

LA REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

M^a Corona Quesada González*

Universidad de Barcelona

Abstract

This work comments the filiation regulation of the Bill on Artificial Reproduction Techniques approved by the Spanish Parliament on February 16 th, 2006, which modifies the 35/1988 Act on Artificial Reproduction Techniques.

Keywords: filiation, reproduction techniques, marriage, donor identity.

Sumario: 1. Introducción.- 2. Determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.- 3. Determinación de la paternidad matrimonial.- 3.1. En caso de fecundación asistida con gametos del cónyuge.- 3.1.1. Vigente la presunción de paternidad matrimonial.- 3.1.2. No vigente o debilitada la presunción de paternidad matrimonial.- 3.2. En caso fecundación asistida con gametos de donante.- 3.2.1. Sin consentimiento del marido.- 3.2.2. Con consentimiento del marido.- 4. Determinación de la paternidad no matrimonial.- 4.1. En caso de fecundación asistida con gametos del varón de la pareja.- 4.2. En caso fecundación asistida con gametos de donante.- 5. Revelación de la identidad del donante.- 6. Determinación de la paternidad en el supuesto de la fecundación asistida *post mortem*.- 6.1. Paternidad matrimonial.- 6.2. Paternidad no matrimonial.- 7. Determinación de la maternidad en el supuesto de la gestación por sustitución.- 7.1. Aportación de óvulos y gestación del niño por la misma mujer.- 7.2. Gestación del embrión obtenido *in vitro* con el material genético de la pareja comitente

1. Introducción

Me ha sorprendido que las modificaciones introducidas por el Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida¹ en materia de filiación sean superficiales, porque se trata de una parte muy importante

Recibido: 15/03/06. Aceptado: 10/05/06

* Profesora Titular de Derecho Civil

¹ El Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, presentado el 6 de mayo de 2005 y calificado el 10 de mayo de 2005 (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII

de la futura ley, deficientemente regulada y necesitada de una profunda revisión que nuestro legislador lamentablemente no acomete, a pesar de la oportunidad que se le brinda.

En el art. 7.1 Proyecto se cambia la expresión “normas vigentes” del art. 7.1 ley 35/1988 por la de “leyes civiles”. Quizás en este caso el cambio tenga algún sentido, aunque no era imprescindible, si lo que se persigue es dar a entender mejor que las normas que se aplicarán serán las del Código civil o, en su caso, las del Derecho civil foral de aquellas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio que regulen la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, como sucede en el caso de la comunidad autónoma catalana.

Se hacen varias modificaciones intrascendentes como, por ejemplo, sustituir en el segundo apartado del art. 7 ley 35/1988, la expresión “datos de los que puedan inferirse el carácter de la generación”, por “datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación” (art. 7.2 Proyecto) , o en el primer apartado del art. 8 ley 35/1988, las palabras iniciales “ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente”, por “ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso” (art. 8.1 Proyecto).

Como novedades más destacables hay que mencionar que en el art. 9.2 Proyecto se alarga el plazo para practicar la fecundación asistida *post mortem* a 12 meses (antes eran 6) y se introduce un nuevo párrafo en el que se presume otorgado el consentimiento del marido para realizar la fe-

legislatura, serie A, núm. 39-1, de 13 de mayo de 2005), fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 16 de febrero de 2006 (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII legislatura, serie A, núm. 39-14, de 23 de febrero de 2006). El 26 de abril de 2006 el Grupo Popular consiguió que prosperasen sus enmiendas en la votación del Pleno del Senado (véanse las enmiendas del Senado en BOCG, Congreso de los Diputados, VIII legislatura, serie A, núm. 39-15, de 10 de mayo de 2006) debido a la ausencia de senadores socialistas y de otros grupos que apoyaban a estos últimos (¡como simple anécdota, decir que la votación coincidía con la retransmisión de un partido de fútbol de semifinales de la *Champions* entre los equipos Barça-Milan!). Cuando el Proyecto vuelva al Congreso –donde el Grupo Popular no tiene la mayoría– cabe esperar que el Grupo Socialista recupere la redacción (siquiera sea en lo esencial) que antes de pasar por el Senado tenía dicho Proyecto (sobre estos hechos se puede consulta el periódico *El Mundo*, del jueves 27 de abril y del viernes 28 de abril de 2006). Esto explica que en adelante me refiera a la redacción del Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 16 febrero de 2006. Utilizaré el término “Proyecto” con el fin de simplificar.

cundación asistida *post mortem* si ya se inició un proceso de reproducción asistida con anterioridad al fallecimiento del esposo.

No se altera en lo esencial el art. 10 ley 35/1988, sobre gestación por sustitución, pues tan sólo se cambia la preposición “en” del primer apartado de este precepto por la preposición “a” (art. 10.1 Proyecto).

Causa perplejidad que en el Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida se permita a las mujeres lesbianas ser usuarias de las técnicas de reproducción asistida (*cf.* art. 6.1 Proyecto) pero no se diga nada sobre las especialidades que en la determinación de la filiación pueden existir cuando estén casadas con personas de su mismo sexo. ¿Se podrá determinar en este supuesto la filiación del hijo de la usuaria respecto de su cónyuge (también mujer) mediante la presunción de “paternidad” matrimonial?. Téngase presente que en la Exposición de motivos de la ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se afirma que los supuestos de hecho a que se refieren los arts. 116, 117 y 118 C.c. sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales². Por todo ello, cuando en este tra-

² Quizás porque durante la tramitación parlamentaria se presupuso que la presunción de paternidad no se aplicaría a los matrimonios homosexuales se han rechazado varias enmiendas, como son:

1^a. La enmienda n^o 22, con la que el grupo parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, proponía modificar el apartado tercero del artículo 6 del Proyecto de ley, con la siguiente redacción: “ Si la mujer estuviera casada, podrá solicitar el consentimiento a su cónyuge, y en caso de no prestarlo no se vinculará la filiación matrimonial”. La motivación que se daba era: “Consideramos discriminatorio y contrario a la autonomía de la mujer en su decisión de maternidad el tener que solicitar el consentimiento del cónyuge a la hora de que le sean aplicadas las técnicas que regula esta Ley, sin embargo, siendo que el artículo 108 del Código Civil presume la filiación matrimonial, creemos que en este caso el hecho de no prestar el consentimiento por parte del cónyuge debe llevar aparejado la no aplicación de la presunción de filiación, que por otra parte podrá también ser inscrita por reconocimiento. Se sustituye el término marido por cónyuge en coherencia con el resto de leyes que se están tramitando en el Parlamento y entre ellas la de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”.

2^a. La enmienda n^o 23, con la que el grupo parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, proponía modificar el apartado primero del artículo 8 del Proyecto de ley, con la siguiente redacción: “1. Ni la mujer progenitora ni su cónyuge... (el resto igual)”. La motivación que se daba era: “Se sustituye el término marido por cónyuge en coherencia con el resto de leyes que se están tramitando en el Parlamento y entre ellas la de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”.

3^a. La enmienda n^o 38, con la que el grupo parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) proponía modificar el apartado primero del artículo 8 del Proyecto de ley, con la siguiente

bajo aludo a la filiación matrimonial pienso únicamente en la derivada de matrimonios heterosexuales.

Me parece criticable que la reforma de la legislación sobre técnicas de reproducción asistida en materia de filiación consista en pequeños cambios porque desde un punto de vista técnico jurídico era posible y recomendable mejorar la regulación de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, como trataré de demostrar a continuación.

2. Determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida

El primer apartado del art. 7 Proyecto ("La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos") me parece correcto porque sólo deben aparecer en la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida aquellas especificaciones sobre la filiación de los nacidos mediante estas técnicas que estén justificadas en cuanto supongan una alteración de la regulación general de la filiación.

Quizás de manera algo simplista el segundo apartado del art. 7 Proyecto establece: "En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación". Creo que más acertado sería la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida constará en el Registro civil de forma análoga a la filiación adoptiva, con la finalidad de que el hijo pueda obtener información sobre las circunstancias de su nacimiento. Piénsese en que en un determinado momento para el hijo puede ser de vital importancia la revelación (excepcional) de la identidad del donante, y para conseguir averiguar este dato un primer y lógico paso debería ser acudir al Registro civil. Además, a efectos de inscribir la filiación matrimonial sobre la base de la presunción *pater is est* en el caso de que el hijo nazca a consecuencia de una fecundación asistida *post mortem* será imprescindible que en el Registro civil figure este

redacción: "1. Ni la mujer progenitora ni su cónyuge...". La justificación que se daba era: "Se sustituye el término marido por cónyuge en coherencia con el resto de leyes que se están tramitando en el Parlamento y entre ellas la de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio".

Se encuentran estas enmiendas en *BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII legislatura, serie A, núm. 39-8, de 28 de septiembre de 2005

dato³, ya que en este supuesto el nacimiento puede tener lugar después de los 300 días siguientes al fallecimiento del esposo⁴.

3. Determinación de la paternidad matrimonial

A efectos de examinar la determinación de la paternidad matrimonial cuando se han practicado técnicas de reproducción asistida hay que distinguir entre la fecundación asistida realizada con gametos del cónyuge (FAC) y la practicada con gametos de un tercero o donante (FAD).

