., por la muerte del donante), no puedan plantearse en el seno de un procedimiento criminal.

él de los deberes fundamentales inherentes a la condición de padre, en aquellos supuestos en que tales deberes no pueden ser impuestos al marido o compañero *more uxorio* de la madre: bien por tratarse de mujer no casada y que no convivía *more uxorio* con nadie; bien porque la fecundación artificial se haya llevado a cabo sin el consentimiento eficaz del marido —que, sin duda, podrá impugnar entonces su paternidad (así, *a contrario*, artículos 8.º.1 LTRA y 2.º.1 Ley catalana de Filiaciones), y normalmente lo hará— o del compañero *more uxorio* (que, en tal caso, se negará de ordinario a reconocer a la criatura). Estado de cosas que, por lo demás, resulta también contrario a los artículos 14 y 39.2 CE, en comparación con la situación de los hijos concebidos por medios naturales. Los mejores juristas han luchado durante muchos años por la eliminación de los obstáculos que impedían o dificultaban al hijo reclamar su paternidad biológica y el cumplimiento de las obligaciones inherentes a ella; también cuando fuera fruto de una relación sexual puramente esporádica de su madre con un varón que no tuviese intención alguna de tener un hijo, y al que aquélla hubiera asegurado mendazmente que tomaba anticonceptivos y que, en caso de quedar embarazada, abortaría o se ocuparía ella sola de la criatura. La lucha fue dura, pero la victoria espléndida y consagrada constitucionalmente. ¿Hay ahora algún motivo para que los nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida no disfruten de ella?

Pasemos ahora a refutar algunos de los posibles argumentos en contra de las tesis aquí sostenidas.

Es obvio que no puede prohibirse a una mujer que tenga relaciones sexuales, todo lo promiscuas que quiera, con personas desconocidas, que impidan de hecho al hijo fruto de las mismas descubrir quién es su verdadero padre. Y es probablemente cierto que un hijo no matrimonial concebido de forma natural carece de pretensión para exigir a su madre que le revele la identidad del varón progenitor por ella conocido. Nada de lo anterior constituye, sin embargo, argumento alguno en contra de la tesis de que toda persona tiene un derecho constitucionalmente protegido a conocer su origen genético. Significa sencillamente que, en determinados casos, la tutela de dicho derecho encuentra un límite en la tutela de otro, *también constitucionalmente protegido*: el derecho de la madre a la intimidad personal (art. 18.1 CE)<sup>26</sup>.

Aunque la cuestión es mucho más discutible, quizá quepa afirmar también que el nacido a consecuencia de una fecundación artificial con semen de donante carece de pretensión para exigir a su madre que le revele, de conocerla, la identidad del donante de esperma<sup>27</sup>. Pero me

<sup>26</sup> Véase Selb, *Rechtsordnung...*, cit., p. 59, contra la opinión de Bernat, «Zivilrechtliche Fragen...», cit., pp. 141 y s. Además, Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., p. 62; Hegnauer, «Die Familienrechtliche Problematik...», cit., p. 206; Starck, *Gutachten A...*, cit., pp. 23 y ss., 25.

<sup>27</sup> Así, frente a la opinión de Zimmermann, *FamRZ*, 1981, p. 934, n. 44, Guinand, «Contrats passés...», cit., p. 246; Harder, *JuS*, 1986, p. 507; Kolhossler, *JA*, 1985, p.

parece evidente que éste no tiene un derecho constitucionalmente protegido a su anonimato, que el legislador ordinario deba garantizar<sup>28</sup>. Absurdo sería sostener que la madre que revela a su hijo la identidad de su padre natural actúa de un modo ilícito frente a éste, incluso cuando le hubiera prometido no hacerlo. Igualmente absurdo sería afirmar que actúa ilícitamente frente al donante de semen la madre que revela su identidad, que ha llegado a conocer, al hijo fruto de la fecundación artificial con el semen de aquél. Que es el absurdo que debería defenderse, de aceptarse que el donante de semen tiene un derecho al anonimato protegido por el artículo 18.1 CE, que habría de prevalecer sobre el que el hijo tiene a conocer su origen genético.

Tampoco puede esgrimirse convincentemente en favor de la garantía legal del anonimato de los donantes la protección del secreto profesional. Como se ha señalado con gran precisión<sup>29</sup>, el secreto profesional protege el interés de quien, a fin de posibilitar un diagnóstico correcto, debe proporcionar al médico unos datos personalísimos, que en circunstancias normales no revelaría a los demás. En la base del deber de secreto está, así pues, el estado de necesidad del paciente, que se ve forzado a revelar al médico sus miserias y aflicciones. Nada de esto sucede, sin embargo, respecto del donante de semen, quien no se encuentra, en sentido propio, bajo tratamiento del médico: no tiene que abrirse y confiarse a él a fin de conseguir un consejo experto relativo a una enfermedad. Puesto que el donante pone su esperma a disposición del médico sin estar en la necesidad de hacerlo, no puede hablarse de secreto profesional digno de protección jurídica.

Es una falacia de la peor especie, por cuanto nos presenta a la víctima como protegido, utilizar a favor de la garantía legal del anonimato del donante el argumento de que el hijo «podría recibir un daño psíquico y afectivo al conocer que su origen genético está fuera de la familia a la que pertenece»<sup>30</sup>. Dejemos de lado, aunque sería de por sí respuesta suficiente (como lo sería también frente al intento de fundamentar la garantía del anonimato del donante en el mantenimiento de la paz, la integración y la estabilidad de la familia), que la conclusión final consecuente de ese argumento sería la de prohibir de manera absoluta, en frontal contradicción con la norma del artículo 39.2 CE, la investiga-

557; Müller, *FamRZ*, 1986, p. 636. Lo duda Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., p. 64. Otras reflexiones en Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung...*, cit., pp. 99 y ss., 112; Hegnauer, «Die Familienrechtliche Problematik...», cit., p. 203, n. 15.

<sup>28</sup> Coester-Waltjen, en *Procréation Artificielle...*, cit., p. 188; Giesen, *FamRZ*, 1981, p. 417; Starck, *Gutachten A...*, cit., p. 27, n. 50. Piensa que lo tiene, pero que debe ceder ante el derecho del hijo a conocer su origen genético, Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung...*, cit., pp. 100 y ss.

<sup>29</sup> Zimmermann, *FamRZ*, 1981, pp. 932 y ss.; v. también Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung...*, cit., pp. 106 y ss., 114; Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., pp. 59, 68; Giesen, *JR*, 1984, p. 227; Harder, *JuS*, 1984, p. 58; Hegnauer, «Die Familienrechtliche Problematik...», cit., p. 103; Laufs/Arnold, *ZRP*, 1984, p. 282; Müller, *FamRZ*, 1986, pp. 636 y ss.; Schumacher, *FamRZ*, 1987, p. 230.

<sup>30</sup> *Informe de la Comisión Especial...*, cit., p. 117.

ción de la paternidad de los hijos adulterinos y adoptivos. Una cosa es que el legislador ordinario garantice que, *una vez alcanzado el grado de madurez suficiente*, el nacido a consecuencia de una fecundación artificial con semen de donante pueda, *si así lo desea*, conocer la identidad de su padre biológico —que es lo que, a mi juicio y de acuerdo con mejor doctrina europea, exige nuestra Constitución—, y otra muy diferente que el legislador ordinario, mediante el establecimiento de obligaciones de información «de oficio», pretenda asegurar que los nacidos a consecuencia de fecundación artificial con semen de donante tendrán en todo caso conocimiento de las circunstancias de su generación y de la identidad de su padre biológico, aunque de ninguna manera quieran o para nada les importe saberlo; ni la Constitución impone la instauración de dichas obligaciones legales, ni hacerlo sería, en mi opinión, políticamente jurídicamente deseable<sup>31</sup>.