3.1. En caso de fecundación asistida con gametos del cónyuge

El Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida se ocupa de regular la filiación en caso de FAD, pero no establece ninguna especificación sobre la filiación derivada de la aplicación de una FAC, por lo tanto, hay que considerar que la filiación en este supuesto se regula por las normas generales. No obstante, con el fin de intentar resolver posibles conflictos que se pueden plantear cuando la FAC se practica en vida del esposo, no contemplados por el Proyecto (y sobre los que quizás algo se debería decir), hay que distinguir diversas situaciones en función de que la presunción de paternidad matrimonial esté o no vigente, o se encuentre debilitada.

3.1.1. Vigente la presunción de paternidad matrimonial

Al practicar una fecundación asistida con gametos del marido, vigente la presunción *pater is est*, conste o no su consentimiento, la paternidad le es atribuida.

En este supuesto la impugnación de la paternidad sólo prosperará --al ser irrelevante la prueba de la no cohabitación sexual, por dejar de ser ésta imprescindible cuando la fecundación se realiza mediante técnicas de reproducción asistida⁵-- si se demuestra que el marido no es el padre⁶. Siendo

³ Véase, PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2002, p. 84, nota 136.

⁴ *Vide, infra*, el epígrafe 6.1.

⁵ Véase, refiriéndose a la ley 35/1988, RIVERO HERNÁNDEZ, "Aspectos jurídico-privados más relevantes de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida", *BIMJ*, 1989, p. 560; y CARCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, 1995, p. 74.

⁶ Como observa CUADRADO IGLESIAS, puede investigarse la paternidad por vía de impugnación cuando el marido tenga fundados motivos para sospechar que su mujer ha cohabitado con

irrelevante a estos efectos, a mi modo de ver, si el esposo prestó o no su consentimiento a la práctica de la FAC, pues lo que me parece inadmisibles es dejar a ese niño sin padre pudiendo tenerlo (ya que se sabe quien es), por el hecho de que la FAC se realizó sin el consentimiento del marido, cuando el interés preponderante es el del hijo y genéticamente éste desciende de aquél⁷. Además, este caso no difiere mucho del supuesto en que la esposa tiene relaciones sexuales con su esposo asegurándole haber tomado precauciones anticonceptivas siendo otra la realidad⁸.

Todo lo más que a mi modo de ver podrá pretender el marido que no consintió la FAC es que el médico y su esposa le indemnicen por los perjuicios que le haya causado la práctica de la fecundación asistida y que se sancione la omisión de su consentimiento –considerada infracción grave en el art. 26.2 b) 3ª Proyecto- con una multa⁹ (art. 27.1 Proyecto)¹⁰. Por otra parte, si el esposo no retira su material genético del centro donde está depositado puede interpretarse esa pasividad como un consentimiento tácito para que algún día se practique con él una fecundación asistida, pues de no quererla en ningún caso, debe reclamar su devolución.

3.1.2. No vigente o debilitada la presunción de paternidad matrimonial

Cuando no rija la presunción *pater is est*, los medios de determinación de la paternidad son los mismos que cuando el hijo nace sin haber recurrido a la práctica de una FAC. También en este caso la falta de consentimiento del marido a la fecundación asistida podrá tener relevancia a efectos de exigir

otro. Negarle tal posibilidad es injusto ("La investigación de la paternidad y la maternidad", *Libro homenaje al centenario del Código civil*, Madrid, 1990, p. 633).

⁷ Cuando se aplica el Derecho catalán es dudoso que sea admisible esta solución porque la paternidad matrimonial en el supuesto de FAC parece que no se determina mediante la presunción de paternidad matrimonial sino con el consentimiento expreso del marido formalizado en escritura pública, ya que según el art. 92.1 CF: "Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del marido formalizado en escritura pública, se consideran hijos matrimoniales del marido". De tal suerte que si el marido no consintió la FAC, para determinar su paternidad habrá que interponer una acción de reclamación, sin perjuicio de que si ésta prospera pueda el esposo exigir una indemnización al médico y a su esposa por los daños que todo esto le cause.

⁸ Así, RIVERO HERNÁNDEZ, en "Aspectos jurídico-privados...", *loc. cit.*, p. 560.

⁹ En sentido parecido, CARCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰ Según el art. 27.1 Proyecto: "Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 1.000 euros; las graves, con multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros...".

responsabilidad al médico y a la esposa pero no ha de impedir la determinación de la paternidad del marido conforme a las normas de Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹¹.

Si falta la presunción de paternidad porque el hijo nace (gracias a una FAC) después de los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges (*cf.* art. 116 C.c.), la filiación será matrimonial si concurre el consentimiento de ambos cónyuges *ex* art. 118 C.c. En otro caso habrá que interponer una acción de reclamación de la paternidad matrimonial¹².

Si la presunción *pater is est* no está vigente porque el hijo nace después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio (*cf.* art. 116 C.c.), se puede ejercitar una acción de reclamación para determinar la paternidad. En este supuesto el hijo sólo será matrimonial si se demuestra que fue concebido durante el matrimonio de sus progenitores. Además, no hay inconveniente en que se tramite el expediente registral del art. 49 LRC o en que el ex marido reconozca al niño como hijo suyo extramatrimonial (*ex* art. 120. 1 y 2 C.c.). Es dudoso que con el fin de determinar la filiación como matrimonial el art. 118 C.c. sea aplicable en este caso¹³, ya que sólo piensa en el supuesto de la separación legal o de hecho de los cónyuges y los progenitores no son libres para atribuir a la filiación el carácter matrimonial o no matrimonial según prefieran.

En la hipótesis del hijo de concepción antenuptial, nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, creo que el marido podrá destruir la presunción *pater is est* (debilitada en este caso) mediante declaración auténtica en contrario siempre que no haya consentido la fecundación asistida de su (futura) esposa, pues si la consintió entiendo que hay una especie de reconocimiento del hijo que impide que pueda desconocer su paternidad con una simple declaración, teniendo entonces que probar no ser el padre para dejar de figurar legalmente como tal, mediante el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad marital.

La desvirtuación de la presunción de paternidad debilitada no impide el ejercicio de la acción de reclamación para determinar la paternidad matrimonial¹⁴.

¹¹ Así, CARCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 79.

¹² Véase, CARCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 75.

¹³ Consúltese sobre esta cuestión PÉREZ MONGE, *op. cit.*, p. 102 y ss.; y CARCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 77.

¹⁴ Parece que se pronuncia en sentido diferente CARCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 75.

En los casos en que se reclame judicialmente la paternidad habrá que alegar como hecho análogo la FAC ex art. 767.3 LEC.

3.2. En caso fecundación asistida con gametos de donante

La determinación de la filiación matrimonial cuando el hijo ha nacido gracias a la práctica de una fecundación asistida con material genético de un donante anónimo ha de ser abordada teniendo en cuenta si se ha llevado a cabo sin o con el consentimiento del marido. El Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida sólo contempla el último supuesto.

3.2.1. Sin consentimiento del marido

Cuando una mujer casada se somete a una fecundación asistida con gametos de un donante anónimo sin consentimiento de su esposo, estando vigente la presunción de paternidad matrimonial, no se puede negar a éste el derecho que tiene de impugnar una paternidad que le ha sido impuesta --por operar la presunción *pater is est*-- sin haber contribuido en modo alguno a su determinación¹⁵.

La acción de impugnación ejercitada por el marido debe prosperar no por probar la conducta desleal de su esposa que se sometió a una fecundación asistida con material reproductor de un extraño sin su consentimiento, sino por demostrar que no es el verdadero padre. La exigencia de la prueba de la no paternidad es razonable, porque una fecundación asistida de esas características, al igual que el adulterio, hace dudosa la paternidad marital pero no la excluye¹⁶.

3.2.2. Con consentimiento del marido

Del art. 8.1 Proyecto se desprende que la filiación queda determinada por la presunción de paternidad matrimonial en el caso de que se realice a la esposa una FAD

Cuando el marido consintió la FAD de su mujer sería contrario a la buena fe (supondría ir contra los propios actos) y tendría que considerarse

¹⁵ Véase, RIVERO HERNÁNDEZ, "Aspectos jurídico-privados...", *loc. cit.*, p. 562.

¹⁶ Sobre esta cuestión se puede consultar mi trabajo *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad (la exceptio plurium concubentium)*, Madrid, 1993, p. 202.

abusiva la acción de impugnación del marido dirigida a atacar su paternidad. Por eso no debe prosperar una acción de impugnación con fundamento en que el niño nació a consecuencia de una FAD practicada a su esposa, ya que sustituibles son los gametos del donante y la participación del médico que practicó la FAD, pero no el consentimiento del esposo (verdadera causa eficiente de la fecundación) en virtud del cual la misma se verificó¹⁷. Ahora bien, si el marido sospecha que el niño es fruto de las relaciones de su esposa con otro hombre, la acción de impugnación del marido debe admitirse y prosperar sólo si se demuestra que ni el marido ni el donante de gametos es el padre¹⁸, pues se ha de probar que el niño no nació del acto (FAD) que el marido consintió¹⁹.

Aunque sólo fuera porque es posible que esta situación se plantee²⁰, en el Registro de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, además de la localización original de los donantes en el momento de la donación y de su utilización²¹, debería constar su perfil de ADN, ya que si se conoce éste, llegado el caso, se podría afirmar o negar

¹⁷ Ya lo consideró así, STOYANOVITCH, «La légitimité des enfants nés par suite de l'insemination artificielle, en France et aux Etats-Unis d'Amerique», *RIDC*, 1956, p. 268.

¹⁸ En este sentido ya se pronunció, refiriéndose a la regulación de la ley 35/1988, LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación asistida y Derecho*, Madrid, 1988, p. 176.

¹⁹ Así sucede en Derecho francés, consúltese TERRÉ/FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Paris, 2005, p. 919.

Relata DASTUGUE un caso decidido por el Tribunal de *Grande Instance de Saint Malo* el 1 de febrero de 1984 (al parecer el primero habido en Francia de esta índole) en el que la esposa después de someterse a una inseminación artificial con material genético de un tercero con éxito, previo consentimiento de su marido, se divorcia y contrae nuevo matrimonio, pretendiendo entonces impugnar la paternidad de su ex marido alegando que el verdadero padre de su hija es su nuevo esposo (amante suyo en la época de la concepción) y que ella recurrió a la inseminación artificial para disimular su reciente embarazo. El ex marido se opuso sosteniendo que la niña nació de la inseminación artificial y pidió por vía reconventional la nulidad del reconocimiento hecho por el nuevo esposo de su ex mujer. Una prueba biológica excluyó la paternidad de éste y el Tribunal decidió que la acción de impugnación de la paternidad matrimonial intentada por la madre y su nuevo marido, aun siendo admisible, estaba mal fundada en atención a los resultados de las pruebas biológicas, con la consecuencia de que por el juego de la presunción de paternidad matrimonial la hija debía seguir figurando como matrimonial del primer esposo (*vide, La procreation artificielle. Droit à l'enfant ou droits de l'enfant*, Clermont, 1987, pp. 191 y 192).

²⁰ El análisis del ADN del donante, si nos atenemos a lo dispuesto en el art. 5.6 Proyecto, tendría que ser obligatorio, por ser idóneo para demostrar que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia.

²¹ Expresamente se dice esto en el epígrafe II de la Exposición de motivos del Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.

la paternidad del donante en un procedimiento de impugnación de la paternidad sin necesidad de localizar al donante (que a lo mejor, de hecho, puede resultar ilocalizable cuando interese contactar con él).

Por consideraciones de esta índole (pero con una deficiente y no del todo clara redacción) el Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (*cf.* art. 8.1)²² prohíbe al marido y a la mujer la impugnación de la paternidad del primero cuando hayan prestado su consentimiento a una FAD²³, sin eliminar la posibilidad de impugnar la paternidad demostrando que el progenitor no es ni un donante ni el marido, sino un tercero que tuvo relaciones con la madre.²⁴

Sea como fuere parece que, en general, salvo que se aprecie abuso de derecho, al hijo habrá que reconocerle la facultad de impugnar la paternidad del marido de su madre, porque no se contó con él al decidir su nacimiento y, sobre todo, porque no se lo prohíbe el art. 8.1 Proyecto²⁵.

²² Hay que considerar también referible todo esto al Derecho navarro.

En Cataluña existe previsión legal expresa que contempla el supuesto de que se habla en el texto. Se desprende del art. 111.2 CF que no se puede admitir la impugnación basada solamente en la fecundación asistida de la esposa incluso cuando se trata de una FAD, si se ha realizado con el consentimiento expreso del marido, formalizado en documento público. El art. 111.2 CF se presta a ser interpretado conforme a los criterios expuestos al referirme al Derecho común en el texto, puesto que permite sostener que puede prosperar la impugnación de la paternidad si se demuestra que padre es un tercero y no el marido o, en caso de FAD, el donante de gametos.

²³ La *Kinderrechteverbesserungsgesetz* de 9 de abril de 2002 (*KindRVerbG*) introdujo una importante novedad cuando el hijo es concebido mediante una inseminación artificial con semen de un tercero consentida por el marido y la esposa, ya que dicha ley excluyó la impugnación de la paternidad por el marido o la esposa en ese específico supuesto. Con anterioridad a la *KindRVerbG* la impugnación de la paternidad era posible incluso si el marido había consentido la práctica de una inseminación artificial a su esposa con material genético de un tercero, pues en tal supuesto el *Bundesgerichtshof* consideraba que el consentimiento del marido no excluía su derecho de impugnación, sino que fundamentaba una obligación de alimentos (véase WANITZEK, "Ergänzungen des Abstammungsrechts durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz", *FamRZ*, 2003, p. 730 y ss.).

²⁴ Pues el consentimiento se presta para *determinada fecundación*, según se desprende del tenor literal del art. 8.1 Proyecto.

Así se pronunció RIVERO HERNÁNDEZ, en "Aspectos jurídico-privados...", *loc. cit.*, p. 562.

²⁵ En Derecho suizo conforme al 256.3 ZGB el marido que ha consentido la concepción de su esposa por un tercero no puede intentar la acción de impugnación de su paternidad. Esta prohibición no afecta al hijo, salvo si nació a consecuencia de una inseminación heteróloga (con aportación de donante), pues en este caso se excluye el derecho de impugnación del hijo conforme al art. 23.1 de la *Fortpflanzungsmedizinengesetz* (SCHWENZER, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, 2002, p. 1341).

4. Determinación de la paternidad no matrimonial

También hay que distinguir según la fecundación asistida se practique con gametos del varón de la pareja, compañero de la madre (FAC), o con gametos de un tercero o donante anónimo (FAD). El Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida sólo se ocupa del último supuesto.

4.1. En caso de fecundación asistida con gametos del varón de la pareja

Cuando la filiación no matrimonial deriva de la práctica de una fecundación asistida con gametos del compañero de la madre se puede determinar la paternidad mediante reconocimiento (de un ya nacido o de un *nasciturus*), en virtud de resolución recaída en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro civil (arts. 49 LRC y 189 RRC), o por sentencia firme. La determinación de la filiación por estos medios en el supuesto ahora contemplado (de FAC) presenta pocas especialidades.

A efectos de tramitar el expediente registral del art. 49 LRC, como escrito indubitado del padre, en el que expresamente se reconoce la paternidad, ha de servir el formulario del centro de reproducción asistida que el varón de la pareja suscribió.

Cuando se ejercite una acción de reclamación habrá que probar la fecundación asistida en lugar de la cohabitación sexual si se invoca la aplicación del art. 767.3 LEC, pues debe considerarse que la fecundación asistida es hecho análogo a los que expresamente se mencionan en ese precepto.

Creo que la determinación de la filiación en el supuesto del que ahora me ocupo se podría simplificar y mejorar estableciendo una regulación similar a la del Código de familia catalán (en adelante CF), en cuyo art. 97 se establece: "Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se consideran hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público".

Con una norma parecida al art. 97 CF se evitaría tener que reclamar judicialmente la paternidad con el fin de determinarla si después de practicarse la FAC el varón de la pareja implicada no reconoce al hijo, o se opone

al expediente registral del art. 49 LRC. Por este posible riesgo me parece criticable que se mantenga la regulación de la ley 35/1988 sobre este aspecto en el Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida

Si un varón deposita su semen en un centro de reproducción asistida con el fin de participar en un futuro proyecto reproductivo con una determinada mujer, aunque no haya prestado su consentimiento a una concreta fecundación asistida con su material reproductor, si ésta tiene éxito, pienso que debe poder ser declarada judicialmente su paternidad, pero permitiéndole, si eso sucede, reclamar una indemnización frente a la mujer y al médico por los perjuicios que ello le cause y exigir la imposición de una multa por omitir su consentimiento (cfr. arts. 26.2 b) 3ª y 27.1 Proyecto). Creo que es la solución más justa porque aunque no haya dado en el caso concreto su consentimiento para la práctica de la fecundación asistida, al haber depositado sus gametos en un centro especializado en su realización, sin reserva de anonimato, implícitamente admitió la posibilidad de que su material genético pudiera ser empleado con el fin de fecundar a su pareja en alguna ocasión (y si eso no quería debió haberlo retirado), por lo que me parecería excesivo dejar al niño así nacido sin padre, cuando lo tiene (biológico) conocido²⁶. Se imponen, pues, en este punto, en mi opinión, las mismas consideraciones que cuando de filiación matrimonial se trata²⁷.

4.2. En caso fecundación asistida con gametos de donante

Si el varón de una pareja de hecho no presta su consentimiento para que se practique una FAD a su compañera es evidente que nada va a permitir vincularle al niño que nazca a consecuencia de la FAD si no quiere. Y si da su consentimiento previo a la FAD éste, conforme al art. 8.2 Proyecto, no equivaldrá *per se* a un reconocimiento. Nuestro legislador al elaborar la ley 35/1988 no consideró oportuno que el consentimiento a la FAD del varón de una pareja no casada equivaliera a un reconocimiento porque ello hubiera supuesto admitir que puede establecerse la filiación de un *concepturus*.

²⁶ En sentido diferente se manifestó RIVERO HERNÁNDEZ, por considerar que en tal caso el varón apenas se diferencia del mero donante anónimo ("Aspectos jurídico-privados...", *loc. cit.*, p. 563).

²⁷ *Vide supra*, lo dicho en el epígrafe 3.1.1.

Del segundo apartado del art. 8 Proyecto resulta que la filiación paterna no matrimonial, cuando se han aplicado técnicas de reproducción asistida, podrá determinarse mediante el expediente registral que se regula en el art. 49 LRC o por sentencia judicial firme (previo ejercicio de una acción de reclamación de la filiación).