Ningún sentido tendría tampoco argüir contra la tesis aquí mantenida lo indeseable que resultaría que el donante de semen pudiera reclamar la paternidad del niño, impugnando a la vez la del marido de su madre<sup>32</sup>. La falta de legitimación activa al efecto del donante de semen es indiscutible en nuestro Derecho. Pero es que, además, en modo alguno se afirma aquí que el donante tenga derecho a conocer la identidad del hijo generado con su semen; ni que la madre y su marido tengan derecho a conocer la identidad del donante, o viceversa. Aquí se defiende el derecho *de los hijos, y sólo de los hijos* generados por fecundación artificial heteróloga, a conocer la identidad de su padre biológico<sup>33</sup>. Lo que indico por si a alguien se le ocurre argumentar que

<sup>31</sup> Téngase en cuenta, además, que, se garantice o no legalmente el anonimato del donante de semen, en forma alguna podrá impedirse que la madre o su marido revelen al hijo las circunstancias de su generación. Y que la experiencia en materia de adopción lleva incluso a aconsejarles que así lo hagan lo antes posible, una vez que haya alcanzado el hijo la madurez suficiente, porque, tanto para éste como para sus relaciones con aquéllos, el enterarse de los hechos por otras fuentes y darse cuenta de que su madre y padre «social» no han sido sinceros con él resultará seguramente mucho más perjudicial que el oír de labios de éstos que la persona que ha venido comportándose como su padre no es aquel de quien procedió el semen que fecundó el óvulo de su madre. En fin, y como se ha hecho notar con acierto, lo más frecuente al reflexionar sobre estas cuestiones es preguntarse: ¿le diría yo al niño que no soy su padre biológico? Cuando lo que en propiedad habría que preguntarse es: ¿cómo me sentiría yo si llegara a saber que un médico ha destruido toda la documentación sobre mis orígenes y que ya no voy a tener nunca la posibilidad de conocer nada al respecto? (Sverne, «The Swedish view...», cit., pp. 175 y ss., 189, 193; también, Ewerlöf, «Swedish Legislation on Artificial Insemination», en *La filiación a finales del siglo xx...*, cit., pp. 73 y ss.).

<sup>32</sup> Como lo hizo Lledó, *La Ley*, 1985-II, p. 1015.

<sup>33</sup> Conviene recordar tres preceptos de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción:

Artículo 34: «Todas las personas que, prestando o no servicios en el Organismo competente de la Generalidad o en las instituciones colaboradoras, intervienen en la constitución de la acogida preadoptiva o la adopción están obligadas a guardar secreto de la información que obtengan por ello y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, y a evitar, muy especialmente, que la familia de origen conozca a la preadoptiva o la adoptiva.»

mi tesis puede conducir a la creación de un peligroso «triángulo» del tipo «madre-afecto-donante de semen-celos-marido», que terminaría destruyendo la familia en la que el niño está integrado.

El argumento fundamental —y más sincero— común a todos los partidarios de garantizar legalmente el anonimato del donante es, naturalmente, el siguiente: si dicho anonimato no se garantiza, no habrá nadie que quiera donar semen, o el número de los que quieran será absolutamente insuficiente para cubrir la demanda de fecundaciones artificiales heterólogas.

Responderemos, ante todo, que no es en absoluto claro que ello sea así. Como se sabe, la Ley sueca de inseminación artificial de 20 de diciembre de 1984 garantiza plenamente el derecho del nacido a consecuencia de la inseminación a conocer, si lo desea, la identidad del donante de semen (art. 4.º). Y según nos enseñan quienes hay que suponer bien informados, nada permite pensar que ello vaya a representar un serio obstáculo para la continuidad de la práctica en Suecia de la inseminación artificial<sup>34</sup>.

Pero para añadir de inmediato lo siguiente. Soy partidario, sin duda alguna, de que las fecundaciones artificiales con semen de donante sean permitidas con gran generosidad (también, como ya dije, las de las mujeres no casadas), con apoyo en el principio del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 CE. Tengo mis dudas, sin embargo, sobre que sean algo que el legislador tenga que facilitar en la mayor medida posible, y estoy totalmente seguro de que no si hubiera de hacerse a costa de los derechos fundamentales de los futuros seres fruto de aquéllas<sup>35</sup>. Aunque fuera cierto que para muchos de ellos la alternativa a la imposibilidad de conocer la identidad del donante de semen fuera no nacer, nadie está legitimado para decidir en su nombre que lo primero sea mejor que lo segundo<sup>36</sup>. Si la dignidad de la persona

Artículo 35: «Durante la minoría de edad del adoptado o mientras el menor está bajo la tutela de Organismo competente, éste o los representantes legales del adoptado pueden solicitar datos biogénéticos de los progenitores.»

Y el aquí fundamental artículo 28: «Sin perjuicio de lo que establece el artículo 34, el adoptado, a partir de la mayoría de edad, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva.»

Se trata, a mi juicio, de una regulación modélica, que implícita pero claramente confirma, si alguna falta hacía, la opinión de Blasco, *ADC*, 1991, pp. 712 y ss., de que, aunque no fuera inconstitucional, la garantía legal del anonimato de los donantes de semen no regiría en Cataluña.

<sup>34</sup> Cfr. Sverne, «The Swedish view...», cit., pp. 176 y ss.; Ewerlöf, «Swedish Legislation...», cit., pp. 81 y ss.

<sup>35</sup> No existe, obviamente, un derecho público subjetivo a tener un hijo, ni a disponer de gametos al tal efecto: Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung...*, cit., pp. 121 y ss.; Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., p. 120.

<sup>36</sup> Significativa la opinión al respecto de un jurista tan radicalmente partidario de la existencia de un derecho a procrear por medios artificiales prácticamente ilimitado como Robertson, 59 *S. Cal. L. Rev.*, 1986, p. 1007. Y véase *infra*, nota 62 y texto correlativo.

significa algo, es que nadie puede ser degradado a la condición de objeto, de medio involuntario de fines ajenos, por merecedores de consecución que éstos sean. Por no repetir las durísimas palabras que un jurista alemán dedicó al Proyecto de Recomendación sobre inseminación artificial del Consejo de Europa, de 5 de marzo de 1979, que preveía consagrar, como ahora nuestra Ley 35/1988, el anonimato de los donantes: «Tras una consideración más detenida se confirma la sospecha de que la propuesta de Estrasburgo no es nada más que un espantoso producto del grupo de presión de los médicos interesados en la práctica de la inseminación artificial heteróloga»<sup>37</sup>.

La argumentación que aquí termina se ha centrado, en atención a *id quod plerumque accidit*, en la figura del varón donante de semen; pero es plenamente trasladable a la mujer donante de óvulos y a la pareja donante de preembrión o preembriones. Para toda técnica de reproducción asistida con colaboración de tercero, el hijo tiene un derecho fundamental a conocer la identidad de su padre y su madre genéticos, que desconoce el artículo 5.º.5 LTRA.

### 3. El apartado 3 del artículo 8.º LTRA dispone:

«La revelación de la identidad de donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5.º, apartado 5, de esta Ley no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación.»

Clara, pues, a mi juicio, la inconstitucionalidad del artículo 5.º.5 LTRA y, consecuentemente, de sus artículos 19.2 (en la parte antes transcrita) y 20.2.B.j); ¿qué decir del artículo 8.º.3? Porque algunos juristas con los que comparto la tesis de que todo nacido fruto de una fecundación artificial con semen de donante tiene un derecho fundamental a conocer su origen genético han propuesto que se garantice legalmente, *en todo caso*, la «inmunidad jurídico-familiar» del donante de semen —o sea, que la ley establezca que en ningún caso será considerado «padre» a efectos legales— con el objetivo de facilitar en lo posible la práctica de aquella técnica de reproducción asistida<sup>38</sup>. Lo que es ya Derecho vigente en algunos Estados australianos y norteamericanos<sup>39</sup>.

La «inmunidad jurídico-familiar» del donante de semen me parece perfectamente aceptable, con las precisiones que señalaré más adelante, si se trata de fecundación asistida de mujer casada consentida

<sup>37</sup> Giesen, *FamRZ*, 1981, p. 414.

<sup>38</sup> Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung...*, cit., pp. 194 y ss.; Schumacher, *FamRZ*, 1987, pp. 317 y ss. Y, entre nosotros, Rivero, «La investigación...», cit., pp. 145 y ss. (aunque véase también p. 167), a quien sigue fielmente Blasco, *ADC*, 1991, pp. 702-703, 709-711, y, una vez abandonado el dogma del anonimato del donante de semen, Lledó, *ADC*, 1988, p. 1246.

<sup>39</sup> Cfr. Waller, «The Waller Report and Australian Legislation», en *Procréation Artificielle...*, cit., pp. 138 y ss.; Wadlington, 69 *Va. L. Rev.*, 1983, pp. 484 y ss.; y Lorio, 44 *La. L. Rev.*, 1984, pp. 1648 y ss., quien se pronuncia a favor de dicha inmunidad.



eficazmente por su marido, una vez que resulta cierto, con base en el artículo 8.º.1 LTRA, que la paternidad del marido, legalmente determinada desde el nacimiento de la criatura por el juego de la presunción *pater es is* (art. 116 CC, art. 7.º.1 LTRA), no puede ser impugnada por él con base en el artículo 136 CC, pese a que no se corresponde con la verdad biológica<sup>40</sup>.