Pienso que el art. 8.2 Proyecto no se refiere al reconocimiento como modo de determinar la filiación derivada de fecundación asistida con contribución de donante, porque en nuestro ordenamiento jurídico se presupone que el reconocedor es el progenitor biológico, mientras cuando se realiza una FAD el varón que consiente no lo es. De ahí que cuando se pretenda reconocer al niño nacido de una FAD si el Encargado del Registro civil conoce esta circunstancia parece que debe remitir a los interesados a la tramitación del expediente registral del art. 49 LRC. Mas, si primero hace constar la madre su maternidad en el Registro civil, sin que figure el "carácter de la generación" (ex art. 7.2. Proyecto), luego su compañero podría reconocer al niño sin dificultad aunque el Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida no lo prevé, por no estar sometido el reconocimiento a un riguroso control previo de veracidad en nuestro Derecho.

El art. 8.2 Proyecto dispone: "Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas". De este precepto se desprende que el documento al que se refiere no será suficiente por sí solo para determinar la filiación, por lo que habrá que recurrir para lograrlo al expediente del art. 49 LRC.

Ahora bien, al quedar así determinada la filiación parece que estará expuesta a ser impugnada por defecto de veracidad. Con todo, si el varón cuya paternidad fue determinada consintió la fecundación asistida con gametos de donante anónimo, creo que esta impugnación deberá ser paralizada por aplicación analógica del primer párrafo del art. 8 Proyecto, a no ser que el varón demuestre que el hijo no tiene su origen en la fecundación asistida, sino en relaciones de la madre con un tercero²⁸, ya que los presupuestos

²⁸ Así lo entendió también RIVERO HERNÁNDEZ ("Aspectos jurídico-privados...", *loc. cit.*, p. 563).

fácticos y jurídicos del primer apartado del art. 8 Proyecto son en esencia los mismos que los de su segundo apartado, e idéntica es la *ratio decidendi* en ambos casos.

Con una regulación como la prevista en el art. 97 CF, a la que ya me referí en el epígrafe anterior, las ventajas serían que tras la práctica de la fecundación asistida con éxito se evitaría, en primer lugar, tener que iniciar un procedimiento registral para determinar la filiación y, en segundo lugar, el riesgo de que el varón que inicialmente estaba dispuesto a asumir la paternidad se oponga a su determinación en el expediente²⁹.

Además, me parece criticable la enigmática referencia que se hace a la reclamación judicial de la paternidad en el último inciso del art. 8.2 Proyecto con la expresión: "Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad". Expresión esta que en el Proyecto se abrevia pues se suprime la palabra "acción" que aparece en el art. 8.2 de la ley 35/1988 ("Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad"). Me parece criticable esta escueta referencia a la reclamación judicial de la paternidad porque no queda claro a que paternidad se refiere. Son imaginables las siguientes posibles interpretaciones³⁰ de tan lacónica frase:

1ª. Entender que se refiere a la posibilidad de reclamar la paternidad biológica del varón que consintió la fecundación asistida. Mas esta interpretación hay que rechazarla porque no tiene sentido, es incoherente, ya que si un hombre consiente la fecundación asistida con gametos de un donante es porque los suyos no son idóneos para engendrar un hijo. Por ello en la mente del legislador seguramente no estaba esta interpretación al redactar el último inciso del art. 8.2 Proyecto.

2ª. Considerar que se refiere a la posibilidad de reclamar la paternidad del donante de semen. Pero también esta posibilidad hay que olvidarla porque sólo excepcionalmente se puede revelar la identidad del donante y en el apartado 3 del art. 8 expresamente se dice que la revelación de

²⁹ Ya se pronunciaron en sentido parecido algunos autores incluso antes de entrar en vigor la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. Véase por todos, BERCOVITZ y RODRIGUEZ-CANO, "La filiación inducida y las clasificaciones legales", *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco, Vitoria, 1987, p. 129.

³⁰ Sobre la interpretación del art. 8.2 ley 35/1988, se puede consultar PÉREZ MONGE, *op. cit.*, p. 184 y ss.

la identidad del donante en los supuestos en que proceda no implica en ningún caso determinación legal de la filiación, mientras la sentencia estimatoria que recae en un procedimiento de reclamación de la paternidad determina la filiación.

3^a. Apreciar que hace alusión a la posibilidad de reclamar la paternidad a un tercero (ni al varón que prestó su consentimiento para que la fecundación asistida se realizara, ni al donante). Mas también hay que descartar esta interpretación por improbable, puesto que para que sea posible esto no hace falta que se diga expresamente en la ley de técnicas de reproducción asistida, basta con aplicar la normativa general sobre la filiación.

4^a. Una cuarta interpretación posible, que en mi opinión es la más probable, es admitir que el legislador se quiso referir a la posibilidad de que si el varón no casado que inicialmente consintió la FAD y estaba dispuesto a asumir la paternidad se opone a que ésta se determine jurídicamente se pueda interponer una acción de reclamación de su paternidad social y jurídica, no biológica³¹. Si a esto se refería el legislador debió decirlo con claridad porque la normativa del Código civil o, en su caso, de los Derechos forales sobre la filiación no adoptiva piensa en la paternidad biológica y por eso se plantea la duda sobre si se pueden aplicar los preceptos del Código civil (o del Derecho foral correspondiente) que regulan la acción de reclamación. Creo que si son aplicables esos preceptos por analogía y salvando las distancias en cuanto al objeto de la prueba. Piénsese en que en el segundo apartado del art. 8 se menciona la acción de reclamación de la paternidad inmediatamente después de hacer referencia al expediente registral, con lo que parece que se quiere dar a entender que si no se determina la filiación mediante dicho expediente todavía es posible intentar conseguir esa determinación ejercitando una acción de reclamación.

No haría falta ejercitar una acción de reclamación si se hubiera establecido legalmente que el consentimiento prestado observando las oportunas formalidades (*v. gr.* en documento público por la trascendencia del acto) del varón dispuesto a asumir la paternidad del niño que nazca de una FAD determina directamente la filiación. Una solución así se justificaría ante todo en interés del hijo³².

³¹ Parece que se inclinaba a favor de esta interpretación MONTÉS PENADÉS, en "Primera lectura de la ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción humana asistida", *La Ley*, 1989, p. 71.

³² En Grecia, por ejemplo, según el art. 1475.2 C.c. griego, modificado por la ley n° 3089/2002, si una pareja no casada consiente la procreación asistida en acta notarial, se considera

5. Revelación de la identidad del donante

Según el art. 8.3 Proyecto: "La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación". Parece correcta esta norma porque la filiación de los niños que nazcan a consecuencia de la realización de técnicas de reproducción asistida debe quedar determinada respecto de quienes asumieron la responsabilidad de ser padres. En cambio, me parece criticable el anonimato del donante de gametos que impone el art. 5.5 Proyecto.

Nuestro legislador en el art. 5.5 ley 35/1988³³ estableció un anonimato mitigado o relativo, porque al concurrir determinadas circunstancias excepcionales podrá revelarse la identidad del donante.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de junio de 1999 declaró que el art. 5.5. no es inconstitucional por entender que la regulación legal al preservar la identidad de los donantes no ocasiona consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos, porque el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional, "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" y, asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor.

Cierto es que el Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida amplía los supuestos en los que se podrá revelar la identidad del donante, al permitir que también sea posible esa revelación cuando concurren circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la

³³ Dice literalmente el art. 5.5 ley 35/1988: "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".

salud del hijo. No obstante, a mi me parece que se adecuaría mejor a la Constitución una regulación legal que permitiera al hijo conocer la identidad del donante si lo desea (*v. gr.* estableciendo determinados requisitos de edad o de madurez), con fundamento en el derecho a conocer el propio origen. El precepto básico para sostener esto es el art. 10.1 CE³⁴, básicamente por dos razones: 1^a porque negar al hijo ese derecho va contra la dignidad de la persona, ya que se da preferencia al derecho *al* niño de quienes acabarán siendo los padres legales, tratándolo como si fuera un objeto, respecto al derecho *del* niño a conocer todo lo relativo a su origen e historia personal; y 2^a porque no reconocer dicho derecho supone obstaculizar el libre desarrollo de la personalidad del hijo.

Creo que incluso es menos defendible la regla del anonimato en Cataluña –aunque en los centro de reproducción asistida catalanes la donación de gametos es anónima– porque a pesar de que en el Código de familia catalán este aspecto no se regula y, por eso, procedería en principio la aplicación supletoria del art. 5.5 ley 35/1988, hay que tener presente que en el Derecho catalán se encuentra el art. 129.1 CF que literalmente dice: “La persona adoptada, a partir de la mayoría de edad o de la emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido su padre y su madre biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva”. De ahí que, en mi opinión, se vulnera claramente el principio de igualdad entre los hijos en la comunidad autónoma catalana cuando se niega a los niños nacidos a consecuencia de la práctica de técnicas de reproducción asistida el derecho a conocer su origen biológico, esto es, a saber la identidad del donante de gametos al que deben la vida.

Además, la tendencia predominante en el Derecho comparado europeo es permitir que la identidad del donante de gametos sea revelada. Así sucede en países europeos como Suecia³⁵, Suiza³⁶, Austria³⁷ o Alemania³⁸, y desde el 1 de abril de 2005 en el Reino Unido³⁹.

³⁴ Véase un más amplio desarrollo de este tema en mi trabajo “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *ADC*, tomo XLVII, fascículo II, abril-junio 1994, pp. 237 a 303.

³⁵ Véase, NIELSEN, « Artificial Procreation in the Nordic Countries », *Biomedicine, the Family and Human Rights*, Edited by Meulders-Klein, Deech and Vlaardingerbroek, The Hague, 2002, p. 567.

³⁶ Véase, MEIER, « Génétique et procréation assistée en Suisse », *Biomedicine, the Family and Human Rights*, Edited by Meulders-Klein, Deech and Vlaardingerbroek, The Hague, 2002, p. 341.

En Francia la regla del anonimato resulta de varias normas legales⁴⁰. No obstante, doctrina autorizada se ha pronunciado a favor de que el hijo pueda tener acceso a los datos relativos a su ascendencia biológica al alcanzar la mayoría de edad⁴¹.

6. Determinación de la paternidad en el supuesto de la fecundación asistida *post mortem*

El Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida permite la fecundación asistida *post mortem*⁴² siempre que se efectúe con material genético de la propia pareja que recurre a esta técnica, con el consentimiento de ambos y dentro de un plazo previsto legalmente a contar desde el fallecimiento del varón (art. 9.2)⁴³. Ampliar el plazo para practicar

³⁷ Véase, STORMANN, « Genetics and Artificial Procreation in Austria », *Biomedicine, the Family and Human Rights*, Edited by Meulders-Klein, Deech and Vlaardingerbroek, The Hague, 2002, p. 373.

³⁸ Véase, FURKEL, « Génétique et procréation assistées en république fédérale d'Allemagne », *Biomedicine, the Family and Human Rights*, Edited by Meulders-Klein, Deech and Vlaardingerbroek, The Hague, 2002, p. 323.

³⁹ Véase, BOLTANSKI, « Royaume-Uni: vers la suppression de l'anonymat des dons de gamètes », *Filiations : nouveaux enjeux*, La documentation Française, n° 914, Juillet 2005, p. 77 ; y PULIDO QUECEDO, « ¿El fin de la filiación anónima ? », *RTC*, 2005, tomo I, pp. 1657 y 1658.

⁴⁰ Véase, GAUMONT-PRAT, « Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique », *Droit de la famille*, 2001, chr. 2, pp. 14 y 16; y TERRÉ/FENOUILLET, *op. cit.*, p. 871.

⁴¹ Así, DELAISI DE PARSEVAL, « Reconnaître le besoin de transparence sur les origines », *Filiations : nouveaux enjeux*, La documentation Française, n° 914, Juillet 2005, p. 75.

⁴² En Francia se puso de manifiesto la problemática de la fecundación asistida *post mortem* con el conocido *affaire Parpalaix*, decidido por el Tribunal de *Grande Instance* de Créteil en sentencia de 1 de agosto de 1984. En este asunto la esposa que pretendía ser inseminada con el semen de su difunto marido, demandó al Centro en donde se hallaba depositado el semen de aquél, porque se negó a practicarle una inseminación artificial *post mortem*. El Tribunal de *Grande Instance* que conoció del caso dio la razón a la actora. Anecdótico es ya que intentada la fecundación asistida *post mortem* esta fracasó (*vide*, NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le Droit de la filiation*, Bordeaux, 1991, p. 210).

A favor de la prohibición de la implantación *post mortem* de embriones en el Derecho francés, por los problemas que plantea, es muy interesante el trabajo de MORIN, « L'interdiction opportune de l'implantation *post mortem* d'embryon », *Defrénois*, 2004, n° 5, p. 355 y ss.

⁴³ En el Derecho catalán el plazo para realizar la fecundación asistida *post mortem* es de 270 días después de la muerte del marido, prorrogable por el Juez, por causa justa, por un tiempo máximo de 90 días, conforme al art. 92.2 CF. En este precepto se exige además que se limite a un solo caso, comprendido el parto múltiple. Con este último requisito

la fecundación asistida *post mortem* de 6 a 12 meses y presumir otorgado el consentimiento necesario para realizarla en un determinado supuesto (cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del varón), son, como ya he dicho, las dos únicas modificaciones de alguna trascendencia introducidas por el Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida en materia de filiación⁴⁴.

Sobre la determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante este tipo de fecundación asistida dos cuestiones problemáticas no exentas de interés son: 1.^a. Precisar en virtud de qué mecanismo queda determinada la paternidad (sobre la maternidad no se plantea problema alguno pues la madre vive cuando es concebido y nace el hijo); 2.^a. Resolver qué sucede con la determinación de la filiación paterna cuando la fecundación asistida *post mortem* se practica transcurrido el plazo legal.

Hay que distinguir según la filiación sea matrimonial o no porque los medios de determinación de la paternidad son diferentes en uno y otro caso.

6.1. Paternidad matrimonial

Es criticable que el legislador no haya sido (ni piense ser en el futuro) más explícito sobre el modo de determinar la paternidad matrimonial en el supuesto de la fecundación asistida *post mortem*, porque se suscitan dudas.

Creo que la paternidad queda determinada en este caso en virtud de la presunción *pater is est*, que está vigente por el plazo legal de trescientos días a contar no desde el fallecimiento del marido (*cf.* art. 116 C.c.), sino a partir del momento en que hayan transcurrido los doce meses durante los cuales la esposa ha de ser fecundada. Esta es la explicación más lógica y sencilla, ya que el legislador no admite el reconocimiento de *concepturus*⁴⁵.

Si la fecundación asistida *post mortem* se practica fuera de plazo entiendo que la paternidad no se determinará mediante la presunción *pater is*

parece que se quieren restringir las posibilidades de tener hijos por esta vía, pues se da a entender que si se consigue una vez ya no se podrá intentar de nuevo.

⁴⁴ *Vide supra*, el epígrafe 1.

⁴⁵ Véase, LLEDÓ YAGÜE, "La ley sobre técnicas de reproducción humana asistida", *ADC*, 1988, pp. 1253 y 1254.

est, pero en interés del hijo creo que se debe admitir la posibilidad de reclamar judicialmente la paternidad, demandando a los herederos del (fallecido) esposo de la madre⁴⁶, pues lo que me parece inconcebible es dejar a ese niño sin filiación paterna pudiendo tenerla (aunque su padre ya haya fallecido). De otro lado pienso que los perjudicados por la declaración de la paternidad derivada de una fecundación asistida *post mortem* realizada fuera de plazo (*v. gr.* los herederos) podrán reclamar una indemnización frente a los responsables de haberla llevado a cabo (el médico o el establecimiento que la realizó y la madre).

En definitiva, la principal conclusión a la que se llega es que realizar la fecundación asistida *post mortem* dentro del plazo legal facilita la determinación de la paternidad, practicarla fuera del mismo la complica.

6.2. Paternidad no matrimonial

Como para la filiación no matrimonial no rige la presunción *pater is est*, se establece en el art. 9.3 Proyecto: "el varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá 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". En consecuencia, en el supuesto de fecundación asistida *post mortem* practicada con gametos del varón de la pareja, no casado con la madre, la paternidad se determinará mediante el expediente del art. 49 LRC y, en su caso, cuando se suscite oposición por algún interesado, mediante sentencia firme recaída en un procedimiento judicial de reclamación de la paternidad⁴⁷. No, en cambio, mediante reconocimiento, pues al no decir nada el Proyecto de ley sobre esta posibilidad es inadmisibles en nuestro Derecho el de un *concepturus* hecho en vida por el varón que aportó sus gametos para la práctica de la fecundación asistida *post mortem*.

También en este supuesto la regulación del Proyecto me parece criticable, pues sería más práctico y sencillo prever la determinación de la

⁴⁶ Así se pronuncia RIVERO HERNÁNDEZ aunque admite que no es seguro que los Tribunales declaren matrimonial esa filiación ("Aspectos jurídico-privados...", *loc. cit.*, p. 577).

⁴⁷ Así RIVERO HERNÁNDEZ, quien considera que la prueba cumplida del origen del material genético y de los otros requisitos pueden ser considerados como aquellos "otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo" ("Aspectos jurídico-privados...", *loc. cit.*, p. 577).

paternidad mediante la prestación del consentimiento previo a la práctica de la fecundación asistida *post mortem*, de forma parecida a como se regula en el Derecho catalán (*cf.* art. 97.2 CF).

Por lo demás, hay que tener por reproducido aquí (*mutatis mutandis*) lo dicho sobre la práctica de la fecundación asistida *post mortem* fuera de plazo al referirme a la paternidad matrimonial en el epígrafe anterior.

7. Determinación de la maternidad en el supuesto de la gestación por sustitución

Mediante la celebración de un contrato de gestación por sustitución⁴⁸ una mujer -que puede aportar o no su material genético- se obliga a gestar y dar a luz un hijo para otras personas (pareja comitente).

Se refiere a la gestación por sustitución el art. 10 Proyecto en los siguientes términos: "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto. 3 Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales". De este precepto resulta la inadmisibilidad de la también llamada maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁹. Ningún problema se suscitara y nada

⁴⁸ Gestación por sustitución es la expresión legal que se emplea en el art. 10 Proyecto para designar el supuesto en que se conviene 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. Otras expresiones que también se suelen utilizar en el mismo sentido son: maternidad subrogada, de gestación, de encargo o de sustitución, alquiler de madres o de úteros, gestación por cuenta ajena, gestación contratada, madre suplente o portadora...