Igualmente aceptable me parecería tal «inmunidad» en los casos de fecundación artificial de la mujer con semen de donante con el consentimiento eficaz de su compañero *more uxorio* si, en lugar de dictar una norma tan absolutamente absurda como la del apartado 2 del artículo 8.º LTRA<sup>41</sup>, esta Ley hubiese dado a aquel consentimiento (formalizado

<sup>40</sup> El artículo 8.º.1 LTRA dispone: «Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, *previa y expresamente*, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.» Y del apartado 3, en relación con el 1 (no con el 2, al que por error se remite), del artículo 6.º LTRA resulta que el consentimiento del marido tiene que ser libre, consciente, expreso y *por escrito*. Se plantean, pues, estas preguntas: ¿Podrá impugnar su paternidad el marido que haya consentido *tácitamente* la fecundación de su mujer con semen de donante? ¿Y el marido que haya consentido tal fecundación *expresamente pero no por escrito*? Preguntas semejantes plantean los artículos 1.º.2 («Asimismo se presumirán hijos del marido los nacidos en virtud de la fecundación asistida de la esposa con el consentimiento *expreso* del marido, formalizado *en un documento público*») y 2.º.1 (que sobre la impugnación de la paternidad dice: «No puede admitirse la impugnación basada solamente en la fecundación asistida de la esposa, si se ha realizado con el consentimiento expreso del marido, *formalizado en un documento público*, tanto si dicho consentimiento se ha prestado para la inseminación con material reproductor del marido como si se ha prestado para la inseminación con material reproductor de otro donante») de la Ley catalana de Filiaciones. Probablemente, las respuestas deberían ser siempre afirmativas (v. Schumacher, *FamRZ*, 1987, p. 316; Selb, *Rechtsordnung...*, cit., p. 64).

<sup>41</sup> Que dice: «Se considera escrito indubitado, a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de estas técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad.» Ahora bien:

a) El artículo 49 LRC se refiere a un «escrito indubitado del padre en el que expresamente reconozca la filiación». ¿Cómo va a serlo, entonces, el documento en el que el compañero *more uxorio* consintió la fecundación de su compañera con semen de donante, siendo obvio que lo que prueba sin lugar a dudas dicho documento es, precisamente, que el compañero no es el verdadero padre de la criatura?

b) A la luz de la remisión a las normas del Código Civil que realiza el artículo 7.º.1 LTRA, la única «acción de reclamación judicial de paternidad» que podría «quedar a salvo» es la de la paternidad del donante de semen, que es —repito— el verdadero padre de la criatura. Pero precisamente la acción de reclamación de la paternidad del donante es lo que han querido excluir a toda costa los artículos 5.º.5 y 8.º.3 LTRA.

c) ¿Cabría contraargumentar que lo que el autor del artículo 8.º.2 LTRA ha querido disponer, aunque se haya expresado rematadamente mal, es que a partir de aquella Ley, y a diferencia de lo que ocurría en el Código Civil, el compañero *more uxorio* es, en estos casos, el verdadero padre de la criatura a efectos legales? No, a mi juicio, so pena de llegar a la conclusión absurda de que, en materia de fecundación artificial con semen de donante, el compañero *more uxorio* es de mejor condición que el marido. Porque del artículo 8.º.1 LTRA en modo alguno se deduce que el marido que consintió la fecundación artificial de su mujer con semen ajeno es el verdadero padre de la criatura a efectos legales (cuya paternidad no pueda, por ello, impugnar tampoco el hijo de su mujer). Todo lo contrario: se deduce que no lo es, pues de otra forma no

en documento público y acompañado del expediente médico en que figuren los datos de la procreación artificial) el valor de un nuevo título de determinación legal de la paternidad no matrimonial, a añadir a la lista de los establecidos en los tres primeros números del artículo 120 CC<sup>42</sup>.

habría ninguna necesidad de un precepto que le privase (y privase a su cónyuge) de la facultad de impugnar su paternidad.

¿Y si se contraargumenta ahora que lo que ocurre es, simplemente, que el redactor del artículo 8.º.1 LTRA también se expresó muy mal; que lo que en realidad ha querido disponer es, en efecto, que el marido es en tales supuestos el verdadero padre a efectos legales (cuya paternidad no podría impugnar, entonces, el hijo de su mujer); que lo que refleja todo el artículo 8.º LTRA es un nuevo concepto legal de paternidad, no fundado, como el del Código Civil, en el mero dato genético, sino en la voluntad *ab initio* de traer al mundo un ser humano como propio? Pues contestaré dos cosas. Primera, que quien piense así defiende la promulgación de una nueva Ley en la que el legislador «se exprese mejor», y no comience los preceptos relativos a la filiación con una norma como la del artículo 7.º.1 LTRA, de remisión, salvo excepciones, a lo dispuesto en el Código Civil. Y segunda, que es la esencial, que estoy firmemente convencido de que los artículos 14 y 39 CE impiden al legislador ordinario la adopción, para las técnicas de reproducción asistida, de un tan peculiar concepto de paternidad, distinto del vigente en el ámbito de la procreación por medios naturales. En concreto, no hay razón alguna que pueda justificar que el nacido de una fecundación artificial con semen de donante no pueda impugnar la paternidad del marido (o del compañero *more uxorio* que lo haya reconocido) de su madre, siendo así que el nacido fruto de relaciones sexuales adúlteras puede, sin lugar a dudas, impugnar la paternidad del marido de su madre que por cualquier razón haya decidido pasar por el verdadero padre, incluso aunque se haya venido comportando siempre como tal (v. art. 137 y arts. 133.I y 134.I CC).

d) En fin, incluso quien simpatice con la tesis que acabo de criticar, tendrá que reconocer lo muy irrazonable de un precepto que, considerando al documento extendido ante el centro o establecimiento en que se refleja el consentimiento del compañero *more uxorio* a la fecundación artificial de su compañera con semen de donante como «escrito indubitado» a efectos del artículo 49 LRC, no considera que ese mismo consentimiento, si prestado en documento público, sea un reconocimiento que determine ya legalmente la paternidad no matrimonial del compañero *more uxorio*, sin que sea preciso un proceso de reclamación de paternidad si éste cambia de opinión después de la prestación de aquel consentimiento.

e) La crítica al nefasto artículo 8.º.2 LTRA debería añadir que no ha privado «a quienes por la filiación puedan quedar afectados en su calidad de herederos forzosos» de la legitimación para impugnar la paternidad del compañero *more uxorio* de la madre que les reconoce el artículo 140.II CC, aplicable por virtud de la remisión del artículo 7.º.1 LTRA.

<sup>42</sup> No se trata de un reconocimiento, ni siquiera por analogía, pues lo que constará en el documento público es, cabalmente, que el compañero *more uxorio* de la madre no es el verdadero padre de la criatura. Diferente sería en caso de fecundación realizada con el semen del propio compañero; hipótesis que no regula específicamente la Ley 35/1988, salvo en el caso de previo fallecimiento de aquél (art. 9.º.2 LTRA).

El artículo 4.º.1.a) de la Ley catalana de Filiaciones dispone que «el consentimiento del hombre para la fecundación asistida de la mujer-madre del recién nacido, formalizado en un documento público, es equivalente al reconocimiento de la filiación y es apto para la inscripción de la filiación en el Registro Civil». Hay que preguntar: ¿sólo cuando el semen sea propio del hombre consentidor o también cuando lo sea de un tercero? Parece que se ha querido que en ambas hipótesis, aunque las palabras «es equivalente» se adecúan mejor a la primera de ellas.

Se ha escrito que existe una antinomia entre dicho artículo 4.º.1.a) y el artículo 5.º.2 de la misma Ley de Filiaciones, conforme al cual sirve para presumir la paternidad no matrimonial «la fecundación asistida de la mujer realizada con el consenti-

En cambio, por las razones ya expuestas bajo la letra e) del apartado anterior, porque vulnera de manera frontal los artículos 14, 39.2 y 39.3 CE, estimo inconstitucional la garantía legal de la «inmunidad jurídico-familiar» del donante de semen, si aplicable a los casos de fecundación artificial realizada sin el consentimiento eficaz del marido de la mujer fecundada (que, consecuentemente, impugna con éxito su paternidad) o de su compañero *more uxorio* (que, consecuentemente, no reconoce al hijo de su compañera), o a la hipótesis de que la mujer fecundada sea una mujer no casada y que no convive *more uxorio* con nadie<sup>43</sup>.