⁴⁹ En los casos en que una mujer quede embarazada y dé a luz gracias a una donación de óvulos no se plantearán problemas sobre la atribución de la maternidad, ya que según el Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida madre será la mujer que alumbrará al hijo, no por lo previsto en el art. 10 Proyecto, sino porque conforme al art. 8.3 Proyecto "la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación", por lo que tal determinación hay que entender que deberá tener lugar respecto de la mujer gestante. Solución que si bien es cierto que coincide con la prevista para la gestación por sustitución responde a motivos diferentes, porque mientras en el caso de la maternidad subrogada, de acuerdo con la tesis que defiende, se considera madre a la mujer que da a luz con el fin de resolver un (posible) conflicto de maternidades derivado de la celebración de un contrato nulo, en el supuesto de la donación de óvulos no existe

más habría que decir si el art. 10 Proyecto garantizara la no celebración de contratos de gestación por sustitución. Mas, como no es así, hay que pensar en cómo solucionar los problemas no sólo jurídicos sino también profundamente humanos que se pueden plantear si se celebran contratos de ese tipo⁵⁰, ya que el Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida no los resuelve.

No voy a examinar aquí cuál es la naturaleza jurídica del contrato de gestación por sustitución ni el porqué de su nulidad, ya que considero más interesante analizar la trascendencia que tiene en la determinación de la filiación materna del niño que nazca lo dispuesto en el art. 10 Proyecto.

El art. 10.1 Proyecto prevé la nulidad absoluta de los contratos de maternidad subrogada como sanción civil⁵¹, el art. 26.2 c) 2ª Proyecto tipifica como infracción muy grave "la práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental", como es el caso de la gestación por sustitución, y el art. 27.1 Proyecto sanciona este tipo de infracción muy grave con una multa pecuniaria (que puede ascender desde 10.001 euros hasta un millón de euros) y con la clausura o cierre del centro en el que se practicó. Me parecen oportunas estas sanciones en cuanto se imponen por infringir una prohibición legal⁵². Ahora bien, lo que no me

tal conflicto, ni nulidad alguna, por permitir el Proyecto de ley tal donación siempre, claro está, que se realice libre y conscientemente, por mujer mayor de edad con plena capacidad y de forma gratuita y anónima, como prevé el Proyecto.

⁵⁰ Observa LEMA ANÓN sobre esta cuestión: "Hasta ahora en España nunca se ha planteado abiertamente un caso de maternidad subrogada. Sin embargo, por informaciones periodísticas se sabe que ha existido y existe una práctica mediante la cual parejas españolas contratan madres de alquiler extranjeras. Efectivamente, según ha aparecido en los periódicos y en reportajes televisivos, esto se realiza incluso mediante la participación de centros de reproducción asistida españoles que ofertan y gestionan a parejas españolas la contratación de madres de alquiler por medio de agencias situadas en otros países, concretamente en los Estados Unidos para así sortear la legislación española... Según datos recogidos por una investigación periodística divulgada en junio de 1999 por un equipo de la Televisión Española, han nacido ya 50 niños de madre portadora en el extranjero" («Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida [Parte I]», *Rev. Der. Gen. H.*, 2000, n.º 12, p. 64).

⁵¹ Sobre la trascendencia de la nulidad de los contratos de gestación por sustitución en el ámbito patrimonial puede consultarse, LLEDÓ YAGÜE, "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo", *La filiación a finales del siglo XX, II Congreso Mundial Vasco*, Madrid, 1988, p. 335; y SALVADOR IDRACH, "Gestación por sustitución: Inadmisión en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre", *RGD*, 1997, p. 5183.

⁵² La gestación por sustitución en general no se admite en los países europeos. En Grecia sólo se permite la modalidad de la madre portadora, esto es, que se limita a llevar a cabo

parece correcto es que se pueda “sancionar” al hijo, que no es culpable de nada, imponiéndole en cualquier caso como madre a la mujer gestante cuando esta solución puede no ser la mejor o más conveniente para él. Por eso pienso que el art. 10.2 Proyecto es una norma de resolución de posibles conflictos de maternidades que se pueden suscitar a consecuencia de la celebración de contratos de gestación por sustitución, porque aunque tales contratos sean nulos de pleno derecho por expresa disposición legal, y lo que es nulo, en principio, ningún efecto produce, lo cierto es que por muy nulo de pleno derecho que sea un contrato de maternidad subrogada, el niño que nace es una realidad, “un efecto”, que no se puede ignorar o borrar, por cuyo interés hay que velar ante todo⁵³.

De ahí que, en mi opinión, lo correcto sea interpretar que cuando se suscite un conflicto de maternidades, ya sea positivo --si quieren asumir la maternidad tanto la madre gestante como la madre de deseo (que también puede ser madre genética si aporta el óvulo)-- o negativo --cuando ni la madre gestante ni la madre de deseo deseen devenir madres, por ejemplo, por nacer el hijo con alguna deficiencia o malformación-- ha de resolverse tal conflicto atribuyendo la maternidad a la mujer gestante porque así lo prevé el art. 10.2 Proyecto. Esta solución parece acertada porque así puede recibir el menor una protección inmediata al quedar legalmente determinada la maternidad con facilidad desde el momento del nacimiento sobre la base del hecho del parto, sin tener que realizar complejas averiguaciones para ello, como sucedería si se considerase madre a la mujer que puso el material genético⁵⁴. Además no se debe olvidar la intensa relación psicofísica existente

la gestación sin aportar el óvulo (art. 1458 C.c. griego). Con el fin de evitar el turismo procreativo se exige en el art. 8 de la ley n° 3089/2002, que tanto la mujer que solicita la gestación por sustitución (madre de deseo) como la mujer gestante tengan su domicilio en Grecia (véase, AGALLOPOULOU, *op. loc. cit.*, p. 12). En Grecia se presume que es madre la mujer que desea al niño. Se puede desvirtuar esta presunción mediante el ejercicio de una acción de impugnación de la maternidad por la madre presunta o por la madre portadora --en el plazo de seis meses desde el nacimiento del hijo-- si se prueba que el nacido es hijo biológico de la madre portadora (AGALLOPOULOU, *ibidem.*, p. 13)

⁵³ No se deben olvidar en este contexto los arts. 3 (“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”) y 21 (“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

⁵⁴ Así, RIVERO HERNÁNDEZ, “Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida”, *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de*

entre la madre gestante y el feto durante los nueve meses de embarazo⁵⁵. Relación que si bien quizás no puede equipararse a la relación genética que une al hijo y a la mujer que aportó su óvulo para que naciera, porque el elemento genético influye decisivamente en la salud y en la personalidad del niño, tampoco puede subestimarse.

Mas, si no se suscita ningún conflicto de maternidades no parece recomendable atribuir a la fuerza a la madre gestante una maternidad que no desea asumir, porque ello irá en contra del interés del menor. Hay que pensar en que en ese caso además de quedar determinada la maternidad de la mujer gestante en contra de su voluntad, razón por la cual es de suponer que no velará como debería por el bienestar del menor, si se determina la paternidad del varón de la pareja comitente el niño tendrá unos padres entre los cuales no existirán vínculos de ningún tipo, lo que no es recomendable para su desarrollo⁵⁶. En la hipótesis en que la madre gestante muera al dar a luz, o en otras semejantes, parece que lo mejor para el hijo también es permitir que la madre de deseo asuma la maternidad, pues resulta absurdo que el hijo se quede sin madre pudiendo tener una que lo cuide y se preocupe por él

Como medidas disuasorias de la celebración de contratos de gestación por sustitución han de bastar en nuestro ordenamiento jurídico las sanciones legalmente previstas⁵⁷ que antes indiqué y que los posibles sujetos intervinientes sepan que en caso de conflicto positivo o negativo de

la filiación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 297 y 298; ROCA, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Madrid, 1999, p. 248; y VIDAL MARTÍNEZ, en VIDAL MARTÍNEZ/ BENÍTEZ ORTÚZAR/VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1998, pp. 121 y 122.

⁵⁵ En este sentido expresamente se decía en la Exposición de motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida: "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".

⁵⁶ Además pueden plantearse problemas sobre el ejercicio de la patria potestad. Consúltese, MARTÍNEZ-PEREDA/MASSIGOGUE, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Madrid, 1994, p. 155.

⁵⁷ Concluye BENÍTEZ ORTÚZAR que nuestro Código penal no tipifica como delito la maternidad subrogada en sí misma considerada, aunque puede tener relevancia penal si da lugar a la realización de conductas delictivas, tales como la suposición de parto y la entrega del hijo a terceros (*Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Madrid, 1997, p. 383 y ss, en particular la p. 407).

Observa LEMA AÑÓN, refiriéndose a los contratos de maternidad subrogada que se celebran en el extranjero, siendo una de las partes contratantes una pareja española, lo siguiente: "A parte de los problemas de la aplicación extraterritorial del derecho penal, es probable

maternidades la filiación materna se atribuirá, quiéralo o no, a la madre gestante. Si no hay conflicto pienso que por muy reprobable que sea la maternidad subrogada lo que debe primar es el interés del menor aunque de hecho pueda suponer respetar el cumplimiento del contrato de gestación por sustitución, ya que, en mi opinión, no debe resultar perjudicado ("sancionado") el hijo, por ser víctima inocente de los actos de otros que hicieron posible la maternidad subrogada⁵⁸.

La trascendencia práctica de las ideas directrices que acabo de exponer se aprecia claramente al tratar de resolver problemas que se pueden plantear a consecuencia de la celebración de contratos de gestación por sustitución, en los siguientes supuestos: 1º cuando aporta el óvulo y lleva a cabo la gestación la misma mujer, que es inseminada con material genético del varón de la pareja comitente; y 2º cuando una madre sustituta gesta el embrión de la pareja comitente, a la que pertenecen, pues, todos los gametos. Como el art. 10 Proyecto no especifica si se refiere a uno de estos supuestos o a ambos, presupongo e interpreto que es aplicable a los dos.

7.1. Aportación de óvulos y gestación del niño por la misma mujer

En este supuesto concurren en una sola mujer las funciones de madre genética y madre gestante. La mujer que llevará a cabo la gestación con su propio material genético recibe el espermatozoides del marido o compañero de la mujer estéril.

En realidad, a esta práctica (pero por el procedimiento tradicional, en la alcoba), ya se recurría en tiempos remotos para remediar la esterilidad femenina. La Biblia la menciona en varias ocasiones cuando Sarai⁵⁹, Rachel⁶⁰ y Lia⁶¹ proponen a sus esposos que cohabiten con sus respectivas esclavas Agar, Bala y Zelpha, para tener descendencia.

que los principios de intervención mínima y de proporcionalidad desaconsejen la opción de la vía penal. No obstante, es claro que si la opción legal española sigue desaprobando este tipo de prácticas, existen otro tipo de medios jurídicos para evitarlas que son a la vez más eficaces y menos extremos, por la vía del control de las actividades de los centros, que están sujetos a las potestades administrativas de autorización e inspección para ejercer sus actividades" (*op. loc. cit.*, p. 66).

⁵⁸ Sic, DEKEUWER-DEFOSSEZ, «Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille», RTDC, 1995, p. 269.

⁵⁹ Génesis, 16

⁶⁰ Génesis, 30. 1 a 8

⁶¹ Génesis, 30. 9 a 13

Se justifica plenamente la atribución legal de la maternidad a la mujer gestante en este caso porque lleva en su seno un niño concebido con aportación de sus propios óvulos. No obstante, se puede plantear un grave problema si esta mujer no desea asumir jurídicamente la maternidad

Como la paternidad del varón de la pareja comitente podrá determinarse incluso judicialmente si es el progenitor biológico por preverlo expresamente el art. 10.3 Proyecto, por el bien del menor parece que de suceder así, cuando el niño conviva con la pareja comitente debe permitirse la adopción por parte de la mujer que deseó desde un principio asumir la maternidad, siempre que la mujer que lo trajo al mundo, tras ser determinada su maternidad, asienta la adopción (art. 177. 2. 2º C.c.)⁶².

En esta línea la *Cour de Paris* se pronunció a favor de la adopción plena por parte de la esposa del padre del niño concebido por una madre sustituta inseminada con semen de aquél (del marido y padre), por entender que la ilicitud de la obligación de la madre portadora y el eventual pronunciamiento de la adopción son dos problemas diferentes, y que la nulidad radical del acuerdo original no impide forzosamente a los Magistrados pronunciar la adopción solicitada si están convencidos de que es conforme al interés del niño⁶³.

Sin embargo, un *arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation* de 31 mayo 1991⁶⁴, al resolver un recurso en interés de la ley interpuesto contra un *arrêt de la Cour de Paris* de fecha 15 junio 1990⁶⁵, consideró ilícita

⁶² Referidas al supuesto que ahora examino estoy de acuerdo con las siguientes observaciones de MARTÍNEZ-PEREDA/MASSIGOGUE: "Estimamos que no debe verse aquí un *fraudem legis*, porque el legislador no prohíbe tal adopción, lo que hace es que en el conflicto y colisión de intereses entre la madre gestante y la genética (y con mayor razón en la de encargo) decida a favor de la primera maternidad, pero después de tal declaración y producido el nacimiento del niño y su inscripción en la que conste su filiación materna a favor de la portadora, no existe prohibición alguna" (*op. cit.*, p. 153)

⁶³ Véase, HUET-WEILLER, «Détournement de l'adoption (L'illicéité de la maternité de substitution et de l'adoption subséquente)», *RTDC*, 1991, p. 517.

⁶⁴ Vide, THOUVENIN, «Note, Cour de Cassation, 31 mai 1991», *D.*, 1991, *Jurisprudence*, p. 417 y ss.; HUET-WEILLER, «Détournement de l'adoption...», *loc. cit.*, 1991, p. 517 y ss.; y CADOU, «La 'biologisation' du Droit de la filiation», *Le Droit saisi par la biologie*, Paris, 1996, p. 29.

⁶⁵ Puede consultarse sobre esta sentencia, BOULANGER, «Note, Cour d'Appel de Paris, 15 juin 1990», *D.*, 1990, *Jurisprudence*, p. 540 y ss.; RUBELLIN DEVICHI, «Mère porteuse et filiation», *RTDC*, 1990, p. 458; y HONLET, «Adaptation et résistance de catégories substantielles de Droit privé aux sciences de la vie», *Le Droit saisi par la biologie*, Paris, 1996, p. 285.

la adopción por entender que es la última fase de un proceso destinado a permitir a una pareja acoger en su hogar a un niño concebido en ejecución de un contrato que persigue que sea abandonado a su nacimiento por su madre y, por tanto, tal procedimiento atenta contra los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas, y constituye una desviación de la finalidad de la institución de la adopción⁶⁶.

Ha criticado cierta doctrina francesa la posición adoptada por *l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation* en el *arrêt* de 31 mayo 1991, por ser injusta respecto de los niños⁶⁷. Un lamentable asunto decidido por la *Cour de Cassation* el 29 junio 1994⁶⁸ muestra bien resultados concretos, perniciosos para el niño, derivados de tal postura. En este supuesto una niña nació de una madre sustituta (que había sido inseminada con el semen del varón de la pareja comitente) y fue entregada a la esposa del padre biológico. La pareja comitente se divorció y el padre, que había reconocido a la niña, se negó a consentir la adopción de ésta solicitada por su ex esposa, que había tenido a la menor con ella y la había criado como una madre desde su nacimiento⁶⁹. Por esto la *Cour d'Appel* de Poitiers, al decidir sobre este asunto en sentencia de 22 enero 1992 consideró que procedía la adopción simple no sólo por ser la solución más conforme con el interés de la niña, sino también porque ésta no debe sufrir las consecuencias de los errores de los adultos. Sin embargo, la *Cour de Cassation*, al resolver el recurso interpuesto contra esta decisión, aplicó la doctrina de su *arrêt* de 31 mayo 1991 y no permitió la adopción. Este caso demuestra que la postura de la *Cour de Cassation* privilegia indebidamente al padre que no es menos culpable en el asunto, y priva al hijo de tener una filiación materna determinada puesto que su madre genética y gestante lo ha abandonado y su madre de deseo no puede adoptarlo⁷⁰

⁶⁶ Comenta con cierto detenimiento estos argumentos GOBERT, en «Réflexions sur les sources du droit et les 'principes' d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution)», *RTDC*, 1992, p. 504 y ss.

⁶⁷ Véase en particular, DEKEUWER-DEFOSSEZ, en «Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille», *loc. cit.*, p. 268; y en «Droits de l'enfant», *D.*, 1992, *Somm.*, pp. 59 y 60.

⁶⁸ Puede consultarse sobre esta sentencia, CHARTIER, «Note, Cour de Cassation, 29 juin 1994», *D.*, 1994, *Jurisprudence*, p. 581 y ss.; y HAUSER, «Maternité de substitution: la fronde poitevine n'était qu'une révolte, pas une révolution», *RTDC*, 1994, p. 842.

⁶⁹ Pueden verse comentarios del *arrêt* de 22 enero 1992 de la *Cour d'Appel* de Poitiers en VASSAUX-VANOVERSCHELDE, «Droits de l'enfant», *D.*, 1993, *Somm.*, p. 119 y ss.; y en HAUSER, «Maternité de substitution, une fronde poitevine?», *RTDC*, 1992, p. 553.

⁷⁰ Sic, DEKEUWER-DEFOSSEZ, «Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille», *loc. cit.*, p. 268.

Además, como observan algunos autores⁷¹, el efecto disuasorio que persigue la *Cour de Cassation* con el citado *arrêt* de 31 mayo 1991 puede no conseguirse si las parejas afectadas son más discretas y la esposa estéril presenta el niño del que solicita la adopción como nacido de las relaciones adulterinas de su esposo que ella generosamente perdona⁷²

Los datos recién expuestos sobre el Derecho francés me llevan a concluir que, como ya insinué antes, lo mejor para el niño es permitir su adopción por la madre de deseo en el supuesto al que me acabo de referir.