Es verdad que, aceptado lo anterior, el que done su semen dejando el control del mismo en manos del correspondiente Banco nunca podrá estar completamente seguro de que no llegará el día en que se dirija con éxito contra él una acción de reclamación de paternidad, con las consecuencias personales y patrimoniales que ello conlleva; pues puede ocurrir, aunque en la práctica será muy raro, que su semen se emplee contra su voluntad para fecundar a una mujer casada sin el consentimiento eficaz de su marido, a una mujer que convive *more uxorio* sin el consentimiento eficaz de su compañero, o a una mujer no casada que no convive *more uxorio* con nadie. Es indudable, sin embargo, que el donante podrá en tal caso exigir al Banco o Centro médico responsabilidad civil por los daños y perjuicios que le reporte quedar gravado con los deberes inherentes a la paternidad; responsabilidad civil que procederá también cuando el donante no se hubiera opuesto expresamente al empleo de su esperma para aquellos fines, o lo hubiese incluso autorizado, por no haberle sido proporcionada en el momento de la donación información suficiente sobre las consecuencias de su regalada conducta<sup>44</sup>. Por otra parte, el riesgo de aquellos excesos por

miento del hombre, formalizado en un documento público»; antinomia que se ha pretendido resolver entendiendo incluido un «no» antes de «formalizado» (Gete-Alonso/Blasco, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho catalán*, Valencia, 1992, pp. 77 y ss.). Lo único razonable y respetuoso con la letra de la Ley es sostener que dicha antinomia no existe: que lo que se dispone en el artículo 5.º.2 es que se presumirá que el semen con el que se realizó la fecundación asistida procedió del hombre que la consintió, esto es, que, salvo prueba en contrario, él es el verdadero padre del nacido fruto de dicha fecundación, cuya paternidad no puede ser impugnada por nadie.

<sup>43</sup> Cfr. Delgado Echeverría, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», en *La filiación a finales del siglo xx...*, cit., pp. 215 y ss.; Díez-Picazo/Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, IV, 6.ª ed., Madrid, 1992, pp. 279 y ss., 282; Deutsch, *MDR*, 1985, p. 181; Hegnauer, «Die Familienrechtliche Problematik...», cit., p. 204; Selb, *Rechtsordnung...*, cit., pp. 65, 68; y Starck, *Gutachten A...*, cit., pp. 26 y ss., 29, 55. También la conclusión III.12 del 56 DJT, en *NJW*, 1986, p. 3070.

<sup>44</sup> No se olvide que el artículo 2.º.2 LTRA prescribe que «es obligada una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones de las posibles técnicas, así como sobre los resultados y riesgos previsibles», y que «la información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas, y será responsabilidad de los Equipos médicos y de los responsables de los Centros o Servicios sanitarios donde se realicen». Mientras en el artículo

parte del Banco de semen o el Centro médico, en la medida en que no lo soportase el donante, habría de soportarlo el hijo<sup>45</sup>. Y no veo razón convincente para que el donante de semen haya de ser tratado mejor, en perjuicio del hijo, que el varón que una buena o mala noche, sin la más mínima intención de tener un hijo con ella, mantuvo relaciones sexuales y dejó embarazada a una mujer que le había asegurado que tomaba anticonceptivos y que, en el caso de fallar éstos, abortaría o se ocuparía ella sola de la criatura, sin reclamarle nada ni revelar a nadie su identidad. Quien pretenda mantener que el simple hecho de que en un caso el varón copuló con la madre, y en el otro no, es razón suficiente para discriminar de ese modo, atrévase, por un lado, a sostenerlo también respecto de la fecundación artificial de una mujer con semen de su marido sin el consentimiento eficaz de éste<sup>46</sup>, y sobre todo, tenga a bien explicarme los motivos para privilegiar así la falta de copulación

19.2 LTRA se reitera que esos sujetos incurrirán en la responsabilidad si, por omitir la información protocolizada, se lesionaran los intereses de los donantes.

<sup>45</sup> Que vendría al mundo sin una persona obligada a cumplir en su favor los deberes legales inherentes a la condición de padre. Y aunque ello generase en su favor una pretensión indemnizatoria contra el Banco o el Centro, sería él quien soportaría su eventual insolvencia, y no el donante de semen, al que nada le obligaba a donarlo (a gente de dudosa solvencia). Esta es la respuesta a una aparentemente eficaz objeción de Schumacher, *FamRZ*, 1987, p. 318.

<sup>46</sup> Porque me parece indudable que, en esta hipótesis, el marido no podrá impugnar su paternidad, ni liberarse en modo alguno de sus deberes legales inherentes a ella: Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung...*, cit., pp. 129, 132 y ss.; Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., pp. 25, 28, 30; Hausheer, «Zur Problematik...», cit., pp. 216 y ss.; Santossuoso, *La fecondazione...*, cit., pp. 49 y ss.; Selb, *Rechtsordnung...*, cit., pp. 19 y ss.; Trabucchi, «Inseminazione artificiale (Diritto civile)», en *Noviss. Dig.*, VIII (1962), p. 737, n. 1. También, la conclusión II.2 del 56 DJT, en *NJW*, 1986, p. 3069. Y entre nosotros, Bercovitz, «La filiación...», cit., p. 125; Delgado Echeverría, «Los consentimientos...», cit., p. 216.

Para la Ley estatal, así resulta de la remisión general a las normas vigentes en materia de filiación que realiza el artículo 7.º.1 LTRA (sostiene la posibilidad de impugnación de la paternidad, por aplicación en contrario del artículo 8.º.1 LTRA, Serrano Alonso, «Aspectos jurídicos de la fecundación artificial», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, cit., p. 837; lo que es pasmoso, habida cuenta de que este precepto se refiere con toda claridad a la fecundación «con contribución de donante o donantes»). Pero la solución opuesta parece deducirse de la lectura a contrario de la proposición final del artículo 2.º.1 de la Ley catalana de Filiaciones: «No puede admitirse la impugnación basada solamente en la fecundación asistida de la esposa, si se ha realizado con el consentimiento expreso del marido, formalizado en un documento público, tanto si dicho consentimiento se ha prestado para la inseminación con material reproductor del marido como si se ha prestado para la inseminación con material reproductor de otro donante.» Precepto que, por ello, me parece muy desafortunado (muy oscuros al respecto, Gete-Alonso/Blasco, *La nueva regulación...*, cit., p. 74); tal interpretación a contrario sería, a mi juicio, claramente inconstitucional, porque implicaría una injustificable discriminación entre los nacidos de fecundación natural y los nacidos de fecundación artificial.

Ahora bien, en la hipótesis que nos ocupa, el marido podrá exigir a quien realizó la fecundación y, en su caso, a su mujer responsabilidad civil por los daños patrimoniales y morales que haya de considerarse le reporta la venida al mundo de un hijo no deseado (Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung...*, cit., p. 134, n. 2; Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., pp. 28, 31 y ss.; Hausheer, «Zur Problematik...», cit., pp. 216 y ss.; y las conclusiones II.3 y II.6.a del 56 DJT, en *NJW*, 1986, p. 3069).

en perjuicio del hijo, o convertir el deber fundamental de prestar a los hijos asistencia de todo orden en una suerte de castigo de las (¿pecaminosas?) relaciones sexuales extramatrimoniales<sup>47</sup>.

Tampoco encuentro razón alguna, por supuesto, para tratar mejor a quien voluntariamente dona esperma para la fecundación artificial de una mujer no casada que no convive *more uxorio* con nadie que al hombre que, con el mismo fin de que esa mujer vea satisfecho su deseo de tener un hijo, consiente en tener relaciones sexuales con ella hasta dejarla embarazada; hombre este último, dicho sea de paso, cuyo anonimato o «inmunidad jurídico-familiar» nadie soñaría defender con el argumento de que conductas como la suya deben ser facilitadas y fomentadas en la batalla contra la esterilidad. Resulta completamente absurdo —insisto— convertir la paternidad y los deberes a ella inherentes en el potencial castigo de las relaciones sexuales<sup>48</sup>.

El artículo 8.º.3 LTRA me parece, así pues, inconstitucional respecto de los supuestos de fecundación artificial con semen de donante de mujer casada sin el consentimiento eficaz del marido (que, consecuentemente, impugna con éxito su paternidad), o de mujer que convive *more uxorio* sin el consentimiento eficaz de su compañero (que, consecuentemente, se niega a reconocer al niño), o especialmente, de mujer no casada que no convive *more uxorio* con nadie<sup>49</sup>. No es incons-

<sup>47</sup> Muy eficaz Delgado Echeverría, «Los consentimientos...», cit., pp. 211 y ss., contra las tautologías de Trabucchi, *Riv. dir. civ.*, 1986, I, pp. 497 y ss. (a quien sigue Comporti, «Ingegneria genetica e diritto. Profili costituzionalistici e civilistici», en *Manipolazioni genetiche...*, cit., pp. 172 y ss.), y Vercellone, «La fecondazione artificiale», *Politica del diritto*, 1986-3, pp. 390 y ss., para justificar la exclusión, en todo caso, de la paternidad del donante de semen; tautologías que han tenido bastante eco entre nosotros: Lacruz, AC, 1987, p. 2035; Rivero, «La investigación...», cit., pp. 149 y ss.; Lledó, *Fecundación artificial...*, cit., pp. 52 y ss.

<sup>48</sup> O convertir la paternidad y los derechos a ella inherentes en el potencial premio de las relaciones sexuales. De gran interés a este respecto fue el caso *C. M. v. C. C.* [377 A.2d 821 (Juv. Dom. Rel. Ct. 1977)], decidido en Nueva Jersey en 1977. Deseando tener un hijo por medio de inseminación artificial, una mujer soltera que no convivía *more uxorio* con nadie solicitó la asistencia de un Banco de semen. Aunque un médico de éste le denegó la posibilidad de utilizar los servicios del Banco, aprendió lo bastante sobre el proceso como para autoinseminarse. Tras varios intentos empleando semen de un amigo, concibió un hijo. El amigo donante reclamó y obtuvo derechos de visita al niño, contra los deseos de la madre. El Tribunal reconoció que en la mayoría de los casos de inseminación artificial heteróloga intervienen donantes desconocidos y que generalmente son los maridos que consienten la inseminación de sus mujeres, y no los donantes, los padres legales de los nacidos. Pero para afirmar a continuación, a mi juicio con todo acierto:

*«If a woman conceives a child by intercourse, the "donor" who is not married to the mother is no less a father than the man who is married to the mother. Likewise, if an unmarried woman conceives a child through artificial insemination from semen from a known man, that man cannot be considered to be less a father because he is not married to the woman.»*

Una segunda decisión estimó la pretensión del amigo donante a ser inscrito en el Registro como padre del niño: *C. M. v. C. C.* [407 A.2d 849 (Juv. Dom. Rel. Ct. 1979)].

<sup>49</sup> Casos en los que, supongo, nadie tendrá serias objeciones a que el donante de

titucional en las hipótesis de fecundación artificial heteróloga de mujer casada o que convive *more uxorio* con el consentimiento eficaz de su marido o compañero, sirviendo en estos casos para impedir que el hijo pueda reclamar con éxito la paternidad del donante de semen, tras haber impugnado la del marido o el compañero de su madre por no corresponderse con la verdad biológica<sup>50</sup>. No es inconstitucional —repito—, aunque no es la solución que yo hubiera elegido para garantizar la «inmunidad jurídico-familiar» del donante en dichas hipótesis, firme siempre el derecho del hijo a conocer la identidad del mismo.

Las soluciones teóricamente posibles, negando lógicamente a ese hijo la facultad de «elegir» el hombre obligado a alimentarle y al que heredar, eran cuatro:

a) La de privar al hijo fruto de la fecundación artificial con semen de donante de la facultad para impugnar la paternidad del marido o compañero *more uxorio* de su madre ha sido rechazada por la mejor doctrina, y sería probablemente inconstitucional, por discriminatoria respecto del concebido por medios naturales<sup>51</sup>.

b) La de privarle sólo de legitimación activa para reclamar la paternidad del donante de semen. Que es la solución deducible de los artículos 7.º.1 y 8.º.3 LTRA, que considero criticable porque no tiene en cuenta el indudable interés del nacido de fecundación artificial heteróloga en la *constancia oficial* de la verdad biológica. Por lo demás, hasta el hijo adoptivo puede exigir la determinación legal de su filiación por naturaleza (v. art. 180.4 CC).

c) La de permitir al hijo tanto impugnar la paternidad del marido o compañero *more uxorio* de su madre como reclamar la paternidad del donante de semen; pero disponiendo que en modo alguno se verán afectadas por ello las relaciones jurídicas entre él y el marido o compañero, ni servirá para generar relación jurídica alguna entre él y el donante de semen. Esta solución de analogía con el régimen de la adopción desatiende el eventual interés del hijo en desvincularse jurídicamente de un hombre que, a lo peor, dejó de quererle apenas nacer (le recordaba su esterilidad), se ha divorciado de su madre y le reclama

semen pueda reconocer al hijo, considerados los requisitos de eficacia del reconocimiento que nuestros ordenamientos establecen a fin de evitar que resulte inconveniente para el reconocido (arts. 123 y 124 CC; art. 7.º Ley catalana de Filiaciones). Recuérdese lo escrito en la nota 48.

<sup>50</sup> Espero que nadie pretenda interpretar el pésimamente redactado artículo 8.º.3 LTRA en el sentido de que impide al donante reconocer al hijo, una vez ha impugnado éste con éxito la paternidad del marido o compañero *more uxorio* de su madre.

<sup>51</sup> Véanse Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung...*, cit., pp. 183 y ss.; Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., pp. 62 y ss.; Hegnauer, «Die Familienrechtliche Problematik...», cit., pp. 202 y ss.; Schumacher, *FamRZ*, 1987, p. 316 (con el que parece de acuerdo Delgado Echeverría, «Los consentimientos...», cit., p. 222); Starck, *Gutachten A...*, cit., pp. 29, 51 y 52, y la conclusión III.11 del DJT, en *NJW*, 1986, p. 3070. Preconizaron, en cambio, esta solución entre nosotros Hernández Ibáñez, *RGLJ*, 1986-4, p. 515, y Lledó, *Acciones...*, cit., p. 252.

alimentos. Sin los requisitos de la adopción, no puede darse a la fecundación heteróloga todos los efectos de la adopción. Y es indudable en nuestro Derecho que el hijo adulterino puede impugnar con todas sus consecuencias la paternidad del marido de su madre, aunque por cualquier motivo éste no lo haya hecho, y no veo razones de peso para proponer de *lege ferenda* lo contrario<sup>52</sup>.

d) La que yo habría preferido: establecer simplemente que la determinación legal de la paternidad del donante de esperma a instancia del hijo no servirá para generar entre ambos derechos o deberes de ninguna clase. Pero hay que insistir en que también la solución segunda es constitucionalmente admisible.

Hasta aquí, nuestro análisis sobre la constitucionalidad del artículo 8.º.3 LTRA ha versado sobre el donante de semen. ¿Y qué decir respecto de la donante de óvulos?

No planteará ningún problema para quien defienda que la Ley 35/1988 ha sentado la regla de que, en todo caso, la única y verdadera madre del nacido fruto de la fecundación artificial con donación de óvulos es la madre gestante, cuya maternidad sería, por tanto, inimpugnable por cualquiera y en todo caso. Regla ésta que querría apoyarse en una frase del apartado II del Preámbulo de la Ley, que dice que «se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo», así como en la referencia al «parto» de los artículos 135 y 139 CC, por remisión del artículo 7.º.1 LTRA, y fundamentalmente, en su artículo 10.2: «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será la determinada por el parto»<sup>53</sup>.

No soy de esa opinión<sup>54</sup>. La referencia al «parto» de dichos artículos

<sup>52</sup> La impugnación pura de la paternidad por el hijo adulterino está más restringida en el Derecho catalán que en el común (comp. art. 12.2 Ley de Filiaciones con art. 137 CC). Pero en ambos ordenamientos el hijo puede acumular esa impugnación a la acción de reclamación de la paternidad no matrimonial (arts. 133.1 y 134.1 CC; arts. 11.1 y 17.2 Ley de Filiaciones).

<sup>53</sup> Véanse Lledó, *ADC*, 1988, p. 1255; Rivero, en *Elementos...*, IV-2, cit., pp. 165-166. Antes de la Ley 35/1988, Bercovitz, «La filiación...», cit., pp. 120 y ss., 137; Montes Penedés, «El consentimiento...», cit., pp. 190, 197; Delgado Echeverría, «Los consentimientos...», cit., pp. 226, 228, por citar sólo nuestros tres más autorizados defensores de la referida opinión. En la doctrina comparada, muy especialmente, Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung...*, cit., pp. 148 y ss., 185 y ss., 201 y ss., 219 y ss.; y la doctrina italiana: Comporti, «Ingegneria genetica...», cit., pp. 176 y ss.; Milan, «La madre su commissione. Problemi giuridici», en *Manipolazioni genetiche...*, cit., pp. 326 y ss.; Santosuosso, *La fecondazione...*, cit., pp. 51 y ss., 63 y ss., 125 y ss.; Trabucchi, *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 501.

<sup>54</sup> Las tesis que se mantienen en el texto encuentran sólido apoyo, aparte diferencias parciales, en la doctrina europea más rigurosa: Coester-Waltjen, «Befruchtungs- und Gentechnologie bei Menschen —rechtliche Probleme von morgen?», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1984, pp. 232 y ss., y *Gutachten A...*, cit., pp. 111 y ss.; Harder, *JuS*, 1986, pp. 508 y ss.; Kolhossler, *JA*, 1985, pp. 555 y ss. También, en Bandrac, «Reflexions sur la maternité», en *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, París, 1985, pp. 27 y ss.

del Código Civil tiene tan poca fuerza como la que tiene, para defender lo contrario, la referencia en el artículo 127.I CC a la investigación de la *maternidad* mediante pruebas *biológicas*. El tenor del artículo 10.2 bien puede interpretarse en el sentido de que el parto determina legalmente la maternidad de la gestante *prima facie* (para evitar la indeseable indeterminación inicial de la maternidad del nacido de un óvulo procedente de otra mujer), pero no necesariamente de forma inimpugnable. Y sólo así puede alcanzarse la única solución razonable en los casos de maternidad subrogada en los que la mujer comitente, y de la que procedía el óvulo fecundado *in vitro* con el semen de su marido y transferido al útero de la gestante, se niega a adoptar a la criatura porque ha venido al mundo con taras: la de que la gestante pueda impugnar su maternidad, posibilitando así la reclamación de la maternidad de la comitente-madre genética<sup>55</sup>. Sólo desde mis tesis encuentra, además, explicación que en el artículo 8.º.1 se hable de «impugnar la *filiación matrimonial*» y no sólo de impugnar la *paternidad*. ¿Y no es razonable, finalmente, que pueda impugnar su maternidad la mujer a cuyo útero sea transferido, contra su voluntad o sin su consentimiento eficaz, un óvulo ajeno fecundado *in vitro*?

Pues bien, si esta última pregunta se responde de manera afirmativa, precisamente en la hipótesis sobre la que versa habrá que considerar inconstitucional la norma del artículo 8.º.3 LTRA, porque dejaría al hijo sin nadie obligado a cumplir frente a él los deberes de rango fundamental inherentes a la maternidad.

Ahora bien, dado que una norma en el sentido de la «única, verdadera e inimpugnable maternidad de la gestante» de ningún modo podría tacharse de inconstitucional, ¿no es previsible que se acabe por interpretar que es la norma de nuestro Derecho, con el fin de evitar también la indicada inconstitucionalidad del artículo 8.º.3 LTRA? Es tan previsible como sería lamentable: un incentivo al aborto de la gestante en los casos en que hemos estimado justo que pueda impugnar su maternidad. Y permítaseme terminar con tres preguntas: ¿Lo que hace al hijo un individuo, alguien diferente de los demás seres humanos, es el elemento genético o la gestación? Si en el futuro se inventa una máquina capaz de llevar a término la gestación, ¿tendríamos que considerar legalmente «sin madre» a los niños nacidos por tal procedimiento? ¿Algún ordenamiento jurídico conocido ha considerado «madres legales» a las nodrizas y ayas, pese a que su relación con la criatura puede ser tanto o más decisiva para determinar la personalidad de ésta que su relación con la gestante? Conviene, sin embargo, retomar el hilo central de nuestra exposición.

4. Aunque, a tenor del apartado 1 del artículo 9.º LTRA, «no podrá determinarse la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica algu-

<sup>55</sup> Que es la solución más congruente con lo dispuesto en el artículo 10.3 LTRA: «Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.»



na entre el hijo nacido por 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 de varón», el apartado 2 del mismo artículo dice así:

«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 a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos que se derivan de la filiación matrimonial.»

Y el apartado 3 del mismo artículo 9.º LTRA añade:

«El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el artículo anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.»

A mi juicio, la clara admisión legislativa de la fecundación artificial *post mortem* que esas normas suponen es rotundamente inconstitucional y, lo que es peor, una solemne insensatez. Criterio éste en el que coincido con la mayoría de la doctrina europea<sup>56</sup>, y que descansa sobre las premisas siguientes:

a) Como ya hemos argumentado al ocuparnos del artículo 5.º.2 LTRA, la decisión de que el propio semen se utilice con fines de fecundación asistida no puede tomarse para el futuro de modo irrevocable: tiene necesariamente que ser una decisión *actual* en el momento

<sup>56</sup> Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung...*, cit., pp. 144 y ss.; Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., pp. 37 y ss.; Hegnauer, «Die Familienrechtliche Problematik...», cit., pp. 206 y ss.; D'Agostino, *Riv. dir. civ.*, 1987, I, pp. 32 y ss.; Laufs, *JZ*, 1986, p. 772; Mantovani, «Le manipolazioni...», cit., pp. 252 y ss., 255; Püttner/Brühl, *JZ*, 1987, p. 532; Schumacher, *FamRZ*, 1987, p. 314; Starck, *Gutachten A...*, cit., p. 21; y la conclusión II.5 del 56 DJT, en *NJW*, 1986, p. 3069. Véase, asimismo, Selb, *Rechtsordnung...*, cit., pp. 29 y ss., 128.

En favor de permitir amplísimamente la fecundación *post mortem*, en la doctrina norteamericana, Robertson, 59 *S. Cal. L. Rev.*, 1986, pp. 995 y ss.; en la doctrina alemana, con límites, Deutsch, *MDR*, 1985, p. 180, y *NJW*, 1986, p. 1973; y Eser, «Thesen...», cit., p. 311; y en la italiana, Comporti, «Ingegneria genetica...», cit., pp. 181 y ss.; Santosuosso, «La fecondazione...», cit., p. 120 (pero *lege lata*, pp. 100 y ss.), y hasta extremos ridículos, Lojacono, «Inseminazione artificiale (dir. civ.)», *Enciclopedia del diritto*, XXI (1971), p. 759.

Entre nosotros la han rechazado Hernández Ibáñez, *RGLJ*, 1986-4, pp. 517 y ss., y Lledó, *Fecundación...*, cit., pp. 191 y ss., y *ADC*, 1988, pp. 1249 y ss. A favor, o al menos no en contra de su admisión, Rivero Hernández, *RJCat*, 1987, pp. 871 y ss.; Serrano Alonso, «El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*», en *La filiación a finales del siglo XX...*, cit., pp. 377 y ss.; Blasco, *ADC*, 1991, pp. 705 y ss.

en que la fecundación tenga lugar. No cabe, por tanto, reconocer eficacia alguna a la declaración de voluntad por la que una persona autoriza el uso de su semen tras su muerte con fines de procreación, puesto que en el momento del fallecimiento cesa la posibilidad de revocarla<sup>57</sup> y, en consecuencia, no cabe predicar en lo sucesivo la inexcusable *actualidad* de su consentimiento a la fecundación; consentimiento que —parece evidente— no puede ser suplido por sus herederos o parientes próximos. Traer a colación como argumento en contra la facultad de disponer de los propios órganos para después de la muerte, supone no tener en la debida cuenta que el semen es piedra sillar de vida potencial y elemento determinante de la correspondencia, tanto genética como jurídica, entre padre e hijo<sup>58</sup>.

b) Toda persona tiene un derecho fundamental a planificar su propia reproducción al abrigo de injustificadas interferencias por parte del Estado. Pero esto es tan indudable como que tal derecho no puede ir más allá de sus límites normales: termina con la vida de la persona. Es evidente, con el artículo 18.1 CE en la mano, que no cabría prohibir a una pareja la actividad procreadora natural por el hecho de que fuera prácticamente seguro que el hombre, al estar moribundo, no sobreviviría al nacimiento del hijo (lo que en modo alguno significa —nótese bien— que se valore positivamente que vengan al mundo hijos póstumos). Pero igualmente evidente me parece que las técnicas de reproducción asistida quedan fuera del ámbito de intimidad personal y familiar constitucionalmente protegido. El legislador puede y debe prohibir en aquel supuesto la fecundación artificial y, con mayor razón, en los casos que aquí nos ocupan. Porque no existe ningún precepto constitucional en el que apoyar una pretensión de la viuda (que puede tener hijos con hombres vivos)<sup>59</sup> a la fecundación *post mortem*, y sí existe uno, en cambio, en que fundamentar el derecho del futuro ser a no venir al mundo sin padre.

c) La admisión legal de la fecundación artificial *post mortem* es, en efecto, frontalmente contraria al artículo 39.3 CE, que constituciona-

<sup>57</sup> Es un perverso «acierto» que sea precisamente el apartado 4 del mismo artículo 9.º LTRA el que incluya esta norma: «El consentimiento para la aplicación de estas técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.» La revocación del consentimiento de la mujer usuaria se contempla en el artículo 2.º.4 LTRA.

<sup>58</sup> La precedente argumentación sirve también para rechazar la norma contenida en la letra b) de la disposición adicional 3.ª LTRA, según la cual los gametos y los preembriones de los donantes fallecidos pasarán «a disposición de los Bancos, que los utilizarán en los términos acordados con aquéllos y en base a esta Ley». A mi juicio, lo que procede es su destrucción.

<sup>59</sup> Los partidarios de admitir la fecundación artificial *post mortem* gustan recordar que, en sentencia de 1 de agosto de 1984 (*Gaz. Pal.*, 1984, 560), el Tribunal de Grande Instance de Créteil estimó la pretensión de entrega del semen de su difunto marido ejercitada por la viuda Parpalaix contra el Centro en que estaba depositado. Pero no es frecuente que se narre el final de la historia. La viuda se inseminó con el esperma del fallecido, pero, a mi juicio por fortuna, no quedó embarazada. Y ha contraído nuevo matrimonio y tenido descendencia por medios naturales de su marido vivo.

liza el deber de *los padres* de prestar asistencia de todo orden a los hijos, al hacer legalmente posible programar, fuera del ámbito protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar, la venida al mundo de un niño sin un padre que haya de cumplir frente a él dicho deber fundamental.

Quizá alguien objetará: «Usted parece olvidar que aquí se trata de un niño que, de no ser por la fecundación *post mortem*, no habría nacido. La alternativa a nacer sin padre era no nacer. Y parece claro que, para nuestro legislador, lo primero es mejor que lo segundo: no permite el aborto por el simple hecho de que haya fallecido el marido de la gestante»<sup>60</sup>.

A lo que habré de responder: el juicio sobre si sea mejor (o peor) nacer sin padre que no nacer es un juicio personalísimo que escapa a la competencia del legislador humano. Precisamente por eso, por si acaso es mejor nacer sin padre que no nacer, carecería de sentido que el legislador permitiera el aborto por el solo hecho de que el niño vaya a ser póstumo<sup>61</sup>. Pero también que precisamente por aquello, y por si acaso es mejor no nacer que nacer sin padre (posibilidad que, como la otra, no hay base objetiva para excluir), el legislador puede y debe prohibir la fecundación artificial *post mortem*, habida cuenta de que hace imposible que surjan a favor del nacido fruto de ella una serie de deberes constitucionalmente establecidos<sup>62</sup>. Que existan padres que maltratan a sus hijos y no cumplen dichos deberes, es algo tan lamentable como irrelevante en esta discusión.

¿Me objetará alguien que mis tesis, aunque jurídicamente defendibles, revelan un corazón muy duro ante las desconsoladas y amantísimas viudas? Porque habré de responder que precisamente el hecho de que,

<sup>60</sup> Cfr. Robertson, 59 *S. Cal. L. Rev.*, 1986, pp. 996 y ss. También, Coester-Waltjen, *Gutachten B...*, cit., p. 37. Entre nosotros, Rivero, *RJCat*, 1987, p. 879.

<sup>61</sup> Cuando, por existir un alto riesgo de que el niño venga al mundo con graves taras físicas o psíquicas, se autoriza el aborto, no se hace porque se considere que es mejor no nacer que nacer con determinadas taras, sino exclusivamente porque se estima no exigible a la madre que soporte tener un hijo gravemente tarado.

<sup>62</sup> Pero no quisiera dejar pasar la ocasión sin poner de manifiesto lo peligroso de un argumento como el que acabo de combatir en el texto. Lo extremadamente peligroso de utilizar el «sin ella el niño no habría nacido» para rechazar de plano con carácter general toda crítica o traba legislativa a cualquier técnica de reproducción asistida, que pretenda fundamentarse en los derechos fundamentales de los futuros seres (además de los trabajos de Robertson y Coester-Waltjen citados en la nota 58, donde ese argumento se utiliza por doquier, cfr. Harder, *JuS*, 1986, pp. 511 y ss.; Medicus, «Das fremde Kind —Komplikationen bei Leihmuttergeschäften», *Jura*, 1986, p. 308; Püttner/Brühl, *JZ*, 1987, p. 534; Starck, *Gutachten A...*, cit., pp. 37, 42). Baste ilustrar con un ejemplo hasta qué absurdos límites se llegaría de aceptar tal argumento con todas sus consecuencias. Si se inventara en el futuro una máquina que pudiese llevar una gestación a término, pero con la «pequeña pega» de que los niños naciesen un poco subnormales, nada se podría objetar desde la perspectiva de los intereses de los futuros seres a la empresa que se dedicase a la explotación de «tan genial invento», utilizando únicamente material genético de personas muertas. Porque, de otra forma, los niños así fabricados no habrían venido al mundo, y es preferible nacer sin padres y un poco tarado que no nacer, ¿verdad?

en los seis meses siguientes al fallecimiento del marido, la situación psicológica de la viuda sea la menos indicada para tomar una decisión de tan graves consecuencias para su hijo y para ella misma, constituye un poderoso argumento no jurídico a favor de mis opiniones. Y preciso es decir con toda claridad que un hijo no es, no debe ser, un *souvenir*<sup>63</sup>.

5. En el Preámbulo de la Ley catalana de Filiaciones se lee:

«En una regulación civil como lo es la presente no es preciso tomar partido en las opciones de política jurídica relativas a las técnicas de reproducción asistida y a las personas que intervienen en las mismas, sino que se trata de determinar la filiación del ser ya nacido mediante dicho procedimiento, es decir, quién deberá asumir la función jurídico-social y las responsabilidades de padre o madre, teniendo siempre presente el interés del hijo.

Parece oportuno regular asimismo las cuestiones de filiación para el caso de los nacimientos a consecuencia de fecundación asistida *post mortem*, puesto que, sin ignorar los delicados problemas de índole ética y de política jurídica que dicha inseminación plantea, se pueden presentar, y en la realidad se dan, dichos nacimientos. Conviene que el derecho diga quiénes son el padre y la madre de los nacidos a consecuencia de fecundación asistida *post mortem*, para evitar los problemas suplementarios que crearía la no regulación de dicha cuestión. Por otro lado, sin perjuicio de las medidas de prevención o limitación que sea preciso tomar, en su caso, en la regulación administrativo-sanitaria de las técnicas de procreación asistida, en una ley civil sobre la filiación se puede abordar el régimen de la procreación asistida, y es preciso

<sup>63</sup> Si alguien me pregunta ahora mis tesis en materia de filiación y derechos sucesorios del nacido fruto de una fecundación *post mortem*, ésta será mi respuesta: es un hijo no matrimonial (aunque podrá figurar como matrimonial si nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido de su madre) que carece de derechos sucesorios en la herencia de su padre, por la sencilla razón de que aún no estaba concebido en el momento del fallecimiento de aquél. Lo que sí tendrá es una preciosa pretensión de indemnización de los daños patrimoniales y morales que le haya reportado nacer sin padre contra (su madre y) el médico que realizó la fecundación.

Como resultará claro, estimo también inconstitucional el apartado 1 del artículo 9.º LTRA, en cuanto niega al nacido de fecundación *post mortem* la cualidad de hijo del hombre del que provino el semen utilizado. En modo alguno me parece discriminación inconstitucional, en cambio, que carezca de derechos sucesorios en la herencia de su padre: el legislador ordinario es libre de hacerlo, por obvias razones de seguridad jurídica; no se discrimina al hijo por razón de filiación, sino que no se le reconoce un derecho, por no cumplir un requisito perfectamente razonable de atribución del mismo: el de estar al menos concebido al tiempo de la muerte del causante (en contra, Rivero, *RJCat*, 1987, pp. 875 y ss., que, sin embargo, para mi asombro, no tiene el menor empacho en considerar, en el mismo trabajo, perfectamente constitucional que a unos de los nacidos mediante fecundación *post mortem* deba considerárseles hijos de los difuntos, con todos los derechos propios de tal condición, y a otros no, según que la correspondiente fecundación *post mortem* haya cumplido, o no, determinados requisitos).

hacerlo, incluso en los supuestos de fecundación asistida *post mortem*, con los requisitos mínimos que el legislador considere exigibles para tomarla en consideración, lo que puede contribuir a controlar su práctica y a reconducirla a unas condiciones aceptables.»

El artículo 9.º de la referida Ley dispone:

«En los casos de nacimiento a consecuencia de fecundación asistida *post mortem*, el nacido será considerado hijo del marido de la madre o de quien convivía con ella, siempre que concurren en el mismo las siguientes condiciones:

a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa de ambos para la fecundación asistida *post mortem*, con gametos propios de cada uno de ellos.

b) Que se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple.

c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de nueve meses después de la muerte del marido o de aquel con quien la madre convivía. Dicho plazo podrá ser prorrogado por el Juez, por causa justa, por un tiempo máximo de tres meses.»

Procede recordar, en fin, que el artículo 9.º del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, aprobado por la Ley del Parlamento de Cataluña 40/1991, de 30 de diciembre, tras disponer que «tienen capacidad para suceder todas las personas nacidas o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante», y que «salvo prueba en contrario se presumirá concebido al tiempo de la apertura de la sucesión el que nazca antes de los trescientos días siguientes al fallecimiento del causante», añade:

«Si el causante ha expresado de forma fehaciente su voluntad de fecundación asistida *post mortem*, el hijo que nazca de él dentro del período legal se considerará concebido al tiempo de la apertura de la sucesión.»

Y el número 4.º del artículo 46 del mismo Código dispone que «la partición de la herencia se suspenderá»:

«Si el causante ha expresado de forma fehaciente su voluntad de fecundación asistida *post mortem*, hasta que se produzca el parto o transcurra el plazo correspondiente según la Ley»<sup>64</sup>.

<sup>64</sup> Parece, en principio, claro que las expresiones «período legal» y «plazo correspondiente según la Ley» de los referidos artículos 9.º.III y 46.4.º del Código catalán de Sucesiones pretenden remitir a la letra c) del artículo 9.º de la Ley de Filiaciones. Las

En mi opinión, este conjunto de textos legales catalanes es radicalmente inconstitucional. Porque aunque parezcan intentarlo los deliberadamente confusos párrafos transcritos del Preámbulo de la Ley de Filiaciones —en los que, con toda evidencia, no se ha querido decir sinceramente que, con determinados requisitos, se pretende legalizar la fecundación *post mortem*—, no puede escapar a esta disyuntiva: o dicho conjunto normativo descansa sobre la base de que unas fecundaciones *post mortem* son lícitas y otras ilícitas, y entonces pueden darse aquí por reproducidas las razones con que acabamos de sostener la inconstitucionalidad de los apartados 2 y 3 del artículo 9.º LTRA, o de otra manera (si se parte de que todas son ilícitas) resultaría patente la existencia de una discriminación inconstitucional, por falta de justificación razonable, entre unos y otros seres nacidos fruto de fecundación artificial *post mortem*. Y no sólo respecto de los derechos sucesorios, sino hasta el increíble límite de considerar a unos hijos del varón fallecido, y a otros no, por el hecho de que existiera, o no, consentimiento de éste<sup>65</sup>, o de que la fecundación se iniciase, o no, antes de determinado plazo, o de que haya precedido, o no, otra fecundación *post mortem* con el mismo semen<sup>66</sup>.

### III

De todo lo anterior se extraen las siguientes conclusiones:

1. No existe un derecho fundamental de todas las personas a procrear mediante técnicas de reproducción asistida, que tenga que ser respetado por el legislador ordinario.

dudas surgen de que en esta norma no se fija un período legal para el nacimiento de la criatura fruto de la fecundación *post mortem*, sino para el inicio de la fecundación misma. Y la fecundación puede serlo *in vitro*, y cabe crioconservar los preembriones así fecundados durante varios años (que la Ley estatal, conservadoramente, limita a cinco; art. 11.3 LTRA). ¿Ha querido el legislador catalán que durante todos los años de posible crioconservación, más los nueve meses de embarazo, más hasta el año inicial (con justa causa) en que tendrá que iniciarse la fecundación, la herencia permanezca indivisa? ¿O hay que sostener, rectificando la letra del artículo 9.º.c) de la Ley de Filiaciones, que lo que ha de tener lugar en el plazo máximo de un año es la inseminación o, en su caso, la transferencia al útero de la mujer de los preembriones fecundados *in vitro* con el semen del marido o compañero fallecido? Para mí, la respuesta es irrelevante, porque considero, como argumentaré de inmediato en el texto, que todas las citadas normas son radicalmente inconstitucionales.

<sup>65</sup> Lo que debe conectarse con lo escrito *supra*, en la nota 46, sobre el artículo 2.º.1 de la Ley de Filiaciones, y con Rivero, *RJCat*, 1987, p. 896, cuyas ideas parecen haber sido la inspiración fundamental de la normativa catalana sobre técnicas de reproducción asistida.

¿Y querrá sostener alguien, a tenor de lo dispuesto en la letra a) del artículo 9.º de la misma Ley, que el nacido tampoco será considerado hijo del marido o compañero de su madre si el consentimiento de aquél es tácito o si no consta fehacientemente? ¿Y si la mujer es fecundada *post mortem* sin su consentimiento, o éste es tácito, o no consta fehacientemente?

<sup>66</sup> ¿O de que el fallecido cuyo semen se empleó no fuera (al tiempo de su muerte) marido o compañero *more uxorio* de la madre?

2. En sí mismas consideradas, las normas que permiten el acceso a las técnicas de reproducción asistida a todas las mujeres, incluidas las no casadas que no conviven *more uxorio* con nadie, son perfectamente constitucionales (pero *v. infra*, conclusión 8).

3. Las normas que permiten la fecundación *in vitro* no son inconstitucionales, aunque tengan como inevitable subproducto la destrucción de preembriones humanos, preembriones que no son titulares del derecho a la vida garantizado en el artículo 15 CE ni «bienes constitucionalmente protegidos» por él.

4. La única interpretación del artículo 4.º LTRA conforme con la Constitución es la de que se trata de un precepto dirigido al equipo médico, sólo aplicable cuando la mujer no ha manifestado su voluntad al respecto, delegando así en dicho equipo la decisión.

5. El apartado 1 del artículo 5.º y el apartado 4 del artículo 11 LTRA son inconstitucionales, ya que pueden provocar que, sin razón suficiente que lo justifique, alguien se reproduzca contra su voluntad; lo que es contrario a su dignidad como persona.

6. El apartado 5 del artículo 5.º LTRA y concordantes [arts. 19.2 y 20.2.B.j) LTRA], que, como regla casi absoluta, garantizan el anonimato de los donantes de gametos y de preembriones frente a los hijos generados mediante técnicas de reproducción asistida, son inconstitucionales por violación de los artículos 10.1 y 39.2, o subsidiariamente, 15 y 39.3 CE<sup>67</sup>.

7. Cualquier lectura de los apartados 1 y 2 del artículo 8.º LTRA que conduzca a negar al hijo fruto de fecundación artificial con semen de donante la facultad de impugnar la paternidad del marido o compañero *more uxorio* de su madre es inconstitucional por vulnerar el artículo 14 CE, en comparación con los nacidos de fecundación natural. Y lo mismo cabe predicar del apartado 2 del artículo 1.º, el apartado 1 del artículo 2.º, la letra a) del apartado 1 del artículo 4.º y el apartado 2 del artículo 5.º de la Ley catalana de Filiaciones.

<sup>67</sup> Es ilícita, en consecuencia, toda técnica de reproducción asistida con colaboración de donantes (de semen, óvulos, preembriones) que tienda, por cualquier medio (p. ej., mediante la utilización de una mezcla de semen de distintos varones), a garantizar el anonimato del donante o los donantes. Son ilícitos e ineficaces (no generadores, por tanto, de responsabilidad por incumplimiento) los pactos en que se convenga tal garantía. El médico que realiza una de dichas técnicas, o el Banco del material genético en cuestión, tiene el deber de documentar la identidad del hombre, la mujer o la pareja donante y de poner los datos a disposición del nacido fruto de aquella que, con madurez suficiente, los solicite, o de su representante legal, cuando los precise inexcusablemente para una adecuada protección de los derechos de la criatura: por ejemplo, para reclamar la paternidad de donante de semen en los casos de fecundación artificial de mujer no casada y que no convive *more uxorio* con nadie, o para exigir en su nombre responsabilidad civil al donante que ocultó ser portador de una enfermedad genética o hereditaria. El médico o Banco que infrinja esos deberes responderá civilmente frente al nacido, cuando menos, por el daño moral que le reporte la imposibilidad de conocer la identidad de su padre o su madre biológicos; y, en su caso, por el daño patrimonial derivado de la imposibilidad de reclamar la paternidad del donante de semen, o de ejercitar contra él la pretensión indemnizatoria procedente de las taras con las que el niño nació.

Y también sería inconstitucionalmente discriminatoria, por otra parte, una interpretación de las normas catalanas citadas en el sentido de que la falta de un consentimiento eficaz del marido o del compañero *more uxorio* a la fecundación con su semen de la mujer haría que el nacido fruto de tal fecundación no pudiera ser considerado hijo del marido o compañero de su madre.

8. El apartado 3 del artículo 8.º LTRA es inconstitucional, por violación de los artículos 14, 39.2 y 39.3 CE, en los supuestos de fecundación artificial con semen de donante de mujer casada o que convive *more uxorio* sin el consentimiento eficaz del marido (que impugna con éxito su paternidad) o compañero (que se niega a reconocer al niño), y de fecundación de mujer no casada que no convive *more uxorio* con nadie.

Puede serlo también en los casos de donación de óvulos en que el óvulo ajeno fecundado *in vitro* se haya transferido al útero de la mujer contra su voluntad o sin su consentimiento eficaz, si se admite que, en tal hipótesis, ésta pueda impugnar con éxito su maternidad de gestación.

9. En fin, los tres primeros apartados del artículo 9.º LRFA son inconstitucionales: el 2 y el 3 en su integridad, por vulnerar el artículo 39.3 CE, básicamente; el 1, por discriminación contraria al artículo 14 CE, al menos en cuanto prohíbe la determinación legal de la filiación entre el nacido fruto de fecundación *post mortem* y su padre genético fallecido. Y por una u otra de dichas razones, es íntegramente inconstitucional el artículo 9.º de la Ley catalana de Filiaciones, al que deben acompañar en su suerte los artículos 9.º.III y 46.4.º del Código de Sucesiones catalán.