7.2. Gestación del embrión obtenido *in vitro* con el material genético de la pareja comitente

En este supuesto, a diferencia del anterior, la mujer que lleva a término la gestación es mera madre portadora porque no ha contribuido con sus óvulos a la concepción del hijo. De ahí que la solución legal de atribuir la maternidad a la mujer que da a luz sólo se justifica, con más razón en este caso, cuando hay conflicto de maternidades, porque si no existe tal conflicto la madre genética debe poder asumir la maternidad que la madre gestante no desea, por el bien del hijo. Esta posibilidad creo que debería articularse permitiendo a la madre genética impugnar la maternidad de la gestante, siempre que reclame al mismo tiempo la propia maternidad (ex art. 134 C.c.). De tal suerte que si en el futuro, ya vigente el Proyecto de ley, la madre gestante se opone alegando la aplicación del art. 10.2 Proyecto deberá desestimarse la demanda porque, como antes argumenté, al existir conflicto de maternidades se impondrá aplicar dicho precepto. Si se atribu-

⁷¹ Véase, HUET-WEILLER, «Déournement de l'adoption...», *loc. cit.*, p. 518; DEKEUWER-DEFOSSEZ en «Droits de l'enfant», *loc. cit.*, p. 60; DREIFUS-NETTER, «La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers», *RTDC*, 1996, p. 17; HAUSER, «L'enfant au porteur mais pas à la porteuse: du contournement de l'article 16-7 nouveau du code civil», *RTDC*, 1996, p. 377; y BOSSE-PLATIÈRE/TRILLAT, *op. loc. cit.*, p. 596.

⁷² En el Derecho francés no se sanciona a la madre portadora, ni a la pareja comitente, pero se castiga penalmente a los intermediarios. Tras la entrada en vigor de la *loi n.º 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain (arts. 3 y 4)*, dispone el art. 16-7 *Code civil*: «Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle»; y el art. 227-12 *Code pénal*: «Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double» (*vide, D.*, 1994, *Législation*, p. 406; y SALAT-BAROUX, *Les lois de bioéthique*, Paris, 1998, pp. 34 y 35).

yera legitimación activa a la mujer gestante para impugnar su maternidad por no existir un vínculo genético entre ella y el hijo que alumbró⁷³, nos podríamos encontrar con el inconveniente de que en caso de prosperar la acción de impugnación la madre genética no determinase su maternidad, con la consecuencia no deseable y paradójica de que entonces el hijo se quedaría sin madre aun teniendo en teoría dos, una genética y otra gestante.

Pienso que también debería reconocerse legitimación al hijo para reclamar la maternidad genética e impugnar la maternidad de la mujer gestante *ex art.* 134 C.c., pero haciendo la salvedad de que si cualquiera de las mujeres implicadas se opone o invoca la aplicación del art. 10.2 Proyecto, por denotar esta actitud la existencia de contienda sobre la maternidad, este precepto debería ser aplicado.

Me parece defendible la solución que acabo de exponer porque creo que en nuestro ordenamiento jurídico la maternidad, igual que la paternidad, tiene como fundamento el vínculo genético que une biológicamente a padres e hijos. Lo que sucede es que en algunos preceptos legales se presupone que la mujer de la que procede el material genético es la misma que la que gestó y alumbró al hijo, porque hasta hace poco no podía ser de otro modo⁷⁴. De ahí que para demostrar la maternidad antes se exigía la prueba del parto y de la identidad del hijo porque éstos son hechos ostensibles y tangibles que con los medios de prueba tradicionales (*v. gr.* mediante prueba testifical) se pueden acreditar, mientras la prueba de la relación genética resultaba en el pasado imposible o era poco fiable.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil confirma esta interpretación en cuanto en su art. 767.3 ("Aunque no haya prueba directa,...") se ha suprimido la alusión expresa al parto que contenía el derogado art. 135 C.c. (Aunque no haya prueba directa de la generación o del *parto*,...), supresión que debe interpretarse en el sentido de que la prueba directa de la maternidad se logra de la misma manera que la de la paternidad, mediante

⁷³ Parece correcto reconocer a la madre gestante legitimación activa para impugnar su maternidad cuando se le transfirió el óvulo de otra mujer fecundado *in vitro* sin o contra su voluntad (*vide*, PANTALEÓN PRIETO, "Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida", *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, p. 652) y, conforme al art. 139 C.c., cuando hubo suposición del parto o no es cierta la identidad del hijo (*vide*, MARTÍNEZ-PEREDA/MASSIGOGUE, *op. cit.*, p. 150).

⁷⁴ Véase en sentido parecido PANTALEÓN, «Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 651.

pruebas biológicas (*v. gr.* análisis del ADN), altamente fiables y solventes, casi imprescindibles en la actualidad, diría yo, en los procesos de filiación, sin perjuicio de que también puede demostrarse la maternidad mediante otras pruebas acreditando el parto y la identidad del hijo. Hechos éstos que tras la entrada en vigor de la LEC y en lo sucesivo quizás habrá que considerar como “otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo” conforme al art. 767.3 LEC ya que no los menciona expresamente este precepto.

No sería desde luego defendible la posición que asumo si como en Alemania se hubiera establecido con carácter general en el Código civil que madre es la mujer que da a luz (*cf.* § 1591 BGB) sin que se pueda impugnar la maternidad –a diferencia de la paternidad– por falta de vínculo genético⁷⁵.

Además en el Derecho alemán queda excluido el ejercicio de una acción de filiación declarativa de la maternidad genética porque en la actualidad sólo es admisible ejercitar una acción de filiación de reclamación de la maternidad con el fin de aclarar si la mujer cuya maternidad se reclama ha dado o no a luz al supuesto hijo⁷⁶.

Como la solución que defiendo cuando la madre portadora no desea asumir la maternidad en el supuesto ahora examinado, cuenta con un claro fundamento legal en nuestro ordenamiento jurídico, pues a diferencia de lo dispuesto en el vigente Derecho alemán, con carácter general, madre es la mujer de la que el hijo genéticamente descende, me parece peor solución que la propuesta, porque supondría forzar los textos legales innecesariamente, admitir la posibilidad de que la madre genética adopte a su

⁷⁵ Tras entrar en vigor el 1 de julio de 1998 la ley de reforma del Derecho de filiación (*Kindschaftsreformgesetz*), el § 1591 BGB establece –pensando en los casos de fecundación asistida en que exista disociación entre la maternidad biológica de la mujer gestante y la maternidad genética de la mujer que aporta los gametos– que madre es la mujer que da a luz (y no aquella de la que el hijo genéticamente descende). Con esta solución sigue vigente el principio *mater semper certa est*, pues lo decisivo a efectos de atribuir la maternidad es el hecho tangible y ostensible del parto y no el dato imperceptible y oculto de la procedencia genética (véase, GAUL, “Ausgewählte Probleme des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts im neuen Abstammungsrecht”, *FamRZ*, 2000, p. 1473).

⁷⁶ Véase, GAUL, *op. loc. cit.*, p. 1473; y RAUSCHER, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Viertes Buch, Familienrecht*, Berlin, 2000, p. 167 y ss.

propio hijo⁷⁷, ya que conforme al art. 175.3.1º C.c. no puede adoptarse a un descendiente.

Por último, como reflexión final, invito a meditar, atendiendo al interés del (futuro) hijo, sobre el sentido que puede tener, de un lado, prohibir la gestación por sustitución cuando la mujer gestante no aporta el óvulo y, de otro, permitir la donación anónima de gametos. ¿No es acaso más perjudicial para el hijo ésta que aquélla, porque deliberadamente se le impide conocer a su progenitor biológico?.

Abreviaturas

AA VV	Autores varios
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADN	ácido desoxirribonucleico
BGB	Bürgerlichengesetzbuch
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
C.c.	Código Civil
CE	Constitución Española
CF	Ley 9/1998, de 15 de julio, Código de familia catalán
chr.	chronique
D.	Recueil Dalloz & Sirey
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
FAC	fecundación asistida realizada con gametos del cónyuge o del varón de pareja no casada

⁷⁷ Sin embargo, parecían inclinarse por esta solución, antes de entrar en vigor la LEC/2000, SALVADOR IDRACH, *op. loc. cit.*, pp. 5195 y 5201; OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España. Jurisprudencia y doctrina*, Granada, 1993, pp. 412 y 413; HERNÁNDEZ IBAÑEZ, "La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada", *AC*, 1988, p. 3045; y MARTÍNEZ-PEREDA/MASSIGOGÉ, *op. cit.*, p. 153.

En el Reino Unido, de la *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* resulta, como regla general, que en los casos de maternidad subrogada, madre es la mujer que gesta y da a luz al hijo (section 27). No obstante, como esta solución puede ser injusta, los padres genéticos cuentan con la posibilidad de solicitar al tribunal que dicte una *parental order* para ser tratados como padres legales (section 30). Véase, LEE/MORGAN, *Human Fertilisation & Embryology*, London, 2001, pp. 218 y 219; CRETNEY, *Family Law*, London, 2000, p. 201; y STANDLEY, *Family Law*, London, 2001, pp. 208 y 209.

FAD	fecundación asistida practicada con gametos de un tercero o donante
<i>FamRZ</i>	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
<i>La Ley</i>	Revista jurídica española La Ley
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LRC	Ley del Registro civil
<i>Rev. Der. Gen. H.</i>	Revista de Derecho y Genoma Humano
<i>RGD</i>	Revista General del Derecho
<i>RIDC</i>	Revue Internationale de Droit Comparé
RRC	Reglamento del Registro Civil
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional Aranzadi
<i>RTDC</i>	Revue Trimestrielle de Droit Civil
<i>Somm.</i>	Sommaire
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch