

Capítulo 1: La inseminación artificial

1.1 Reflexiones primarias de la reproducción asistida

Hoy en día, muchas personas conocen en qué consiste la reproducción asistida a grandes rasgos: se le ubica como una solución factible frente a los problemas de reproducción. En efecto, actualmente es muy difícil que no se le encuentre solución a problemas de este tipo.

La ciencia puede –a través de ciertos controles- producir un hijo sin espermatozoides o una mujer sin óvulos a partir únicamente de las células germinales y –si así lo requieren las personas- ya no es necesario el ejercicio de la sexualidad para tener descendencia. Junto a esos avances científicos, se vuelve indispensable y pertinente una legislación que una todos los cabos sueltos y situaciones especiales que se generan. Problemas como los embriones sobrantes y su conservación, la elección de los mismos, los donantes, las madres solteras y otros muchos, implican gran cantidad de problemas éticos que, a la par de las agendas legislativas, requieren un intenso debate social.

La Bioética ha experimentado un gran auge en los últimos años en todos los países desarrollados, debido a los grandes cambios producidos en la atención médica a personas, sin duda los más significativos en los más de tres mil años de la historia de la medicina. La ética trata de valores y aporta una metodología para abordar los conflictos de valores frecuentes en las decisiones que se toman en el sector salud.

La Bioética también ha conocido un desarrollo jurídico importante en los diez últimos años, con una legislación ya específica, que afecta a la ley General de Sanidad. Muestra de ello son las leyes de las técnicas de reproducción asistida, la ley de uso de tejidos embrionarios y fetales, las leyes de trasplantes. No se trata de que todos los países desarrollen normas de bioética, sino que en ellas se regulan los cambios que se producen en el campo de la ciencia, cambios que tienen en cuenta las nuevas tecnologías que afectan de forma directa al ser humano.

Los medios especializados y de información en general han recogido los debates sobre conflictos originados por cambios jurídicos en sanidad y conflictos de valores. Ejemplos de ello son los debates sobre la eutanasia o sobre la oveja Dolly que más que una entidad biológica es ya un icono cultural. El debate sobre esta oveja es un reflejo de los temores de la ciencia y lo que su poder ha de provocar, en parte del público y su preocupación acerca del futuro del hombre en la era biotecnológica.

Han transcurrido ya más de veinticinco años del nacimiento de la primera niña originada por un procedimiento de fecundación *in vitro*. Se calcula que, después de ella y hasta hoy, han nacido en todo el mundo más de un millón de niños obtenidos mediante ese mismo proceder. Durante estos años, el recurso a las técnicas de reproducción asistida ha conocido una progresiva difusión por muchos países, impulsando a los gobiernos de muchas naciones a elaborar normas legislativas específicas que regulen las complejas técnicas ligadas al empleo de estos procedimientos.

Aunque ciertamente la investigación científica en este sector ha traído crecientes recursos humanos y económicos con el propósito de hacer más eficaces las técnicas de reproducción artificial, no se ha conseguido, sin embargo, un incremento sustancial de las tasas de niños nacidos por ciclo de tratamiento. Sigue siendo tan baja que si se diera en otros tratamientos médicos sería interpretada como señal clara de una eficiencia técnica muy pobre. Por otra parte, en el caso de la reproducción artificial, una cifra tan baja de éxitos, además de representar un dato estadístico de ineficacia técnica, tiene como triste consecuencia mucho sufrimiento y desilusión por parte de las parejas que ven frustradas sus esperanzas de llegar a ser padres. Y, por desgracia, este dato estadístico negativo está trágicamente ligado a una enorme pérdida de embriones humanos, dado que las mayores dificultades operativas que siguen presentándose en las técnicas de reproducción humana asistida se refieren precisamente al proceso de anidación y desarrollo ulterior del embrión.

Hay que señalar que la intervención de la medicina en el ámbito de la procreación se emprendió bajo el signo de una benéfica ‘curación de

esterilidad', dirigida a muchas parejas afectadas por esa condición y movidas por un sincero deseo de ser padres.

Por otra parte, los datos hoy disponibles demuestran que aumenta el porcentaje de parejas estériles, en particular en la sociedad occidental, lo que traslada a la ciencia el deber fuerte de identificar las causas de esterilidad y de buscarles remedio. Esa esterilidad original ha ido cambiando con el paso del tiempo. De un lado, tal cambio se manifiesta en un planteamiento autocomplaciente que, ante el elevado número de casos de esterilidad por causas indeterminadas y sin preocuparse por agotar la investigación en diagnósticos y clínicas, establece el apresurado recurso a las técnicas de reproducción asistida como única forma de tratamiento útil. Del otro lado, se perfila en el horizonte un fenómeno todavía más inquietante: nos referimos a la instalación progresiva de una nueva mentalidad, según la cual el recurso a las técnicas de reproducción asistida podría representar, con respecto a la vía 'natural', el proceso directo y preferencial de traer al mundo un hijo, pues por medio de estas técnicas es posible ejercer un 'control' más eficaz de la calidad del concebido para ajustarla a los deseos de quien lo encarga.

Todo ello contribuye a considerar al hijo obtenido mediante las técnicas de reproducción asistida como si fuera un 'producto', remitido a controles exigentes y cuidadosamente seleccionados. La consecuencia dramática de esta nueva actitud es la eliminación sistemática de aquellos embriones humanos que resultan carentes de la calidad considerada 'suficiente' de acuerdo con los parámetros y criterios inevitablemente cuestionados. Se dice por los médicos especialistas que la infertilidad humana es la incapacidad para lograr el embarazo dentro de los doce meses con una frecuencia coital mínima de dos veces por semana.

La infertilidad afecta a más del 20% de las parejas. La infertilidad de causa masculina representa más del 30% del total. En otro 30% existe una causa mixta (masculina y femenina). En consecuencia, el "factor masculino de infertilidad" solo, o en asociación con "factores femeninos", se encuentra presente en más de la mitad de los casos de las parejas que consultan

opciones por no lograr el embarazo ‘natural’. Estos números demuestran la magnitud actual del problema, y contrastan abiertamente con los datos conocidos varias décadas atrás, cuando las causas masculinas apenas llegaban al 10% del total de los casos.

El factor masculino de esterilidad existió desde siempre, pero permaneció oculto –total o parcialmente– durante mucho tiempo por diferentes razones: criterios de diagnósticos vagos, limitaciones técnicas, comprensión fisiopatológica insuficiente y conceptos erróneos que identifican potencia sexual con fertilidad masculina, frecuentemente arraigados en nuestra cultura. La infertilidad conyugal es un problema de dos; por tanto, el estudio debe encararse en forma conjunta con el ginecólogo experimentado en reproducción humana.

El ritmo de vida actual y el retraso por parte de la mujer en la edad a la que decide tener descendencia incide directamente en la fertilidad. También afectan factores biológicos como el descenso en la concentración y calidad de los espermatozoides en los hombres, y otros como el estrés, la contaminación, el alcohol y el tabaco que influyen en la fertilidad tanto masculina como femenina.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoce la esterilidad como una enfermedad, pero la trata como una patología.

El siglo XX se ha caracterizado por los grandes esfuerzos tendientes a mejorar, conservar y prolongar la vida humana. Pero los avances y estudios médicos no se han limitado solamente a tratar de prolongar la vida humana, sino también han buscado el inicio de la vida. Por otro lado, no podemos olvidar las inquietantes y aterradoras posibilidades de la partenogénesis o reproducción “clónica” o asexual, que no quieren permanecer por mucho tiempo confinadas a los estrechos límites de laboratorios de experimentación. La inseminación artificial de seres humanos es desde hace bastante tiempo una franca realidad, sea cual fuere la opinión que de ella se tenga.

La Comisión Nacional de Reproducción Asistida de España, el órgano consultivo del gobierno en esta materia, apoyó el día 24 de mayo de 2004 sin ambages, la posibilidad de que se puedan engendrar bebés a la carta si su nacimiento sirve para salvar la vida de un hermano con una enfermedad incurable. Los expertos consideran que la actual legislación española debería modificarse para permitir la selección genética de embriones con fines terapéuticos.

Los 25 expertos que componen la Comisión Nacional de Reproducción Asistida de España se comprometieron a realizar una propuesta concreta que permita dar viabilidad jurídica a esta posibilidad, antes de que la normativa actual sea modificada.

La Comisión también se mostró a favor de que se aprueben unos supuestos flexibles con los que se permitirá fecundar más de tres ovocitos por ciclos en los procesos de reproducción asistida, para saltarse así el límite máximo que actualmente fija la ley española.

El asunto de la selección de embriones terapéuticos había sido planteado por el Instituto Valenciano (IVI), después de que cinco parejas solicitaran la posibilidad de tener un segundo hijo, cuyo embrión fuera seleccionado antes de ser implantado.

El objetivo era que tuviera unas características genéticas concretas que le permitirían salvar a un hermano con una enfermedad genética incurable y mortal, como la llamada “anemia de Fanconi”. La ley española actual, en su artículo 12, limita las finalidades y usos de los diagnósticos de embriones antes de ser implantados en la mujer, los expertos españoles consideran que no se ha visto ningún inconveniente ético ni científico en la petición que se les ha formulado porque, de hecho, ya se hacen diagnósticos preimplantacionales para evitar enfermedades genéticas a los futuros hijos, así que, ‘si de paso salvas a otro, mejor’, dijo la Comisión.

Decía el Papa Juan Pablo II en *Evangelium Vital*, núm.60: “El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su

concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida”.

Dados los espectaculares avances que se han producido en el desarrollo científico, sobre todo a partir de los últimos años del siglo XX, en el campo de la genética, hemos de manifestar que también se han producido cambios fundamentales en las concepciones básicas del ser humano que afectan al propio origen del hombre. El descubrimiento de la biomedicina y de la biotecnología moleculares ha dado lugar a que los científicos puedan realizar en el laboratorio la fertilización de un ovocito por un espermatozoide, el seguimiento de su desarrollo desde el inicio del proceso o la actuación sobre sus estructuras embriológicas con manifestaciones diversas; también pueden transferir los embriones al útero de una mujer con fines procreadores y lograr la gestación a término como ocurre de forma natural. Por otro lado, como ha puesto de manifiesto Femenia López, tratándose de células o estructuras relacionadas con la intimidad y el origen de la vida humana, su disponibilidad por parte del médico o del investigador y las implicaciones que de ellas puedan derivarse, suscita amplias opiniones desde perspectivas biomédicas, sociales, éticas y desde luego jurídicas. Los criterios son frecuentemente encontrados, y no pocas veces lastrados por convicciones de variada extracción (López, 1999). Los legisladores no han tenido más remedio que intervenir en estas cuestiones regulando las técnicas de reproducción humana asistida por medio de distintas leyes.

El debate social generado en torno a la genética humana y a sus múltiples aspectos no es patrimonio exclusivo de los investigadores y profesionales relacionados con la aplicación de estas cuestiones, ni tampoco de los legisladores que adecuan esos conceptos a un uso racional de ellos. Es a toda la sociedad a quien competen dichos temas y comprenden múltiples facetas, todas ellas objeto de discusión bajo diferentes ámbitos. Procede, pues, una integración de los distintos aspectos que afectan al genoma humano desde la vertiente de desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana.

La lógica fascinación que provocan los constantes descubrimientos y avances de la genética no deben hacernos olvidar el aspecto profundo moral y ético de la persona y será necesario conjugar la filosofía, la ética y el Derecho con la biología y las ciencias experimentales de una forma armónica. Uno de los objetivos del Derecho es proteger valores individuales y colectivos tanto reconocidos como los nuevos, necesitados de identificación y merecedores de protección si carecen de ella. En este sentido, las investigaciones sobre el genoma humano, los embriones, sus posibles aplicaciones sobre la estructura del individuo abren un campo de posibilidades no exentas de riesgos.

El jurista se encuentra cada vez con más frecuentes obstáculos a los que ha de enfrentarse inevitablemente cuando pretende analizar una realidad social nueva y sobre todo cuando en ésta han influido de forma decisiva los avances científicos y tecnológicos. Para poder llevar a cabo con éxito el análisis jurídico de la realidad social que se ha propuesto como objetivo, el jurista requiere un conocimiento lo más acertado y fiel posible de esa realidad, es decir, del objeto de la valoración jurídica.

Hay temas que pueden chocar con la ética y la moral. Pensemos por ejemplo en la manipulación genética, la selección artificial de la raza humana y la clonación de individuos entre otros. Cuestiones tan importantes como la búsqueda del momento exacto en que el embrión es sujeto de derechos, de si el embrión debe soportar sin límites todo tipo de manipulaciones, de si debe ser considerado como una expectante persona humana y por tanto digna de protección, se nos viene a la mente continuamente una pugna entre protección y experimentación.

En este texto se van a tratar aspectos diferentes de temas relacionados de forma estrecha: la reproducción asistida, la experimentación embrionaria y su conexión con los aspectos jurídicos; en especial, se abordará la cuestión del estatuto jurídico del embrión.

En su momento, al elegir este tema para mi tesis doctoral en 2004, consideré su enorme actualidad y también que en México no existía una

legislación concreta sobre esta materia (sólo unos artículos en el Código Penal Federal, así como alguna referencia en los códigos de algunos estados de la República Mexicana). Esa es la explicación de que se utilicen, sobre todo, antecedentes y legislación española.

1.2 Los orígenes de la inseminación y el rechazo católico

Escribió el Doctor Herrera Campos, en su libro *La Inseminación Artificial. Aspectos doctrinales y Regulación Legal española* (1991), que el nacimiento y la muerte no son ya los simples datos que hablan de la vida de un individuo. Debido a la evolución de las ciencias médicas, procesos tales como la fecundación y el nacimiento, enfermedad y muerte, pierden de manera creciente su carácter natural; hasta cierto punto, se convierten en procesos sociales disponibles; en cuanto tales están supeditados -como todos los procesos técnicos- a la condición de que han de transcurrir limpia y fiablemente. Lo decisivo para que surja una nueva vida no es ya el amor, la potencia y un seno fértil: la fertilidad es una cuestión –aunque por ahora sólo en una minoría de los casos – de trabajo en equipo de anestelistas y cirujanos, de sociólogos y bioquímicos.

La inseminación artificial podemos decir que tiene ya una dilatada historia. Persigue, en principio, luchar contra la esterilidad o la infertilidad en aquellas personas que, aun pudiendo realizar la unión sexual, no pueden tener descendencia, pero, también se da el caso, que debido al rápido progreso de las técnicas científicas se corre el riesgo de que no siempre se utilicen para un medio loable, remediar la esterilidad por ejemplo y, se utilicen para manipulaciones o intentos genéticos de corte racista o de alumbramiento de realidades contra natura.

Antes de iniciarse las técnicas de reproducción en el ser humano se ensayaron en animales. Ya los babilonios y los árabes practicaron las técnicas de la inseminación artificial, descubrieron que las plantas pueden reproducirse sin cópula llevando a cabo la polinización de forma artificial, y lo hicieron con palmeras para obtener más dátiles, pues éste era uno de los mejores alimentos de la época; también utilizaron estas técnicas en la

piscicultura, destacando las actividades llevadas a cabo por el monje borgoñón de la Abadía del Raune en el siglo XIV (De Vicianá, 1957). La fecundación artificial en mamíferos es la que más se parece a la del hombre; en los animales según cuenta Eugenio Papp, el jeque árabe de Darfur en el año 1322 estando impresionado por un caballo semental de una de las tribus enemigas, observó que estaba eyaculando y cogió un manojo de crines, lo mojó en el esperma del caballo y rápidamente lo trasladó al aparato genital de una de sus yeguas que estaba en celo y, de esta forma, la yegua tuvo un potro. (Citado por Muñoz, R, Progreso de la Inseminación artificial, en el Cultivador Moderno, Núm.1, 1951, Cfr. Muñoz, en Revista Española de Obstetricia y Ginecología, No. 12, pág.228. Rodón en Los progresos de la Inseminación artificial, en el Cultivador Moderno No. 1, pág.11, citado por Vecina).

Gregorio Marañón nos cuenta que por los años 1474 se llevó a cabo por médicos españoles la fecundación artificial de la reina Juana de Portugal que era la segunda esposa de Enrique IV de Castilla, conocido con el apodo del “impotente”, con esperma de éste. Se cuenta que la fecundación no tuvo éxito por ser estéril el rey. También se dice, según la historia, que de dicha inseminación nació una niña a quién se conoce con el nombre de Juana la Beltraneja, pues se comenta que su padre fue Beltral de la Cueva perteneciente a la corte del Rey Enrique. (Marañón, 1975).

En realidad, hay que esperar hasta bien avanzado el siglo XVIII, hacia 1785 en el que el abad Lázaro Spallanzani inseminó a una perra que tuvo tres cachorros. Cuando se enteró del suceso el biólogo francés Charles Bonnet escribió una carta a Spallanzani en la que le señalaba: “No estoy seguro, pero esto que usted acaba de descubrir, puede algún día tener consecuencias de no poca importancia para la humanidad”. (Finegol, 1976:6).

Por lo que se refiere a la inseminación artificial en los seres humanos, no hay una fecha que unánimemente sea reconocida por todos como inicio de la primera inseminación con éxito, la mayor parte de la doctrina se inclina por afirmar que a finales del siglo XVIII, entre 1790 y 1799, se produjo el primer nacimiento de un ser humano como resultado de la inseminación

artificial de su madre. El cirujano John Hunter llevó a cabo la inseminación en la esposa de un comerciante de lino de Londres (Da Mota, S, Sobre inseminación artificial humana, Revista de la Facultad de Direito de Sao Paulo, núm. 55, 1960, pág.474). El doctor Sánchez Martín, catedrático de la Facultad de Medicina de la Universidad de Valencia (España) presentó ante la Sociedad de Ginecología Española un aparato de su invención, haciendo los primeros ensayos a finales del siglo XIX, se opuso mucha resistencia al aparato por creerlo contrario a la moral de la mujer, del hombre y del médico.

Durante el siglo XIX, la práctica de la inseminación artificial tuvo un desarrollo lento y fue desconocida para el público en general. El primero que en Francia hizo una inseminación artificial fue el Decano de la facultad de Medicina de París en 1808, utilizando una jeringuilla en la que introduce el esperma (del marido de la mujer a inseminar) en la vagina de la mujer. El primer libro dedicado a la inseminación artificial fue publicado en 1869 por Juces Gautter y, como señala Herrera Campos, en esta obra merecen ser señalados dos elementos, en primer lugar, la inseminación artificial puede eliminar el papel del placer sexual en la procreación y, en segundo lugar, el autor se rodea del máximo de precauciones: practica antes de la inseminación, hace un examen del esperma en el microscopio, por sí contiene microorganismos y mide el grado de acidez del líquido seminal.

Gerard Gigon en 1885 publicó su tesis doctoral en París, bajo el título Contribution a l'histoire de la fecondation artificielle. Como pone de manifiesto Herrera Campos, durante esta época hubo una gran oposición a la inseminación artificial con esperma del marido y, si se analizan las razones de esta oposición se observa que hay esencialmente dos: la primera, este método palia una deficiencia masculina, tratando el problema de la responsabilidad del varón por la esterilidad. Ahora bien, la esterilidad era mal vista en la época y es aún más inaceptable desde el momento en que se confunde función genital con función sexual. Es la condición de la supervivencia de la especie, y aquél que no puede participar de ella se entendía que traicionaba en alguna medida al grupo, en la reparación de valores entre los dos sexos. La responsabilidad masculina parecía mucho

más grave que la femenina. El hombre estéril ha sido considerado durante largo tiempo como un hombre impotente.

La segunda razón es que la inseminación artificial pasa por la masturbación, y hay que tener en cuenta la influencia que ha tenido y continúa teniendo la Iglesia Católica. Pero ¿Cuál es la opinión de la Iglesia Católica respecto de la inseminación artificial? Hemos de señalar que su postura ha sido siempre la misma: una clara y frontal oposición a las técnicas de reproducción asistida. La Sagrada Congregación del Santo Oficio el 17 de marzo de 1789, ante la creciente práctica de estas técnicas, condena sin paliativos la eutelegenesia como ilícita, si bien voces discrepantes afirmaron que esa condena no sólo se refería a las practicas entonces conocidas; sin embargo, el 9 de abril de 1945 el arzobispo de Westminster, cardenal G.W. Griffin, en su célebre aclaración a los médicos católicos de Inglaterra sobre la eutelegenesia y su tratamiento penal, afirma: “La práctica de la inseminación artificial humana fue condenada ya por la Iglesia en 1897 y un médico católico, no deberá tomar parte de manera alguna en tal clase de operaciones”.

Dentro de la propia Iglesia Católica existieron dos corrientes diferentes según se consideren los países de obediencia latina o, por el contrario, se trate de países de obediencia anglosajona. En los de ámbito latino no se acepta la inseminación artificial porque se trata de una procreación sin relación sexual y, en consecuencia, implica la práctica de la masturbación. Hay, según la iglesia, una violación de la ley natural. Esta condena va a tener como consecuencia que se produzca un paro en el desarrollo de la inseminación artificial en los países del ámbito latino.

Por otro lado, en los países de ámbito anglosajón, se continuó con estas técnicas. Aún en contra del pensamiento de la Iglesia Católica, los inicios del siglo XX van a suponer el comienzo de una carrera triunfal y la inseminación se va a llevar a cabo en los distintos países. Pío XII con ocasión del IV Congreso Internacional de Médicos Católicos celebrado el 29 de septiembre de 1949, en su sesión de clausura, sentó los siguientes principios:

1).- La fecundación artificial fuera del matrimonio ha de considerarse pura y simplemente como inmoral. Tal es, en efecto, la ley natural y la ley divina positiva, que establecen que la procreación de una nueva vida no puede ser fruto sino del matrimonio.

2).- La fecundación artificial en el matrimonio, pero producida por el elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral, y como tal debe reprobarse. Sólo los esposos tienen un derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una vida nueva, derecho exclusivo e inalienable.

3).- En cuanto a la licitud de la fecundación artificial, bástenos recordar que el deseo muy legítimo de los esposos de tener un hijo, no basta para probar la legitimidad del recurso a la fecundación artificial. (Martínez Calcerrada, 1956).

Pío XII vuelve a pronunciarse en el mismo sentido en otro gran discurso al Segundo Congreso Mundial de la Fertilidad y Esterilidad del 19 de mayo de 1956 en los siguientes términos: “La fecundación artificial sobrepasa los límites del Derecho que los esposos tienen adquirido por contrato de matrimonio, a saber: el derecho de ejercer plenamente su capacidad sexual natural en la realización natural del acto matrimonial. El contrato en cuestión no les confiere el derecho a la fecundación artificial, porque semejante derecho no está de ninguna manera expresado en el derecho al acto conyugal natural ni podría deducirse de él. Aún menos se puede derivar del derecho al niño, fin primario del matrimonio; el contrato matrimonial da este derecho porque él no tiene por objeto al niño, sino los actos naturales que son capaces de engendrar una nueva vida y destinados a ellos”. (Pío XII, discurso del Segundo Congreso Mundial de la Fertilidad y de la Esterilidad, 19 de mayo 1956, AA. 5.43, p.p.84 y s).

La fecundación artificial habida fuera de matrimonio, para la Iglesia Católica, es contraria a la unidad del matrimonio y a los derechos de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio (Pió XII en el Discurso del IV Congreso Internacional de los Médicos Católicos de 29 de septiembre de 1949, p.559). Carlo Caffara,

director del Instituto Juan Pablo II para estudios sobre el matrimonio y la familia mantiene que la fecundación *in vitro* es moralmente ilícita:

- I) Porque es un procedimiento que atenta contra un principio moral defendido repetidamente por el magisterio de la Iglesia, según confirmación de la Familiaris Consortio n° 32 del Papa Juan Pablo II) la indivisibilidad entre el aspecto unitivo y el procreativo del acto conyugal;
- II) Este procedimiento representa serios riesgos de producción de abortos;
- III) Que esta opinión es conforme con reiteradas declaraciones del Magisterio episcopal y papal (Juna O'dogherty, en el diario español "Ya", 30 de julio de 1984).

Durante el pontificado del Papa Juan Pablo II la Iglesia Católica endureció su postura sobre las técnicas de reproducción asistida y, ello se deduce de la Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe, aprobada por Juan Pablo II el día 22 de febrero de 1987, la fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes y puede dificultar su identidad; también señala la Iglesia que la congelación de embriones, aunque se realice para mantenerlos con vida, constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos, llegándose incluso en esta instrucción a solicitar a las autoridades políticas de los Estados que se prohíban estas técnicas .

En resumen, se puede decir que la postura que mantiene la Iglesia Católica es:

- 1).- Admitir la inseminación artificial homóloga y rechazar frontalmente la inseminación heteróloga.
- 2).- Por lo que se refiere a la fecundación *in vitro*, mantiene sus reticencias, puede admitirse cuando sea el único medio para remediar la esterilidad conyugal, siempre que se trate de inseminación homóloga o con semen del marido.

3).- La utilización de embriones congelados se puede aceptar como remedio a la esterilidad siempre que el embrión congelado se deposite en la mujer estéril si consienten los padres genéticos del embrión, porque ello se puede considerar una especie de adopción prenatal.

1.3 La inseminación artificial

Es la más simple de todas las formas de reproducción asistida ya que no requiere la aspiración de ovocitos. Consiste en introducir semen en la vagina, en el conducto cervical, en la cavidad uterina, o en las trompas, el día de la ovulación. Para ello debe realizarse primero una correcta monitorización del ciclo sexual femenino con el fin de conocer el día en que se produce la ovulación. Esto se logra mediante control de temperatura basal, ecografías seriales y determinaciones hormonales. La muestra de semen se deposita en un catéter especial conectado a una jeringa; la paciente se coloca en posición ginecológica, se aplica un espéculo vaginal estéril para localizar el cuello uterino o cerviz y por su orificio se introduce el catéter hacia el interior del útero depositándose allí el semen (inseminación intrauterina). Si bien la inseminación artificial es una técnica sencilla de llevar a cabo por un ginecólogo en un ambiente médico, en ningún caso deberá tratar de realizarse por manos inexpertas, ya que la manipulación de un catéter intrauterino puede llevar a graves complicaciones que pueden poner en riesgo no sólo la fertilidad, sino la vida misma de la mujer.

En estas técnicas se utiliza el semen de la pareja (IAC) o de un donante anónimo en los casos de la inseminación artificial con donante (IAD). No se necesita ningún tipo de anestesia, es una técnica indicada en aquellas parejas en la que existen dificultades para que los espermatozoides atraviesen el moco del cuello uterino o existen problemas por parte del hombre en depositar el semen en el interior de la vagina (IAC). También, en los casos en los que existe una ausencia total de espermatozoides, o en los que no teniendo la mujer una pareja estable desea concebir un hijo (IAD).

Estamos convencidos de que la práctica masiva de la inseminación artificial, al igual que otros descubrimientos de la medicina moderna, puede producir profundas consecuencias jurídicas. Estas consecuencias incluyen tanto al Derecho Civil como al Derecho Penal. En el campo de las obligaciones, los posibles conflictos son evidentes en lo que se refiere a la responsabilidad profesional de los médicos. Pero es en el campo del Derecho de Familia donde las posibles repercusiones jurídicas de la inseminación artificial son más claras e intensas.

En efecto, son altas las posibilidades de conflictos tanto en el campo de la filiación del hijo nacido con motivo de una inseminación artificial, como en lo relativo al matrimonio en que ese hijo nace, como en lo que se refiere a los alimentos. Igualmente se plantean problemas en materia sucesoria que expondremos en su momento.

El semen se obtiene por masturbación del varón o bien por biopsia testicular. Posteriormente este semen sufre un proceso de preparación que consiste en el incremento de la concentración de espermatozoides utilizando técnicas de centrifugación. Bajo el término de inseminación artificial asistida se engloban distintos procedimientos que se clasifican en función de la forma de introducir los gametos o un embrión en el aparato genital de la mujer. Se distinguen tres tipos de procedimientos según Vega Gutiérrez, que son:

“1º procedimientos consistentes en la obtención de uno solo de los gametos (femenino o masculino) y su transferencia al cuerpo de la mujer donde tiene lugar la fecundación.

2º Procedimientos que implican la obtención de ambos gametos, masculinos y femeninos, y su transferencia al cuerpo de la mujer, donde tiene lugar la fecundación.

3º Procedimientos que llevan consigo la fecundación *in vitro* y su posterior traslado de los embriones al cuerpo de la mujer”. (Vega, 1993: 19).

En definitiva, es artificial cualquier procedimiento, excepto el coito, mediante el cual se consigue la fecundación de la mujer introduciendo el espermatozoides en el aparato genital femenino. Por lo tanto, la artificialidad de la inseminación reside en la forma de introducir el semen en la mujer y, en ciertos casos, en el modo de obtener el semen, el resto del proceso en la inseminación artificial es completamente natural.

1.4 La fecundación *in vitro* (FIV)

La fecundación artificial o extra corpórea con transferencia embrionaria más conocida como fecundación *in vitro*, constituye la solución para un elevado número de parejas que por razones que van desde causas orgánicas, funcionales o posquirúrgicas, hasta psicológicas, no han podido concebir un hijo en lapso de tiempo prudencial, habiendo realizando otros tratamientos alternativos. La FIV consiste en la obtención de un ovocito maduro por medio de técnicas médico-quirúrgicas y de espermatozoides masculino para su fecundación a nivel de laboratorio y su posterior implantación en el seno materno, evitando una serie de pasos que deberían ocurrir naturalmente en el aparato reproductor femenino.

Cada vez es mayor el número de parejas que no pueden tener un hijo por el procedimiento natural. Esta técnica acoge bajo su denominación una serie mayor de procedimientos cuyo denominador común es que la fecundación se realiza fuera del útero. A la mujer se le implanta el fruto de esta fecundación después de su manipulación en un laboratorio.

La FIV puede ser una técnica convencional cuando los doctores extraen un ovocito de la mujer y es fecundado con el espermatozoides en un laboratorio. Posteriormente se deposita en el útero. También es FIV la que se produce a través de la donación de ovocitos. Las pacientes cuyos ovocitos no tienen la calidad para originar la gestación pueden acceder a los ovocitos donados por otras mujeres jóvenes y sanas. De este modo la fecundación se realiza con un ovocito donado de forma anónima que se fecunda con el semen del futuro padre. La fecundación se controla también vía laboratorio.

La FIV se empezó a practicar sin mucho éxito en animales, tales como ratas, conejos, ovejas y vacas a finales del siglo XIX. Los experimentos a nivel humano se inician en la década de los años treinta, pero para obtener cierto éxito hay que esperar hasta los sesenta. Cabe recordar que hacia el año 1963 la prensa mundial anunciaba que el profesor boloñés Petrucci había conseguido en ciertas ocasiones, a nivel de laboratorio, la fecundación de células germinales “*in vitro*” que se desarrollaron hasta tres y cuatro semanas, sin ser transferidas al útero.

Serían los doctores ingleses Robert Edwards, Barry Babisster y Patrick Steptoe quienes el 25 de julio de 1978 lograron el nacimiento del primer bebé de probeta, la niña Louise Brown (inglesa), en el hospital público de Oldham (Manchester, Inglaterra) con gametos de sus padres John y Lesly Brown.

En marzo de 1984 nació en los Ángeles, EEUU, el primer bebé de un óvulo fertilizado, pero de otra mujer diferente a la gestante.

En abril de 1984 nació en Melbourne, Australia, la niña Zoe Leyland de un embrión previamente congelado, lo cual dio lugar a que los australianos fuesen los primeros en realizar procesos de congelación de embriones humanos con éxito. Para llevar a cabo la FIV se exigió un estudio previo, llamado “screening” de aquellas personas cuyas células germinales van a ser utilizadas en este proceso de reproducción asistida, para evitar en lo posible enfermedades hereditarias del niño. Una vez conseguida la fecundación *in vitro*, y en el momento ulterior considerado óptimo, se procede al traslado o transferencia de los embriones (TE), normalmente se transfieren tres, al interior del útero de la mujer, conociéndose este proceso como FIVTE (Fecundación *In Vitro* con Trasplante de Embriones).

Según ponen de manifiesto F. Bonilla-Musoles y A. Pellicer, cabe distinguir varias fases (control del ciclo menstrual, obtención del ovocito, preparación de los espermatozoides, fertilización, crecimiento del embrión y transferencia del embrión) en las técnicas desarrolladas por Steptoe y Edwards para evaluar su desarrollo y su estado actual. Hay un gran número

de parejas con problemas de infertilidad que requieren FIV y se recomienda a aquellas que tienen obstrucción tubárica en las trompas de Falopio que no permiten que se contacten los óvulos con los espermatozoides, a pacientes con problemas masculinos severos, como puede ser el semen de baja calidad. La edad avanzada de la mujer incide en la fertilidad, cuanto mayor sea la paciente, más dificultades tendrá para quedar embarazada y menos porcentaje de éxito tienen las técnicas de reproducción asistida.

A diferencia del hombre que genera espermatozoides todos los días, la mujer va perdiendo óvulos, considerándose la fertilidad óptima alrededor de los 23 años y empieza a bajar de forma lenta a los 30 y rápidamente después de los 35.

1.5 Transferencia de embriones

Como señala Herrera Campos, la transferencia de embriones consiste en trasladar los embriones producidos a través de la fecundación *in vitro* al interior del útero; esta técnica se conoce con el nombre de FIVTE, es decir, fecundación *in vitro* con trasplante de embriones.

Con base en la división celular, de 4, 8 o 16 células, se transfieren los embriones al útero de la mujer por vía transcervical (a través del cuello del útero) y por medio de un fino catéter esterilizado especial, esta operación se hace en el quirófano. Se recomienda por los doctores que la transferencia de los embriones se dé entre las 24 y 48 horas después de la fecundación. Entre los factores que contribuyen al éxito de la FIVTE se pueden citar: la edad biológica de la madre y la calidad del espermatozoides, la recogida de ovocitos maduros, que el aspirado folicular no esté mezclado con sangre, y en especial que la temperatura se mantenga entre los 36-37 grados. Existen otras variantes de la fecundación no natural:

1) Transferencia intrauterina de gametos (TIG), la fecundación no se realiza propiamente a nivel de laboratorio, sino “naturalmente” depositando conjuntamente los óvulos recién extraídos y el semen, ya sea fresco o congelado, en el interior de la ampolla de las trompas, en el mismo acto quirúrgico para la obtención de los óvulos, se colocan juntos para que ahí

fecunden y sigan su proceso normal, hasta obtener las fases siguientes para un embarazo natural.

2) Otra variante es la transferencia embrionaria a las trompas (TET), en esta segunda variante se transfiere el embrión FIV, y no los gametos. Por medio de una intervención quirúrgica, a las trompas, y no al útero, para que desde ahí continúe su avance hacia la implantación uterina. El principal riesgo, a pesar de que se ofrece a los gametos, o bien al embrión, un ambiente más fisiológico e idóneo, es la gestación ectópica o embarazo extra-uterino.

3) La tercera variante, ZIFT, que consiste en la transferencia del cigoto a las trompas (el cigoto es la célula, con su propio núcleo, que resulta de la fusión de los núcleos de los dos gametos masculino y femenino, aproximadamente entre 12 y 24 horas después de ser depositados los espermatozoides en la cavidad vaginal).

1.6 Visiones del consentimiento de la fecundación humana asistida en las legislaciones europeas

Ahora me permito desarrollar el tema que causó polémica al hablarse de la fecundación *in vitro* y la inseminación humana. Sobre dicho tema me referiré específicamente al consentimiento para la utilización de los gametos en la IA, FIV y TIG.

La Comisión especial creada en el Congreso de los Diputados para el estudio de la fecundación *in vitro* y de la inseminación humana debatió largamente el problema de la específica naturaleza de lo que las leyes 35/1998 y 42/1988 han denominado material embriológico o material reproductor. En sustancia, se trata de los gametos (esperma y óvulos) y del propio embrión en una fase de desarrollo primario, y en todo caso anterior a su implantación.

Su dificultad se encuentra en la calificación de los gametos desde el punto de vista del Derecho.

En efecto: el espermatozoides y el óvulo, caracterizados por su potencialidad para producir vida humana, se resisten a una ubicación. Son, desde luego, cosas, como cosa es todo aquello que no es persona. Pero creo que nadie admitirá un libre tráfico de tales “cosas”. La respuesta de situarlas fuera del comercio no es convincente, ni es cierto que estén en sentido absoluto “”, puesto que una cierta circulación se admite e incluso se favorece sin graves problemas éticos, al menos por lo que a los espermatozoides se refiere, ni tal calificación es definitiva para nuestros fines.

Pero si no son enteramente cosas, ¿pueden ser calificados de órganos, en el sentido de la vigente Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre donación y trasplante de órganos? No tienen, efectivamente, la condición exacta de órgano, pero creo que, de la disciplina de la norma invocada, que hoy se completa con el texto de la ley 42/1988, pueden obtenerse algunos principios reguladores del tráfico jurídico que cabe admitir para los gametos.

a) Su tráfico se justifica unánimemente por el sentido teleológico. Sólo su utilización con fines terapéuticos o reproductores dará posibilidad a una comunicación o “comercio”, en sentido amplio.

b) El tráfico será gratuito. A lo sumo cabrá hablar de compensación de costes, pero no de retribución por la cosa o por el servicio.

c) El tráfico será controlado, a través de los centros homologados y con intervención de los profesionales adecuados.

d) Se exigirán especiales condiciones de salud a los donantes y de conciencia y libertad para formar su consentimiento a la donación.

Bajo tales condiciones, creo que es posible, admitir que los gametos estén en el comercio, no como res venales, sino como elementos utilizables para ciertos fines cuya bondad se ha establecido de antemano.

Como recientemente se ha puesto de relieve (Gordillo Canas 1987; Zarraluqui 1986) las llamadas “partes separadas del cuerpo” aconsejan una

calificación peculiar, en consecuencia, un régimen distinto al patrimonial ordinario. Coincido con Zarraluqui en cuanto señala los principios que han de regular este tráfico restringido: consentimiento, subrayando la trascendencia del acto y el conocimiento completo: la causa, que ha de limitarse a la liberalidad del donante; y el destino, para la procreación.

La Ley 35/1998, del 22 de noviembre, admite y regula un cierto tráfico de gametos y de preembriones, esto es de embriones en fase primeriza y en momento anterior a su implantación. El tráfico no cabe entre particulares, sino entre personas y un centro autorizado para las técnicas de reproducción asistida. Y al acto de transferencia, o si se quiere contrato, se le denomina donación. El art. 5º se refiere a un contrato gratuito, formal, secreto, entre el donante y el Centro.

Pongamos de relieve, en primer lugar, que las expresiones legislativas se producen por aproximación. Llama la atención que se defina al contrato, al propio tiempo, como formal y como secreto, pues en las categorías jurídicas habituales formal es precisamente el elemento que permite conocer la voluntad interna, el primer principio de la publicidad. Sin duda se querrá decir que la expresión de la voluntad ha de requerir un determinado modo: un escritorio, pero sin más garantías, en que constará la forma del donante a satisfacción del centro autorizado.

Tal acto de transferencia se concibe como esencialmente gratuito, y se prohíbe que pueda tener carácter lucrativo o comercial, lo que no pasa de constituir una expresión de buenas intenciones por parte del legislador.

El donante ha de tener más de dieciocho años, plena capacidad de obrar y un determinado estado psicofísico, en términos de un protocolo obligatorio, del que nada más dice la Ley, ni siquiera en el momento de establecer las sanciones derivadas de una práctica inadecuada o irregular.

La donación se concibe como anónima, pero sin perjuicio de una cierta información sobre los donantes, salvo en lo relativo a su identidad, filiación (art. 5.5 y art. 8.3) en circunstancias extraordinarias que comporten un

comprobado peligro para la vida del hijo o cuando “proceda con arreglo a las leyes procesales penales” y aún entonces tal revelación, dice el texto, ha de ser indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal del presupuesto.

No es tan fácil determinar cuándo se ha de proceder con arreglo a las leyes procesales penales, expresión que presenta una enorme dosis de indeterminación, lo que parece se ha de remediar acudiendo a la idea de identificación del delincuente o identidad del procesado de los arts. 368 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero incluso tal idea no parece muy coherente con la finalidad de evitar el peligro para la vida del hijo, por lo que, a pesar de la dicción escasamente técnica de la ley en este punto, habrá que entender que las posibilidades de revelación de la identidad del donante son dos: vida del hijo, por un lado; y por el otro cuando procesa con arreglo a las leyes procesales penales, incluso sin que ello tenga que ver con el peligro para la vida del hijo.

El carácter anónimo de la donación ha sido muy discutido. La ley sueca en vigor no lo admite, y encuentra también dificultades en otros ordenamientos. Es una de las razones que se invocan en el Recurso de inconstitucionalidad pendiente contra la ley, que fue interpuesto el 24 de febrero de 1989 y admitido el 13 de marzo de 1989 bajo el No. 376/89.

En cuanto a la significación del anonimato, nos remitimos a las consecuencias que se determinarán más adelante, en punto a la filiación, en el siguiente apartado 3.

El mismo esquema se trata de aplicar a la que la Ley denomina donación de preembriones. Pero no hay aquí un donante a menos que se entienda que es la mujer tratada o “usuaria de la técnica” y se trata de preembriones sobrantes, no transferidos al útero, en el sentido del art. 11.3, lo que presenta fuertes problemas, en especial en relación con la determinación de la persona o personas que han de tener poder de disposición y en la aplicación al caso del esquema jurídico de la donación.

1. El consentimiento para la utilización, transferencia y manipulación de embriones.

La Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos se refiere, según su propio enunciado, a un cierto tráfico y disposición sobre los embriones postimplantatorios y fetos, células, tejidos u órganos, que sólo se admite (art. 2º) cuando sean clínicamente no viables o estén muertos, y desde luego se ha de tratar de un acto de disposición que tiene por soporte una previa información y consentimiento libre, expreso, consciente, por escrito y gratuito, el cual nunca ha de poder tener carácter lucrativo o comercial.

Donantes son los progenitores, que en este caso pueden ser menores de edad o incapacitados, si actúan con el consentimiento de sus “representantes legales”. Aunque la dicción de la ley es imperfecta parece que se refiere a los padres o tutores. Tal intervención no se requiere cuando se trate de menores emancipados, sea cual fuere el mecanismo de emancipación, no obstante la cuestión que podría plantearse en la conexión de los preceptos contenidos en los arts. 316, 319 y 324 C.C. en relación con el art. 2.º.b) de la ley 42/1988.

Una regla curiosa se contiene en el apartado f) de este mismo artículo 2.º de la Ley 42/988. El precepto se refiere al supuesto de fallecimiento de los progenitores, sin que previamente se hayan opuesto a la donación. Aquí se obtiene, de una parte, un consentimiento derivado del silencio, lo que en una donación no deja de ser preocupante, porque es más cierto que viene a significar que queda a disposición del Centro médico. Pero hay más, si los fallecidos progenitores eran menores de edad (no emancipados) se requiere la autorización “de los padres responsables”, lo que implica una expresión absolutamente técnica. Pero si la muerte se ha producido en accidente, ha de autorizar “el Juez que conozca la causa”. Se trata de un ejemplo de formulación legislativa. No se ve la razón de la diferencia, ni se entiende bien la razón por la cual se utiliza la expresión “responsables”, etc.

De todos modos, la utilización, transferencia y manipulación de embriones presenta graves problemas, incluso ceñida a la medida de restricción y control de la Ley 42/1988. Tanto científicos un poco moralistas, en una polémica que alcanza también a los juristas, aparecen divididos.

Entre quienes, siguiendo el Informe Warnock, consideran que hasta la aparición de la cresta neural no puede hablarse de vida humana protegible, en sentido propio, y quienes sostienen que la vida humana es un proceso continuo en el que es imposible establecer hiatos o fases, se encuentra una diversidad de posiciones de difícil reducción a un máximo común denominador, pero que parece orientada, entre los científicos, a la admisión de un período inicial en el que el embrión no se presenta como objeto de protección “en cuanto ser humano” (no sin fuertes discrepancias), y entre los moralistas parece prevalecer la opinión de que es vida humana desde el momento mismo de la fecundación.

Se ha apuntado la conexión de este problema con la cuestión del aborto, que intenta resolver la conocida Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 11 de abril de 1985. Pero de esta Sentencia, como no se quieran utilizar expresiones aisladas fuera de contexto, no cabe deducir una solución para el problema que nos ocupa.

En efecto, partiendo del derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 5 de la Constitución, aun cuando no compartamos las precisiones axiológicas que se contienen, por ejemplo, en el tercero de los fundamentos jurídicos, se llega a la conclusión de que la propia formulación de este precepto constitucional, interpretado a la luz del art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del art. 2 el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, no puede conducir a la conclusión de que el feto pueda tener “derecho a la vida” de carácter absoluto. En otras palabras, el feto no se presenta como un sujeto de derechos, si bien se destaca que la vida del nasciturus es un bien jurídico protegido por el art. 15 de la Constitución.

Si acaso podría decirse que la referencia a “la vida como una realidad desde el inicio de la gestación” no impide al Tribunal Constitucional destacar la importancia del nacimiento como momento del inicio de una vida propia, como ser humano, del feto. Lo que quedaría corroborado por la propia expresión “todas las personas” por la más ambigua de “todos”.

La expresión “todos” hace referencia a los nacidos, sin perjuicio de lo cual se destaca en la Sentencia, especialmente en el séptimo de los fundamentos jurídicos, el carácter de la vida del *nasciturus* como un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de la Constitución, que impone al Estado, con carácter general, dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma.

La constatación por parte del Tribunal Constitucional de las dos obligaciones del Estado que acabamos de indicar, si bien puede orientar al intérprete e incluso al legislador en el tema que venimos planteando.

Me parece un tanto forzado, y de algún modo una conclusión excesiva, extender al embrión, sobre todo en la fase inicial de los primeros 14 días, que puede tomarse como un punto de partida de acuerdo con la justificación citada en la Exposición de Motivos de la propia Ley 35/1988, una protección como la que merecería la persona humana en sentido propio. De tal protección, a mi juicio personal, sólo puede hablarse a partir de una fase más avanzada, cuando la medicina habla ya de feto. Decir que el embrión es o tiene un status de vida humana, no es más que decir que también hay vida humana en ciertos órganos cuyo trasplante se admite.

El embrión no es persona, ni se le tiene por tal, al menos durante el periodo que estamos contemplando, y esa posición me parece la más coherente con los propios arts. 29 y 30 del CC.

Ello no obstante, tampoco puede ser considerado exactamente como una cosa en sentido técnico, y creo que podemos compartir la opinión que se

expresa en el Informe Warnock sobre una negativa radical a que se admita una suerte de derecho de propiedad sobre el embrión. El embrión no sería en ningún caso algo susceptible de apropiación ni de libre circulación y su vida, potencialmente humana, susceptible de desarrollarse y de llegar a ser una persona humana, debería ser protegida como un bien jurídico sobre el que sólo caben ciertas facultades en orden a su posibilidad de desarrollo.

Tanto la Comisión no considera al embrión como persona al menos durante los primeros catorce días a partir de la fecundación, lo que resulta más coherente con los textos constitucionales y con el art. 29 del Informe Warnock. En consecuencia, se niega la posibilidad de apropiación y se estima que hay que proteger su vida como un bien jurídico sobre el que sólo caben ciertas facultades con base en sus posibilidades de desarrollo.

La posición de la Ley 35/1988 se basa en la Recomendación 1.046/1986 del consejo de Europa y de las apreciaciones de los consejos Europeos de Investigación Médica de nueve naciones reunidas en Londres durante los días 5/6 de junio de 1986, bajo el patrocinio de la Fundación Europea; así como el Informe de la Comisión del Parlamento de la República Federal de Alemania de 6 de enero de 1987 (Documento 10-6-775) y en el Documento CAHBI o Comité ad hoc de Expertos sobre el Programa de las Ciencias Biomédicas, de 5 de marzo de 1986 y en la Sentencia de los Tribunales Constitucionales de la RFA de 25 de febrero de 1975 y de España, en la sentencia de 11 de abril de 1985, a la que aludimos en el texto. Así, distingue tres fases: preembrión, embrión y feto. En la primera, desde la fecundación hasta pasados catorce días, el embrión no ha anidado, y no podría hablarse ahí de protección de personalidad humana (es lo que vienen a sugerir, en coherencia con todo lo que posteriormente se regula).

La Ley 42/1988 intenta ceñir la posibilidad de utilización de embriones o fetos humanos, o de lo que llama sus estructuras biológicas a ciertas actuaciones de carácter diagnóstico o terapéutico. Pero la misma definición de las actuaciones posibles presenta vaguedades e indeterminación que pueden dar lugar a serios problemas.

Así el art. 5º.1 señala que la actuación sobre el embrión o feto vivo en el útero será de carácter diagnóstico, terapéutico “o de conformidad con las disposiciones normativas vigentes”, expresión cuyo verdadero significado no queda precisado como fuera de desear. Parece que hay la distinción entre embriones abortados y fetos expulsados prematura y espontáneamente. Sólo los primeros son no viables y en cambio los segundos sólo pueden ser tratados clínicamente con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital. Los que la Ley llama embriones abortados, en cuanto clínicamente no viables, pueden ser objeto de donación (art. 2.º.e).

Las estructuras biológicas procedentes de los embriones o de los fetos muertos pueden ser utilizadas con fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos, de investigación o de experimentación y a este efecto se autoriza la donación (art.6º). Aún más: la Ley sólo autoriza investigaciones, con utilización de embriones de fetos humanos o de sus estructuras biológicas, sobre proyectos debidamente desarrollados y autorizados (arts. 7 y 8).

Con todo, algún problema se suscita ya de entrada: la posibilidad de que un embrión esté vivo, pero se estime clínicamente no viable, por alguna laguna, imperfección o indefinición de la Ley. Por otra parte, y fundamentalmente, la remisión a juicio de los facultativos de la decisión sobre la viabilidad clínica de un determinado embrión. La incertidumbre respecto de la potencialidad de vida determinó históricamente la supresión del antiguo requisito de viabilidad y su sustitución por la dicción que hoy se contiene en el art. 30 CC, según la cual, como enseña ahora la doctrina pacíficamente, no hay más “viabilidad” que el hecho de vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

2. El consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

En primer lugar, se ha de destacar que las técnicas IAD, IAC o FIV pueden ser utilizadas como una terapéutica de la infertilidad, entendiendo ésta

como patología o disfunción, o como un medio de reproducción alternativo. Si lo primero, el campo de utilización hubiera producido alternativas. Si lo segundo, el campo de utilización hubiera debido quedar restringido. El problema de la infertilidad tiene relevancia para el Derecho en el seno del matrimonio y mucho más dudosamente en las que se han denominado “parejas estables” o “uniones de hecho”. No parece que quede ahí comprendido el caso de la “mujer sola”, cuya eventual infertilidad no preocupa ni - según parece- podría tener trascendencia. Mucho menos entrarían en el campo de aplicación la “parejas” homosexuales.

El campo se amplía y la aplicación de las técnicas cambia de sentido, en cuanto consideramos que se trata de un medio de reproducción alternativo, de libre utilización – por otra parte- de los medios que podemos llamar “naturales”.

A mi juicio, hay que distinguir varios planos, y acaso no puede resolverse el tema sobre la base de apreciaciones generales.

No creo que la mujer, en general, sea titular de un derecho absoluto a ser madre, en lo que coincide plenamente con alguna de las apreciaciones ya formuladas. Pero igual que la mujer sola puede concebir por obra y gracia de una relación sexual no permanente ni estable, no veo cómo se puede impedir- o no veo por qué – que esto mismo lo logre a través de una técnica IAD o FIV. Ciertamente, en tal caso no estaríamos exactamente ante un “tratamiento” o ante una “terapéutica”, o mejor dicho, sería indiferente que lo estuviéramos o no. Ello tendría otras consecuencias, pero no veo una razón de fondo para impedirlo, ni estimo que una prohibición fuera realmente efectiva.

La Constitución ordena la protección de las madres con independencia de su estado civil (art. 39) y la maternidad, fuere cual fuere su origen o causa, es digna de protección integral sea cual fuere el estado civil de la madre, y va a proteger del mismo modo al hijo habido como consecuencia de la aplicación de las técnicas en debate. Luego ha de ser indiferente que la

fecundación se obtenga por medios absolutamente naturales o por lo que hemos denominado “fecundación asistida”.

Porque, en efecto, el centro de la cuestión se encontraría en el niño. Me parece entonces que la única forma de limitar la utilización de las técnicas de “fecundación asistida” se encontraría en la capacidad de la pareja para hacerse cargo de la educación, entendida como “socialización”, esto es, como un procedimiento de incorporación singularizada, caso por caso, que sólo podría basarse en una presunción general en el supuesto de la pareja conyugal. No tanto en la “pareja estable”, cuya estabilidad ha de ser objeto de un juicio nada fácil, y no creo que pueda ceñirse al único supuesto de la pareja conyugal la aplicación de las técnicas que venimos considerando, porque estaría en contradicción, como antes hemos destacado, con la protección que, a otros efectos pero también al objeto de protección de los hijos, dispensa el Derecho a las llamadas “uniones de hecho”.

No me convence, ciertamente, la analogía con el supuesto de adopción, que pueden llevar a cabo hombres o mujeres solteros/as: en la adopción se trata de que alguien asuma deberes parentales respecto de un niño que ya está en el mundo. Aquí se trata de lanzar un niño al mundo sin que se integre en una familia completa. Esto es, se prevé de antemano un niño que no tendrá padre.

Pero no está claro que pueda negarse a una mujer un cierto derecho a fundar una familia monoparental en los términos en que la Convención Europea de Derechos Humanos se refiere al tema, ni hay que rechazar de antemano que el niño así concebido pueda ser educado correctamente ni, finalmente, hay razón – me parece- para impedir por esta vía lo que puede obtenerse por, digamos, medios absolutamente naturales.

Otro es el problema de que cuando se utilice la técnica de IAD o FIV como terapia de la infertilidad a las parejas no conyugales abre una puerta que da paso a la fecundación de una mujer sola, ya que no hay criterios legales para juzgar la estabilidad de la pareja, sobre todo en una época difícil para predicar este carácter, incluso en parejas matrimoniales. Habría que confiar

en el juicio de los facultativos, o de la Comisión correspondiente, o bien habría que exigir el consentimiento de una “consorte” varón en cada supuesto de IAD o FIV, de modo que asumieran las consecuencias de la paternidad, en cada caso, un varón. Con ello se podría, de algún modo, tranquilizar la conciencia de quienes no creen deseable lanzar al mundo un hijo sin que, al menos *in limine*, hubiera unos padres dispuestos a acogerlo y a educarlo. Cabrían aquí tal vez, los acogimientos de complacencia, pero la gravedad de las consecuencias haría disuadir a los “meramente complacientes”.

Éste es un camino que podría seguir, desde luego, pero hemos de observar, por una parte, que seguimos fuera del ámbito de la justificación terapéutica, a menos que se exija un estudio de la fertilidad en relación con el varón que consiente; y por otra parte, que la utilización de este sistema nada asegura sobre la aptitud para la educación del niño. Tiene, sin embargo, la ventaja de dotar, al menos *prima facie*, al niño de padre y madre, lo que tal y como las cosas se presentan *hic et nunc*, parece deseable como una mínima cautela en defensa de los intereses de hijo.

¿Significará este sistema una simplificación? Veamos: una mujer podría ser inseminada o sometida a FIV siempre y cuando un varón prestase consentimiento y asumiese la paternidad, pero es claro que ese consentimiento no sería ni verdadero ni cabal reconocimiento, al no cumplir con las razones antes expuestas, sino una suerte de negocio jurídico de acogimiento del niño, un prohijamiento o una *quasi* adopción.

De seguirse este sistema, la mujer sola no podría, por sí misma, acceder a las técnicas en cuestión, y de ello habría de condicionar el eventual deseo de maternidad a encontrar un varón que asuma el papel de padre de su hijo, aun cuando biológica o genéticamente no lo sea, de modo semejante a lo que ocurre cuando una mujer sola quiere ser madre y acude a un varón por “medios naturales”: cierto que en tal caso el varón no asume directamente las consecuencias de la paternidad, pero frente a él cabe establecerla mediante el ejercicio de las acciones correspondientes.

Si se piensa que no hay razones de peso para descartar que una mujer sola puede educar adecuadamente a un hijo sin conexión con un padre determinado (y de hecho es frecuente en casos de maternidad natural extramatrimonial, divorcio, viudez y más aún de adopción, que *de facto* un niño, aun cuando tenga un padre, no sienta el ejercicio efectivo de ese rol social), la única cuestión a plantear, partiendo de la admisión de la técnica respecto de la mujer sola es la posibilidad de prescindir o no de que la mujer sea fértil.

Cuando se trata de una pareja matrimonial, la esterilidad o infertilidad que se trata de remediar es claramente la que afecta a la pareja. Las técnicas podrán ser utilizadas en una mujer fértil. Cuando contemplamos una pareja no matrimonial, creo que la solución depende de que conste el consentimiento del “consorte” para que pueda establecerse el mismo trato que en el caso de los cónyuges. Si contemplamos el supuesto de la mujer sola, las técnicas vendrían a remediar su propia infertilidad; de otro modo, se desbordaría el límite de lo terapéutico y entraríamos en el campo de la “reproducción alternativa”. En el supuesto de que la admitiéramos para las mujeres solteras, deberíamos también admitirla en el matrimonio. Desde luego, la IAC, y acaso también la IAD bajo consentimiento del marido.

Creo que el conjunto de técnicas que venimos hablando se han pensado como tratamiento de una disfunción y me parece que, de momento, debiera haber sido mantenida en este terreno.

La “Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y a la dignidad de la procreación” emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe, en 22 de febrero de 1987, desde luego, sólo parece admitir a la IAC dentro del matrimonio y en cuanto no sustituya al acto conyugal.

El tema de la licitud/ilicitud, después de la Instrucción precitada, merece para los cristianos una reflexión profunda, ya que constituye una llamada a nuestra conciencia. Pero ello – entiendo- no evita el estudio ni la búsqueda de la opinión para un jurista que no puede ignorar la realidad social en que vive.

Otros autores, también muy numerosos, son partidarios de evitar estas técnicas fuera del matrimonio.

Partiendo de los textos constitucionales que claramente disocian la referencia al matrimonio (art. 32) de la atención que predica a la familia (art. 39), lejos de cuanto ocurre en otros ordenamientos (por ejemplo, art. 29 Constitución italiana; art. 6 Ley Fundamental de Bonn), otros autores creen que debe admitirse la extensión de las técnicas a las uniones de hecho.

Mayores diferencias ofrece, desde luego, el caso de la mujer sola. Lledo lo descarta tajantemente desde el punto de vista del niño que, dice, tiene derecho a insertarse en una relación familiar completa. Moro Almaraz critica la posición de la Comisión Parlamentaria, que lo admitió en sus recomendaciones. Otros lo encuentran dudoso y creen que depende del “modelo de familia que el ordenamiento jurídico en su conjunto está dispuesto a sustentar”.

La Comisión del Congreso de los Diputados admitió la práctica para las parejas no matrimoniales y, bajo ciertas condiciones, para las mujeres solas (Recomendaciones 118 a 121). La proposición de la Ley del Grupo Parlamentario Socialista admitió la práctica de las técnicas en el matrimonio, en la pareja estable (arts. 6 y 7) y en las mujeres solas a la Sanidad Pública. Si no es estéril, con gastos a su cargo.

En el caso de la pareja estable, la proposición tratará de hallar un concepto operativo en el art. 6.1. donde se le define como “pareja heterosexual que mantenga una relación similar al matrimonio y asuma, respecto a los hijos, los derechos y obligaciones de aquél”. La definición implica una petición de principio y además, desplaza el problema del juicio sobre si una determinada pareja “mantiene una relación similar al matrimonio”. Lo único claro es, a mi juicio, que una “pareja” requiera asistencia y declare aceptar al hijo. Si exigiera, para la práctica de las técnicas, en todo caso, la aceptación de un varón- pongo por el caso -, el problema de la estabilidad pasaría a segundo plano. La experiencia vital y la práctica forense nos

permiten dudar de las “estabilidades”, incluso en el caso de los matrimonios. Lo que no cabe, en ningún caso, es una plena equiparación de la pareja estable y del matrimonio a efectos de determinación de la filiación, como parece pretender el art. 8.3 de la proposición de la Ley. En el caso de la pareja no matrimonial, el hijo es extramatrimonial y la determinación de la filiación se produce mediante una suerte de reconocimiento de valor comercial que me resisto a calificar de adopción (para el caso del consorte que no aporte gametos, en el otro más claramente aún) porque tanto la estructura comercial como la eficacia son distintas e inasimilables.

Partiendo de ideas como las expuestas, la ley 35/1988 ha extendido la posibilidad de estas técnicas a todas las mujeres, y ha desplazado el problema de la exigencia de determinados presupuestos.

En primer lugar, en punto a capacidad, la mujer ha de tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.

En segundo lugar, ha de prestar su consentimiento de manera libre, consciente, expresa y por escrito. En relación con la formación de la voluntad, y con su grado de conciencia y libertad, parece necesaria una formación adecuada, pero el art. 6.º.2 sólo se refiere a una información relativa a los posibles riesgos para la descendencia y para la propia usuaria (durante el embarazo) derivados de la edad inadecuada. Se ha de completar esta indicación con lo dispuesto en el art. 2.2, donde se precisa el carácter de la información y se establece la responsabilidad de los equipos médicos y de los Centros Hospitalarios.

En tercer lugar y a partir de las condiciones básicas hasta aquí expresadas, se ha de distinguir entre mujer casada y mujer no casada: si la mujer está casada, se precisará además el consentimiento del marido. Este consentimiento deberá ser también libre, consciente, expreso y por escrito. Pero no es necesario cuando la mujer casada estuviere separada “por sentencia firme o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”. Tal expresión de la Ley constituye –a mi juicio- un caso

de aberración o malformación legislativa que sólo pudiera ser explicado teniendo en cuenta que sus redactores no fueran juristas, y aún entonces tampoco puede ser justificado.

Naturalmente, la situación de una pareja “separada por sentencia firme de divorcio” no es asumible. Sencillamente, no hay ya tal pareja. No hay que decir más, basta leer el art. 89 CC.

La separación de hecho y la separación “por mutuo acuerdo” nos sitúa en un terreno de difícil precisión, en que el centro médico tendrá que decidir, para proceder o no a las técnicas, si consta o no fehacientemente tal situación.

Nada se dice respecto de la pareja que intenta la separación, pero no ha obtenido todavía una sentencia firme.

Era desde luego mejor para la seguridad, en materia tan delicada que implica estados civiles y, por tanto, ha de ser considerada de orden público, ceñir la posibilidad de las técnicas, en el caso de la mujer casada, al consentimiento del marido en todo caso, salvo en el de separación en virtud de sentencia firme. Pero la situación que se crea es de paternidad del art. 116 CC. Pues este precepto destruye la presunción de paternidad en los supuestos de separación de hecho (separación efectiva, legal o de hecho dice el art. 1º de la Ley catalana 7/1991 de 27 de abril). En estado de separación, subsistiendo el vínculo matrimonial, no se llega a generar una superposición no deseable de mecanismos de determinación legal de la filiación, salvo que la técnica se utilice muy de inmediato y el nacimiento se produzca antes de los trescientos días después de la separación efectiva.

La fehaciencia del consentimiento del marido, por otra parte, no ha sido cuidada adecuadamente. Con mejor técnica, el art. 2 de la Ley catalana 7/1991 exige consentimiento expreso del marido formalizado en documento público tanto si el consentimiento se presta para inseminación con material reproductor del propio marido cuanto si se presta para la inseminación con material reproductor de otro donante.

Cabe también un consentimiento de varón no casado, que ha de reunir los mismos requisitos de libertad, consciencia y formalidad ya expresados, pero no se exige, o al menos eso se deduce del texto del art. 6.4 en relación con el art. 8.2 de la Ley 35/1988. La referencia que a tal consentimiento realiza la Ley 35/1988 ha de entenderse producida a los efectos de dar un cierto valor a ese consentimiento en el tema de filiación. Por lo tanto, su situación en el texto del art. 6.4 no es la más adecuada.

Tales son, pues, los consentimientos operativos en la utilización de las técnicas: de la mujer, de su marido (salvo separación) y, eventualmente, de un varón. Todos ellos merecen un doble examen, desde el punto de vista de su relación, y desde la perspectiva de su eficacia, especialmente en orden a la determinación de la filiación.

Desde el primero de los puntos de vista señalados, conviene realizar alguna precisión. En cuanto a la mujer, incide en el caso (art. 6.2) un tema de rabiosa actualidad: la posibilidad de utilización de las técnicas por parte de mujeres que se encuentran en lo que la ley llama edad inadecuada. La Ley sólo prevé que se informe de los riesgos para la descendencia y para la propia mujer, pero no limita a edad alguna la utilización de las técnicas.

Recientemente se ha planteado en Valencia la responsabilidad de un Centro por defecto de información a una pareja que, inseminada la mujer a los cuarenta y cuatro años, debe cargar ahora con las consecuencias del nacimiento de una niña con síndrome de Down. Los medios de comunicación nos presentan recientemente supuestos de embarazo y parto de mujeres mayores de cincuenta e incluso setenta años. No es el momento de realizar el desarrollo de un tratado de eugenesia, pero creo que la cuestión debe ser reexaminada.

En cuanto al consentimiento del marido, aparte de carecer en la Ley de un adecuado control fehaciente, debería exigirse tanto en el supuesto de inseminación IAC cuanto, y sobre todo, en el supuesto de inseminación IAD.

Todos ellos, incluso el consentimiento que puede prestar un varón no casado, presentan alguna cuestión en punto de aplicación de las categorías usuales respecto de la libertad y conciencia que son exigibles en los actos jurídicos.

a) La primera cuestión puede suscitarse en relación con la revocabilidad de los consentimientos. La Ley sólo prevé que la mujer receptora pueda pedir la suspensión en cualquier momento, y en tal caso ordena que se atienda su petición (art. 2.4), pero nada dice de los consentimientos del marido o de un varón no casado. Se trata de una cuestión en la que trata de decidir si la mujer tiene o no el poder de disposición sobre la maternidad. Evidentemente, respecto del consentimiento del marido, la revocación producida antes de la práctica de las técnicas, debe ser aceptada, y en tal caso se estará en un supuesto de carencia de consentimiento que impedirá la utilización de la técnica (art. 6.3.). No así en el caso de consentimiento de varón no casado, pues no es preceptivo ni requerido para la práctica.

b) En el caso de la mujer casada, pero separada, nada se dice en la Ley respecto del valor del consentimiento que pudiera prestar el propio marido. Pero es claro que con el texto legal se fija sólo en el valor habilitante y no en la eficacia del consentimiento, del que después hablaremos.

c) En todos los casos, un consentimiento viciado por error, dolo o intimidación sería un consentimiento inválido, anulable, lo que creo mejor que nulo, ya que quedaría de algún modo consolidado cuando caducara la acción de impugnación. Su tratamiento, en cuanto a la filiación resultante, debería seguir el parámetro del art. 141 CC respecto de la impugnación del reconocimiento, pero no estamos aquí hablando de lo mismo.

En efecto, el vicio del consentimiento de la mujer usuaria, sobre todo una vez engendrado el hijo, no puede tener más alcance que el de sostener, en su caso, la responsabilidad del equipo médico o del Centro Médico, o de ambos, en la medida en que pueda serles imputado, y es claro que, en materia de responsabilidad médica, se ha de proceder de acuerdo con el criterio de culpa, y aplicar las sanciones previstas en la propia Ley 35/1988,

art. 20, con las consecuencias allí establecidas, integrando la norma con las previsiones establecidas en los arts. 32 y sigs. de concebir la nulidad del hijo, ni nada que se le parezca.

El consentimiento viciado del marido, cuando es perceptivo, se traducirá en la implicación de la regla del art. 8.1 de la ley 35/1988. En el caso, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido de IAD por él consentida (matrimonial que se trataba de inseminar a su mujer con semen donante). No veo obtenible otra consecuencia.

El consentimiento viciado del varón no casado, hará inaplicable la consecuencia del art. 8.2 de la misma Ley, perdiendo la consideración de escrito indubitado aquel que contenga, a los efectos allí previstos.

Estas consideraciones deben ser puestas en conexión con las previsiones establecidas respecto de la filiación resultante de las técnicas que vamos a abordar a continuación.

1. La “verdad biológica” como presupuesto de la filiación.

La reforma operada por ley del 13 de mayo de 1994 parece haber situado en el centro de la cuestión jurídica sobre la filiación de la llamada “verdad biológica”. El nuevo, pero acaso ya viejo, art. 127 de la CC (fue derogado por la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su contenido fue trasladado literalmente al art.767 de la citada ley) proclama que en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

En esta materia, como ya hemos destacado, asistimos a una perturbadora disociación entre lo “biológico” y lo “genético”, que hace necesario un replanteamiento de la cuestión.

Sin perjuicio de convenir con quienes han destacado que uno de los principios rectores de la citada ley del 13 de mayo de 1981 fue la preeminencia de la verdad biológica por encima de la verdad formal o

registral, no parece que, tal y como las cosas se presentan a la luz de los dictámenes científicos y médicos que se han producido, pueda sostenerse una interpretación en clave genética de las palabras que utilizan preceptos como el señalado art. 127 del CC, ya derogado.

El largo camino hacia la cognación que se recorre desde los momentos del Derecho Romano, parece que en este momento debe ser frenado. Las posibilidades genéticas y el entronque genético parecen conducirnos a una suerte de banco de prueba de los vínculos carnales como presupuesto de la filiación. Por lo demás una lectura en clave biológica para la determinación de la filiación no matrimonial, cuyo eje parece encontrarse en el reconocimiento y en la posesión de estado (véanse los arts. 120 y 131 CC).

Aun cuando pensáramos que la verdad biológica es la clave de bóveda de la filiación, después de las reformas operadas por la Ley de 13 de mayo de 1981, no puede decirse que tal principio sea ni absoluto ni de imposible limitación.

En todo caso, no parece que el legislador haya previsto una posible disociación, como la que venimos subrayando, entre el hecho biológico y el hecho genético, especialmente grave en el tema de maternidad, en la que caben supuestos de gestación por una mujer a la que se implanta un óvulo donado por otra.

Como se ha escrito recientemente, la filiación es una relación fundamentalmente jurídica, y de los términos paternidad, filiación, padre, hijo, expresan sobre todo categorías jurídicas estructuradas sobre roles culturales. Aun cuando el Derecho selecciona, para establecer la filiación, unos criterios, de los cuales los básicos son los biológicos, éstos no siempre actúan necesariamente. La verdad biológica encuentra sus barreras: v. Gr., en el supuesto de la relación incestuosa (art. 125 del CC en protección de la paz familiar, razón que explica las limitaciones establecidas en la legitimación para el ejercicio de las acciones de filiación, y la rápida caducidad de las acciones.

De este modo puede compartirse la conclusión de que “la filiación no es necesariamente una situación derivada de un hecho biológico” por lo que padre y progenitor no son sinónimos. “Padre” tiene una carga de sentido sociocultural y jurídico de la que carece el término “progenitor”.

Al pensar de este modo, *a fortiori* coincidiremos en que la regla B es padre/madre de A, en realidad significa que B tiene que cumplir respecto de A el conjunto de deberes – con el correlativo conjunto de derechos – o el conjunto de funciones o el conjunto de papeles que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen como esa denominación (Diez Picazo y Guillén, 1994).

No podemos menos que subrayar, sin embargo, que tal y como se presenta la dicción de preceptos como el art. 127 del CC (ya derogado), y especialmente respecto a la paternidad, la utilización de técnicas como la inseminación artificial por donante (IAD) presenta, ya de entrada, un conflicto entre el que es padre en sentido genético, que viene a serlo también en el sentido biológico en materia de paternidad, y quien aparece como marido o consorte de la mujer fecundada. Sólo algún tipo de rectificación en los textos legales vigentes antes de la Ley 35/1988 podía permitir que la inseminación a través de un donante anónimo no conllevara la posibilidad del desconocimiento o la impugnación de la filiación por parte del marido o consorte de la mujer fecundada y sobre la base ya de una hipotética prueba de la generación así producida, ya de la imposibilidad de procrear por parte del impugnante.

2. El carácter de “orden público” de la filiación y el valor del “consentimiento” y/o de la “aceptación” del hijo.

Las Conferencias celebradas en el Cairo y Beijing afirmaron el derecho a la salud reproductiva de las mujeres, considerada como una condición previa y necesaria para la consecución de una definitiva libertad reproductiva. (Conferencias Internacionales de Población y Desarrollo organizadas por la ONU en el Cairo 1994 (UN.Doc. A/conf. 171/13, 18 de octubre 1994). Cuarta Conferencia Mundial Sobre Mujeres: Acciones para la igualdad, el

desarrollo y la Paz organizada por la ONU, en Beijing, 1995 y su plataforma de Acción. Los documentos finales de las citadas conferencias fueron adoptados como Resoluciones de la Asamblea General de la ONU: UN, GA Res. 4/128 de 19 de diciembre 1994; Un GA Res. 50/124 de 20 de diciembre de 1995 y UN GA Res.50/203 de 23 de febrero de 1996).

La Conferencia del Cairo de 1994 considera que la capacidad de decidir libremente el número y el esparcimiento de los hijos como una “condición previa para que las mujeres puedan alcanzar una igualdad efectiva con respecto de los hombres”. En el Programa de Acción de la citada conferencia se definió la salud reproductiva como un estado de completo bienestar físico, mental y social, que no consiste sólo en la ausencia de enfermedades relacionadas con el sistema reproductivo, con sus sistemas y procesos.

El texto de las conferencias del Cairo y Beijing habla de derechos que todas las mujeres e individuos tienen a reproducirse no sólo de forma natural, sino también mediante las nuevas tecnologías reproductivas y, más aún, que una persona sola tiene también el derecho a reproducirse (Bellver, 2000). Ballesteros mantiene que no existe el derecho a tener hijos, ya que el hijo es un don gratuito y tiene además una dignidad propia, sólo hay derecho a que el Estado no obstaculice la libre decisión de los padres en la generación de la vida, mientras que el hijo sí tiene derecho al amor de sus padres, a una familia (Ballesteros, 1995). Ha señalado Johannes Rau que la novedad que han introducido las técnicas de reproducción asistida es la de que hoy se pueden cumplir o parece que se pueden cumplir deseos anteriormente irrealizables, con lo cual surge enseguida una apariencia de deseo. Sin embargo tal derecho no existe. No podemos confundir los deseos y anhelos, por comprensibles que éstos sean, con derechos. No existe un derecho a tener hijos. Lo que sí existe es el derecho de los hijos al amparo y al amor de sus padres y, sobre todo el derecho de venir al mundo y de ser amados por su propia razón de ser, por sí mismos (Discurso del Presidente Federal Alemán, Johannes Rau, el 18 -v-2001 en el Salón de Actos Otto Braun de la Biblioteca Nacional de Berlín: “¿irá todo bien?” Por un progreso a Escala

Humana. Nueva Revista de Política, cultura y arte, núm.76, julio-agosto 2001, 2ª serie XLV, págs. 57 y s.).

En definitiva estoy de acuerdo con Herrera Campos cuando señala que es comprensible que el ser humano utilice todos los avances que le proporcione la ciencia para remediar los posibles impedimentos para tener hijos, por consiguiente es correcto utilizar las técnicas de reproducción asistida dentro de la pareja estable, sin distinción de que estén o no unidos por matrimonio, lo que no es correcto es utilizarlas no como remedio terapéutico, sino porque la mujer no quiere ningún vínculo con el hombre. Incluso sería aceptable que se utilizaran estas técnicas cuando se demuestre que la mujer soltera no puede tener hijos por el procedimiento natural (Herrera, 1991).

Las consecuencias relativas a la filiación se han presentado siempre como acciones de estado y con ello se quiere decir que son acciones irrenunciables y no susceptibles de transacción. En otras palabras, no hay una entera disponibilidad de tales acciones por parte del eventual interesado en el establecimiento, reclamación o impugnación de la filiación.

Con ello trato de expresar que el mero consentimiento o la aceptación de una situación como las que se presentan derivadas de la inspección artificial no impedirían, por sí mismas, la reclamación o la impugnación de la filiación establecida sobre la base de la presunción o del reconocimiento.

El problema, como se ha destacado recientemente, recibe diversas respuestas en los ordenamientos más próximos. En Suiza, el art. 256 del CC impide al marido intentar la acción (de impugnación) si ha consentido la concepción por obra de un tercero. Ciertamente es que el legislador suizo no ha matizado si la concepción es fruto de una cohabitación o inseminación artificial por obra de un tercero (IAD). El código civil portugués, en el art. 1. 839, dispone que no será permitida la impugnación de la paternidad con fundamento en la inseminación artificial al cónyuge que la ha consentido. En el Derecho francés (art. 312 del CC) no se contempla la imposibilidad de impugnación de la paternidad al cónyuge que hubiera consentido la

práctica de la inseminación cuando establece que “el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido; sin embargo, éste podrá impugnar (desconocer) al hijo si justifica por hechos propios que él no pudo ser el padre”.

En Inglaterra la “Registration of Birth Act” de 1953 prevé que el niño nacido de inseminación artificial por donante ha de ser declarado en el estado civil como ilegítimo y nacido de padre desconocido, sin perjuicio de que intervenga una adopción de inmediato. En ciertos estados americanos el niño nacido por inseminación artificial es legítimo siempre que el padre haya dado consentimiento escrito a la operación. Una decisión judicial, como la producida en 1948 ante el Tribunal de Nueva York, decidió que el niño nacido de inseminación artificial debía ser considerado como adoptivo o legitimado por matrimonio. En el Derecho alemán la inseminación practicada con semen de un tercer donante no impide al marido impugnar la paternidad del niño aun cuando haya dado su consentimiento a la operación (párrafo 1.591).

Dentro del mismo terreno del valor del consentimiento y de las consecuencias que tal consentimiento pueda producir en orden a la filiación, sobre todo respecto a la posibilidad de impugnación, conviene destacar que nada se establecía en nuestro derecho vigente respecto de una limitación de las acciones de impugnación sobre la base de haber prestado previamente un consentimiento o una aceptación. Algún asomo se encuentra en los preceptos legales que contemplan el supuesto de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, el marido puede destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario, salvo en el supuesto de que hubiera reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio. De modo semejante, una vez se ha establecido la filiación por reconocimiento, la acción de impugnación queda de algún modo restringida respecto de los legitimados, de la duración y de la *causa petendi*.

Pero si es cierto que el marido puede romper la presunción que establece la ley de la materia vigente, respecto de la filiación matrimonial, salvo que hubiere reconocido la paternidad y en tal caso cabe impugnar el reconocimiento por vicio del consentimiento de acuerdo con las reglas establecidas por la propia norma, no es menos cierto que ello impide, al menos en la lectura habitual a que la doctrina somete estos preceptos, que pueda impugnarse la paternidad por otras causas.

En este campo el valor que hay que atribuir al consentimiento o a la aceptación del hijo, se presenta la vieja cuestión del valor del reconocimiento mismo como acto de voluntad o como acto de ciencia, esto es, como acto eficaz sobre la base de su verdad intrínseca o sobre la base de una voluntad libre y consciente manifestada.

La cuestión ha sido ampliamente debatida entre nosotros y aun cuando en la polémica no puede decirse que haya habido vencedores ni vencidos, la reforma ha venido a poner de nuevo la cuestión sobre el punto de apoyo de una declaración de ciencia, que no de voluntad, como presupuesto de la eficacia del reconocimiento, que tanto valdría cuando fuera cierto.

Así las cosas, mientras que las propuestas de los científicos se encaminan hacia la valoración del consentimiento del marido o del consorte de la mujer inseminada artificialmente con semen de tercero y hacia la negación de derechos en el caso de la madre genética que no coincide con la madre gestante (supuestos de donación de óvulos y de subrogación de úteros), en el Derecho español se constatan, ya en las líneas de principio, que un poco más adelante concretaremos en preceptos o reglas concretas, graves dificultades para admitir las propuestas formuladas por los científicos, en cuanto a que podemos decir, simplificando, el factor genético se presenta con gran influencia en tema de paternidad, mientras que el factor biológico puede, sin grave riesgo, ser encajado en las actuales reglas del Código Civil como determinante de la maternidad a favor de la mujer que da luz, si bien es claro que los redactores del texto actual del Código Civil para nada contemplaron la posibilidad de una disociación entre la maternidad genética y la maternidad de gestación, obstétrica, o como se la quiera llamar.

1.7 Clases de inseminación artificial

Para poder comprender bien los problemas jurídicos que se derivan de la inseminación artificial, es necesario, hacer una referencia a las distintas clases de inseminación artificial, atendiendo a quién sea la persona que aporta el espermatozoides que va a ser utilizado para fecundar a la mujer.

Los autores hacen distintas clasificaciones, y así para Martínez-Calcerrada cabe

distinguir: a la Inseminación matrimonial, homóloga, consorcial o autoinseminación bajo la siguiente clasificación:

i. Inseminación artificial Inter. Vivos: a) de primer grado que es aquella que se realiza por un procedimiento artificial la introducción del semen del marido en la vagina de la esposa, en este caso se entiende que el marido o portador del semen convive con la esposa receptora. b) de segundo grado son la fecundación in vitro y transferencia de embriones. c) de tercer grado: el acoplamiento del procedimiento de conservación del semen-embrión, también es accesible con aquella su supervivencia, cuando la FIV no aconseja sea practicada a seguido de la fecundación y se demora la transferencia hasta que, por ejemplo, el ciclo menstrual de la esposa lo aconseja.

ii. Inseminación post mortem y, dentro de ésta a su vez hay que distinguir para el citado autor: a) la inseminación propiamente dicha y b) la fecundación in vitro con transferencia de embriones.

iii. Inseminación con tercería maternal, cuando el semen del marido causa la concepción interviniendo en el proceso otra mujer distinta a la esposa, la que da el óvulo.

iv. Inseminación matrimonial heteróloga, por tercería o heteroinseminación, el semen procede de un tercero.

v. Inseminación artificial Inter vivos: a) de primer grado, b) de segundo grado y c) de tercer grado.

vi. Inseminación artificial post mortem

vii. Inseminación artificial con tercería maternal y a su vez distinguiendo: a) inseminación artificial de la viuda y b) inseminación artificial de la mujer soltera.

Nos parece mucho más clara la clasificación que hace Herrera Campos quien agrupa a la inseminación artificial en dos grandes grupos: A) Inseminación homóloga y B) Inseminación heteróloga. Y dentro de estos dos grupos a su vez distingue 1) Inseminación artificial dentro del matrimonio, con distintas variantes. 2) Inseminación después de la disolución del matrimonio, distinguiendo a su vez en caso de separación o divorcio, y 3) la inseminación post mortem, dedicando además especial atención a la inseminación de la mujer soltera y a la maternidad subrogada o compartida.

Consecuencias de las técnicas de reproducción asistida y filiación.

A) Determinación de la filiación: filiación matrimonial y no matrimonial.

I. Al obtener la certeza de una generación en que no invierte el marido de la madre, la IAD, dado que la presunción del art. 116 es *juris tantum* y que la obtención de la verdad biológica constituye uno de los fundamentos de la regulación de la filiación en el Código civil, generará un conflicto potencial – contra la paz familiar- que podría obviarse –tal y como ahora están las cosas en el CC- sino mediante un cambio en los textos legales, que se ha producido en el art. 8 Ley 35/1988.

II. En el seno del matrimonio, la técnica IAC no presentará más problemas que los derivados de la posibilidad de la inseminación post mortem, de lo que hablaremos más adelante.

III. El problema suscitado por la IAD practicada sobre mujer casada sólo puede contemplarse acudiendo a la declaración del marido (una suerte de reconocimiento) y a la posesión de estado.

El reconocimiento habrá de consistir en unas declaraciones de voluntad de aceptar como hijo al fruto de la IAD con su esposa –naturalmente, no a la falacia de que interviene en el proyecto de generación- y ello implica, de una parte, la proyección al supuesto de IAD de cuanto el art. 117 previene para el caso de nacimiento producido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, en el sentido de que no le sería lícito – o no sería eficaz- que el marido que ha consentido la IAD destruyese la presunción establecida en virtud del principio “*pater is est quem nuptia demonstrant*”, mientras que, por otra parte, vendría a limitar las posibilidades de impugnación, a cuyo efecto será acaso necesario dar un giro en la concepción de la acciones de filiación como acciones de estado y por ello, fuera del ámbito de autonomía privada, esto es, irrenunciables, intransigibles, indisponibles.

En efecto, tal y como se presenta el tema, o bien sometemos a una mera tolerancia la posición del marido de la madre que lo es por IAD quien podrá perseguir la verdad y desconocer al hijo aun cuando haya consentido, lo que no parece deseable (y menos aún en cuanto tratemos de evitar que el donante tenga responsabilidad alguna y queramos que sea verdaderamente anónimo), o bien se ha de requerir una auténtico consentimiento libre, consciente y voluntario del marido, que cierre la posibilidad de impugnación.

Por otra parte, la posesión de estado viene a atemperar el problema, en cuanto que restringe la legitimación de las acciones de impugnación. Pero, como sabemos, no impide, dentro del círculo de personas interesadas, el ejercicio de las acciones.

Partiendo de las ideas de matrimonio y nacimiento dentro del matrimonio, personalmente creo que la generación de IAD, con consentimiento del marido, ha de ser entendida como matrimonial. Otro es el problema de que

llegue a practicarse una IAD contra la voluntad o sin el consentimiento del marido, en cuyo caso se habrían de aplicar las normas ordinarias.

IV. Como se ha producido, entre la concepción o fecundación y el nacimiento, la separación y/o el divorcio de los cónyuges, han de entrar en juego las mismas reglas que en el caso de la procreación natural. Especialmente se ha de permitir la inscripción registral de la filiación como matrimonial si se realiza con el consentimiento de los cónyuges.

V. En el caso de inseminación artificial por donante producida en el seno de parejas estables no matrimoniales, estamos ante un supuesto de determinación de la filiación no matrimonial en que ha de primar el reconocimiento para establecer la paternidad. El reconocimiento, insisto, que no tendrá mero valor confesorio o declarativo porque implicará la aceptación voluntaria del hijo como propio, más allá de la pura verdad biológica o genética. También aquí habría que limitar la posibilidad de impugnación a los supuestos de deficiente formación de la voluntad, cerrado el debate sobre la estricta verdad biológica o genética. De otra suerte obtendríamos una paternidad provisional (lo que no parece conveniente), sometida a una mutación del ánimo del reconocedor, bien que dificultaba la impugnación por la concurrencia de una posesión de estado, allí donde se produzca o por la dificultad procesal de la prueba.

B) La maternidad

En cuanto a la determinación de la maternidad, creo que las cosas pueden seguir como están en el caso de la maternidad subrogada, y así la define, el art. 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

En el caso de la mujer sola (soltera, viuda, divorciada), la inseminación IAD (otra, claro es, no cabe) se ha de tratar exactamente igual que la procreación absolutamente natural. Cabrá el reconocimiento a la madre, pero no la mención del padre (art. 122 del CC) aun cuando lo conociera, lo que, por otra parte y dado como se presenta la práctica es muy difícil. Otra cosa es que se admita o no, de lo que después hablaremos.

Más problemas se presentarían en el supuesto de IAD contra la voluntad o sin el consentimiento del marido. Podría éste, desde luego impugnar la filiación que se estableciera, incluso contra la presunción del art. 116 del CC, pero incluso habría que favorecer que tal filiación no pudiera establecerse, admitiendo la “destrucción de la presunción del art. 116 del CC” y, en todo caso, que pudiera acudir a una impugnación más fácil.

Se impondría aquí, como presupuesto de la práctica IAD, un control del Centro especializado, que debería informar al marido, recoger, en todo caso, su opinión o, por lo menos, facilitarle las pruebas – bien que sucintas- de la IAD. Cuando se trate de matrimonios separados, la presunción no funcional a partir de los trescientos días de la separación legal o de hecho, pero como hemos visto, se puede prescindir de dicha separación o el consentimiento del marido. Bien que ello planteará problema de prueba y podrá dar lugar a fraudes, creo que o bien no se debería practicar la IAD en mujer casada sin el consentimiento del marido, o bien habría de tomar todas esas cautelas, y aún más, porque si ya es problemático que se acepte un hijo sin participar en la generación, parece inaceptable que se pueda llegar a imponer ese hijo a quien nada sabe o a quien expresamente no lo consiente.

¿Podría pensarse en un “consentimiento” concebido como una suerte de la licencia o autorización para la mujer, pero sin aceptar para sí el marido las consecuencias de la filiación?

Aparte de que en todo caso ello implica oírle, equivaldría, en su eficacia, al menos respecto de la paternidad, a la falta absoluta de consentimiento. Otras consecuencias (v.gr., para fundar la separación o el divorcio, etc.) no interesan aquí y ahora.

Como veremos, la FIV plantea problemas semejantes a los que venimos exponiendo, y

por esta razón no nos detenemos ahora en un examen pormenorizado.

C) Acciones de reclamación y de impugnación.

Estimo que los puntos en que se representa con mayor nitidez la confrontación entre la realidad escrita y los textos legales vigentes anteriores a la Ley 35/1988 son los que exponemos a continuación:

I. La necesidad de limitar la libre investigación en los supuestos de IAD y FIV a través de un nuevo valor del consentimiento, así como a través del establecimiento del secreto y del anonimato del donante.

II La convivencia de potenciar en las acciones de reclamación, los datos de posesión de estado y de convivencia con la madre (art. 135 del CC) no sólo en el sentido de ampliar las acciones de reclamación, sino también en el de limitar los pronunciamientos contrarios cuando ha mediado la utilización de alguna de las técnicas a que nos venimos refiriendo en las condiciones que legal y reglamentariamente se definan. Es decir, que admitida la IAD o la FIV, el hijo que nazca pueda gozar de una filiación consolidada, más allá de la mera verdad biológica, que no pueda ser atacada – salvo, si acaso, por él mismo- en contra de la posesión de estado de que viene disfrutando o de la presunción de paternidad basada en la convivencia del marido o del consorte con la madre.

III. En todo caso, que no pueda ser utilizado el dato clínico de la IAD o de la FVI como prueba, salvo por el hijo o por quien actúa en su beneficio, y no por quienes solicitaron y consistieron.

IV. La carencia o la reducción de la legitimación activa, en las acciones de impugnación, para el marido y sus herederos y para la madre y sus herederos cuando hayan consentido la IAD o la FIV.

V. La consideración del consentimiento en la utilización de las técnicas como análogo o equiparado al reconocimiento en determinados casos, y como límite de la facultad de destruir la presunción de filiación matrimonial ex art. 116 y concordantes.

VI. Puede sostenerse la impugnación del reconocimiento y de su análogo o equiparado consentimiento por vicios de la voluntad (arts. 138 y del CC)

con la consecuencia de que, en tales casos, se levantaría la barrera puesta a la investigación de la verdad biológica.

A todas estas cuestiones ha tratado de responder la vigente Ley 35/1988 de 22 de noviembre.

Obsérvese, de entrada, que la Ley remite a las normas legales vigentes la regulación de las relaciones de filiación derivadas de la aplicación de las técnicas. Tales leyes son, fundamentalmente el Código civil, la Ley de Registro Civil y Disposiciones Complementarias, y, en Cataluña, la Ley 7/1991 de 27 de abril. De modo tal, que la aplicación de las técnicas se regula, en orden a la afiliación, por la Ley 35/1988 en el Derecho general, y, en el ámbito de aplicación del Derecho Civil catalán, por la ameritada Ley 7/1991.

Respecto del Derecho común, el punto central de la regulación se encuentra en dos reglas básicas:

a) Ni marido ni mujer pueden impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido de técnica IAD si ha prestado su consentimiento en los términos establecidos por la propia Ley.

b) El varón no casado que ha consentido la inseminación de una mujer ha reconocido el hijo como suyo, en los términos del art. 49 LRC.

Pero si lo primero parece claro, salvo en los supuestos de consentimiento viciado, a que ya nos hemos referido, lo segundo plantea cuestiones de difícil solución.

Por otra parte, no es clara la remisión al art. 49 LRC en términos de escrito indubitado expresión que aparece en el texto del precepto a favor del cual se verifica la remisión en el expediente gubernativo que ha de ser aprobado por el Juez, siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada. Pero sobre todo la incertidumbre que se produce en el último inciso del art. 8.º2, cuando se dice que queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad. Esta acción de reclamación,

entendiendo, debe ser la que cabe entablar con base en el mismo escrito o documento, y no la que pudiera interponer el donante de semen, pues en el sistema de la Ley ni tal donante asume paternidad, ni tendría sentido la consideración como escrito indubitado a los efectos legalmente indicados del documento a que se refiere el art. 8.2.

1.7.1 Inseminación entre los esposos

La inseminación artificial homóloga es aquella que se lleva a cabo con semen del marido de la mujer que se va a inseminar. Esta clase de inseminación es la que menos problemas plantea desde el punto de vista jurídico, y lo mismo cabría decir desde el punto de vista ético; es aceptada por toda la doctrina y se puede afirmar que incluso es aceptada por los teólogos y por la mayoría de los miembros de todas las iglesias. Zannoni ha señalado que la inseminación homóloga no afrenta a la naturaleza ni a los fines del matrimonio y merece la aprobación como un remedio para superar, siendo posible, la infertilidad de los cónyuges (Zannoni, 1978). Este tipo de fecundación se lleva a cabo muy a menudo, puesto que es corriente que la pareja no pueda tener descendencia por medio del acto sexual, pensemos por ejemplo que se da con frecuencia la impotencia en el hombre, y ello no quiere decir que sea estéril.

En nuestra época cobran relevancia dos fenómenos opuestos, pero íntimamente relacionados, convirtiéndose en preocupación de políticos, científicos, economistas y psicólogos. Se trata de la fecundación humana, en su doble vertiente, por hiperpresencia y por ausencia, responsables de los males de la superpoblación por natalidad incontrolable de los países pobres y de la disminución alarmante de la población en los países occidentales más desarrollados.

Lo primero constituye una de las causas del hambre, la violencia, la promiscuidad y el abandono, abuso y malos tratos de los menores. La segunda es razón de ser del empobrecimiento de los índices poblacionales en regiones ricas, actualmente con muchos ancianos y pocos niños. Ellos buscan sobrevivir con las tecnologías recientes de fabricación de niños en

laboratorio o con la implantación (lícita o ilícita) de niños traídos de los países menos desarrollados. El rostro del siglo que ha terminado ha logrado convertir la aspiración del hijo procreado, en una esfera tecnológica deshumanizada y muy costosa, para quienes no pueden pagarlo, en tanto para otros, aquello que originariamente constituía un acto de solidaridad social, la adopción, se ha transformado en un rentable negocio que compite con el de las armas, la venta de órganos y las drogas.

Niños biotecnológicamente fabricados o internacionalmente traficados, se ofrecen como solución para sociedades de producción espermática en decadencia o de ovarios envejecidos como fruto del sistema social alienado en el que viven. Mientras tanto, para los países sin desarrollo económico adecuado, pero con natalidad creciente, se propone como solución para el hambre de la niñez abandonada, la exportación de la población infantil, hacia las regiones ricas y desarrolladas del planeta.

Estas circunstancias de la maternidad y de la paternidad mundial, no son acontecimientos fortuitos o aislados, sino emergentes de las transformaciones sociales, económicas y políticas en el orden internacional. Las formas en que el hombre y la mujer tratan de convertirse en padres de un niño, bien pueden ser categorizadas como signos preocupantes de esta sociedad, marcada por la intolerancia a la espera, la frustración o la aceptación consciente de lo que no se puede. Quienes menos tienen más procrean hijos y los que no logran procrearlos, son aquellos que convierten la vida en producir, consumir y gastar.

Hay parejas y mujeres solteras que buscan tener un hijo a costa de cualquier precio, los que consideran que poseen derecho al niño. En los últimos años se viene planteando el dilema entre la adopción y la inseminación. Hay muchos países que no tienen una legislación adecuada o, simplemente, no existe. Este vacío legislativo impide establecer los límites, de aquello que resulta atractivo y fascinante para los científicos, convertidos hoy en “los creadores” de la vida humana.

Al no existir coto a lo que se puede, se corre el peligro del desborde en el poder, pasando a ser simple generalización aquello que es bueno, preciso e indicado para un fin determinado. Si se carece de ley que regule, se corren riesgos de una autentica enajenación científica. Mucho peor por tratarse de la sexualidad de las personas, de su intimidad, de su fertilidad. El nacimiento del primer bebé de probeta en Inglaterra, inicia una etapa de esperanza para los irremediabilmente estériles, pero también de crisis, para los que ejercen las técnicas, sin advertir que se trata de una reproducción sin sexualidad.

Quienes levantan sus voces de alarma, son los que temen que, desde esta beneficiosa técnica para solucionar el síntoma de la esterilidad, se puede llegar a convalidar todos los experimentos escalofriantes de la ingeniería genética, tal y como se hace con los animales y los vegetales. Muchas personas, cuando se habla de las técnicas de reproducción asistida, les queda la sensación de una estafa moral.

Visto en retrospectiva (hacia mayo de 2004), las parejas españolas “necesitaban” un niño, clónico, para poder salvar a otro que se debatía entre la vida y la muerte. Pero esto no era lo mismo que desear tener un niño. Se debe pensar que la maternidad y la paternidad deben ser abordadas desde el mito y la realidad, como también la esterilidad de la pareja constituye un campo problemático del saber, en relación al cual los psicólogos y los psicoanalistas tienen mucho que decir.

De todo lo dicho se deduce algo que para mí está muy claro ¿existe un derecho a la procreación? Si se considera la respuesta afirmativa como verdadera, si se da por ejemplo la esterilidad y se admite la inseminación artificial, ¿ésta no tiene límites? Cuando la pareja, o la mujer soltera, deciden someterse a las técnicas de reproducción asistida, a la fecundación in vitro o a la inseminación artificial, se pregunta la doctrina y, nosotros también, si existe un derecho a tener hijos. La doctrina no es unánime al respecto: para unos, el derecho a procrear no tiene límites, y en consecuencia, se admiten dichas técnicas. Para otros, manteniendo una

postura contraria, no admiten las técnicas y por tanto no existe un derecho humano a tener descendencia.

Al hacer un estudio detallado de las distintas declaraciones de los derechos humanos, podemos observar que en ninguna de ellas se encuentra recogida de manera clara y determinante este derecho a procrear.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución de 10 de diciembre de 1948 señala: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutan de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio” (art.16).

En este artículo se puede apreciar que el hombre y la mujer tienen derecho a constituir una familia, y haciendo una interpretación favorable, se puede pensar que se refiere a la procreación cuando menciona “el derecho a fundar una familia”. Esta interpretación nos lleva a ver qué es lo que se considera como familia, tema que no podemos entrar a estudiar en este momento.

La Corte Social Europea que data de 1965 sólo se refiere al derecho que tiene la familia

a una protección social, jurídica y económica.

En 1959 se proclama la Declaración de los Derechos del Niño y, no encontramos en ninguno de sus principios referencia alguna al derecho a procrear. En 1983 se aprueba la Carta de los Derechos de la Familia que es una síntesis de las encíclicas *Populorum Progressio* y de la *Humanae Vitae*, en el art.3 de la citada Carta se señala “Los esposos tienen el derecho inalienable de fundar dicha familia y decidir sobre el intervalo entre los nacimientos y el número de hijos a procrear, teniendo en plena consideración los deberes para consigo mismo, para con los hijos nacidos, la familia y la sociedad, dentro de una justa jerarquía de valores y de

acuerdo con el orden moral objetivo que excluye el recurso a la contracepción, la esterilización y el aborto.”

“ a) Las actividades de las autoridades públicas o de organizaciones privadas, que tratan de limitar de algún modo la libertad de los esposos y las decisiones acerca de sus hijos, constituyen una ofensa grave a la dignidad y a la justicia.

b) En las relaciones internacionales, la ayuda económica concedida para la procreación de los pueblos no debe ser condicionada a la aceptación de programas de contracepción o aborto.

c) La familia tiene derecho a la asistencia de la sociedad en lo referente a los deberes en la procreación y educación de los hijos. Las parejas casadas no deben ser discriminadas” (Herrera, 1991:).

De la lectura de la obra del padre Gafo (Gafo, 1986) se puede llegar a dos conclusiones importantes. Primera: de la lectura de las principales declaraciones de los Derechos Humanos no se obtiene ninguna afirmación de la cual se desprende que la mujer tiene un derecho a la procreación, y sólo se deduce su derecho a fundar una familia; segunda: es improcedente incluir la función procreadora dentro de la formulación de un derecho humano en el sentido técnico que esta expresión contiene.

Zarraliqui es partidario de que el hombre y la mujer tienen derecho a reproducirse, ya que existe de forma clara el Derecho positivo a la reproducción por los medios naturales, cuyo ejercicio tiene carácter mancomunado, pues por sus propias características es un derecho en su vertiente positiva, es la traducción parcial de procrear con alguien. A este respecto ocurre igual que con los derechos a la asociación o al matrimonio. El Derecho existe en cada uno, pero su ejercicio está condicionado a que exista otra voluntad concordante, que aporte el otro elemento sucesorio para que se produzca el hecho: el otro gameto (Zarraliqui, 1988).

Está claro que el hombre y la mujer tienen derecho a crear una familia, tienen derecho a procrear, pero también consideramos que ese derecho se

refiere solamente al derecho a procrear de una forma natural, es decir, por los medios naturales, pero cuando se habla de procreación a través de técnicas de reproducción humana asistida ya es otra cosa diferente. Consideramos que el poder utilizar los avances que la ciencia pone a disposición del hombre y de la mujer para luchar contra la esterilidad es correcto y adecuado, pero con ciertos límites.

El acudir a estas técnicas sólo debe ser admitido como un remedio a la esterilidad o imposibilidad física de algún miembro de la pareja. Cuando se trata de la mujer soltera, viuda, divorciada y en el supuesto de la fecundación post mortem, no soy partidario de la utilización de estas técnicas. Por lo que se refiere a la mujer soltera haré una referencia especial en un momento posterior de esta exposición, al igual que a los supuestos arriba señalados.

Los movimientos feministas en su mayoría son partidarios de la reproducción artificial y parten de la primacía absoluta de la autonomía individual.

Por ejemplo, Fernández Ruiz-Gálvez señala que a partir de esa libertad absoluta de la autonomía individual se ha considerado que tales técnicas confieren autonomía a las mujeres en un doble sentido. En el de liberación del propio cuerpo, liberación de la naturaleza. Y autonomía en cuanto amplían las opciones disponibles, las posibilidades de elección, las alternativas en materia reproductiva. En cuanto al primer aspecto, a principios de los años setenta algunas feministas acogieron favorablemente el surgimiento de las técnicas de reproducción artificial, porque como señala Shulamith Firestone, los progresos de la tecnología permitirían a las mujeres escapar del bárbaro estado del embarazo. (Fernández Ruiz, 2002).

Para otras posturas feministas, acordes con lo sostenido por Simone de Beauvoir, la biología que constriñe a las mujeres a la gestación y al parto estaría en el origen de su subordinación social (Beauvoir, 1984). El movimiento feminista liberal conecta con la afirmación de un supuesto derecho a la reproducción que incluiría el derecho a acudir a las técnicas de

reproducción asistida (Gómez Sánchez, 1994). La idea de derechos reproductivos se consolidó a nivel universal en las Conferencias mundiales sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994), y sobre la mujer (Beijing 1995), y en el seminario sobre Derechos Reproductivos celebrado el 28 de junio de 2003 en la Universidad de Bremen (Alemania) organizado por la Red Europea de Excelencia sobre Derechos de las mujeres del V Programa Marco de Investigación de la Comisión Europea.

En materia de derechos reproductivos debe tenerse en cuenta, en primer lugar, la evolución del soft Law en los últimos treinta años, que parece apuntar al reconocimiento de un derecho fundamental a la salud y a la libertad reproductiva por las conferencias mundiales de la ONU.

1.7.2 Inseminación durante el matrimonio.

La inseminación artificial homóloga, es decir, con semen del marido y óvulo de la mujer que va a ser inseminada plantea pocos problemas jurídicos, aunque no puede decirse lo mismo acerca de la valoración ética que merece el procedimiento. Este tipo de inseminación cuenta con la aprobación de la totalidad de la doctrina y de la opinión pública, y es aceptada porque la inseminación artificial homóloga durante el matrimonio no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental: la fecundación del ser humano con el óvulo y el espermatozoides del marido y de la mujer. Falta el coito o cópula perfecta entre la pareja, pero no porque éstos la excluyan sino porque de por sí ese coito o cópula no logra satisfacer un fin a que está ordenado por la naturaleza: la procreación. Señala López Azpitarpe que la inseminación dentro del matrimonio es hoy bien vista por la mayor parte de los autores, incluso desde el punto de vista de la moral. (López Azpitarpe, E., *El don de la vida: luces y sombras de un documento*, Proyección 34, 1987, pág. 220) La Iglesia Católica en ocasiones se muestra contraria a la inseminación homóloga como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente.

En definitiva, la Iglesia Católica acepta la inseminación homóloga sólo en aquellos casos supuestos en los que se realiza el acto sexual, pero que éste

por sí solo no da lugar a la procreación, y que debido a determinadas alteraciones o anomalías la mujer no puede quedar embarazada. Lo que sí acepta la Iglesia es que se recoja el esperma y se introduzca en el aparato genital de la mujer a través de las técnicas de reproducción. Creemos que la inseminación artificial dentro del matrimonio, con esperma y óvulo de la pareja, debe ser aceptada y que la opinión de la Iglesia no tiene sentido, porque no atenta contra nada, se obtenga el semen como se obtenga, incluida la masturbación.

La inseminación se lleva a cabo mediante estimulación de la ovulación, con lo que existen más óvulos susceptibles de ser fecundados, en segundo lugar, está la captación del semen en el laboratorio aumentándose su capacidad de fecundación, a continuación, se depositan los espermatozoides cerca del fondo uterino facilitándose su llegada a la trompa donde se lleva a cabo la fecundación.

Por lo que se refiere a la filiación de los hijos habidos a través de una inseminación artificial, una fecundación *in vitro* o bien con transferencia intrauterina de gametos, cuando el óvulo y el esperma proceden recíprocamente de la pareja, que prestó su consentimiento para someterse a estas técnicas, y es la propia esposa la que gesta, la que va a llevar a cabo el embarazo, la filiación será matrimonial para todos los efectos.

1.7.2.1 Los conflictos de la inseminación artificial tras la disolución del matrimonio

Hoy día es perfectamente posible conservar por un tiempo indefinido el semen de un hombre en un banco de espermas. No es frecuente que las técnicas de reproducción asistida utilicen semen fresco: es necesario someterlo a un examen previo para tener plena convicción de que el semen está sano y que no es portador de ninguna enfermedad. Pensemos un supuesto que puede ser perfectamente real: una pareja, un matrimonio decide de común acuerdo, aportar sus gametos y depositarlos en un banco de espermas conservando el embrión congelado para su posterior

utilización, por ejemplo, cuando fallezca alguno de los miembros de la pareja y el sobreviviente desee tener un nuevo hijo.

O que el marido decida depositar el espermatozoides en un banco para utilizarlo en la posteridad, pues piensa hacerse la vasectomía, o bien por si muere que lo utilice su esposa si así lo desea, o la mujer decide congelar un óvulo y lo deposita en el banco. Si fallece el marido y la viuda quiere hacer uso del espermatozoides congelado del marido o del embrión que ambos tenían congelado, podemos apreciar que todo esto da lugar a grandes problemas desde el punto de vista jurídico. Otra cuestión que también da lugar a numerosos conflictos es que la pareja decida separarse o divorciarse.

Cabría pensar varias preguntas: ¿a quién pertenece el espermatozoides congelado depositado a iniciativa del marido?, si cuando lo depositó existía el régimen económico de gananciales ¿a quién pertenece?, es decir, aquí se plantea otro problema ¿el semen es cosa? Si existen embriones congelados y la pareja se disuelve ¿quién es el titular del embrión?, ¿quiénes pueden utilizarlo?, ¿los hijos habidos de estos supuestos a quiénes tendrían como padres legales? Todas estas preguntas que parecen un cuento de fantasía pueden ser casos reales y todos tienen una solución jurídica.

a).- Inseminación en el caso de separación o divorcio.

Esta cuestión la plantea con suma claridad Herrera Campos, producida la separación o el divorcio y existiendo embriones congelados, éstos pueden ser reclamados por ambos ex cónyuges en caso de divorcio, o por cualquiera de los miembros del matrimonio todavía, puesto que la separación no produce la ruptura del vínculo matrimonial. Si se ha producido el divorcio ¿quién tiene prioridad para poder utilizar los embriones?, si existe más de uno no habrá problema puesto que los dos podrían hacer uso de ellos, pero la problemática se plantea en aquellos supuestos en que no exista más que un embrión. Cabría pensar que, en el supuesto de que el ex cónyuge que solicita el embrión se hizo la vasectomía durante el matrimonio y contrae un segundo matrimonio, sería en buena lógica el que debería tener preferencia, por la sencilla razón de que su ex

mujer aún estaría en condiciones físicas para poder tener más hijos por el procedimiento natural si decide unirse a otro hombre.

Surge un problema en relación con la paternidad y la maternidad del ser concebido en estas condiciones. Si el embrión se utiliza por el hombre con una nueva esposa, en cuanto a la paternidad no existe ningún problema y ello se deduce **a)** porque es el marido de la mujer que da a luz, es decir, que pare, **b)** también es el padre genético, puesto que el embrión fue aportado con su semen, en consecuencia, es el padre legal y genético. Si es la ex esposa la que utiliza el embrión congelado y ha contraído nuevo matrimonio, por lo que se refiere a la maternidad no hay ningún problema porque en este caso también coinciden la maternidad legal y la genética; el problema surge en lo que se refiere a la paternidad. Sería padre legal el nuevo marido de la mujer que ha sido inseminada, pero no sería padre genético o biológico. Si no se impugna por nadie, el marido de la mujer que da a luz sería el padre para todos los efectos, pero si alguien impugnara esa paternidad no sería el padre, pero podría reconocerlo en documento público al hijo que dio a luz su ex mujer porque utilizó su gameto masculino y, en consecuencia, es el padre biológico.

Hay parte de la doctrina que considera que la concepción sería genéticamente

matrimonial, pero jurídicamente extramatrimonial (Zannoni, 1978).

1.7.2.2 Inseminación de la viuda

Este supuesto viene referido a la inseminación post mortem, es decir, estaríamos ante aquellos supuestos en los que el marido ha depositado su semen en un banco de espermatozoides o también cuando la pareja ha depositado un embrión en el banco para una posible utilización en un momento posterior.

1.7.2.3 Inseminación *post mortem*

Cabría preguntarse ¿Qué sentido tiene la inseminación y la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones, cuando tiene lugar después de la muerte del marido o varón de la pareja?, en distintos momentos de la exposición nos hemos pronunciado en el sentido de que estas técnicas tienen como finalidad remediar la esterilidad del hombre o de la mujer, e incluso en algunos casos de ambos.

1.7.2.4 Concepto de inseminación *post mortem*

Si observamos el art.1.2 de la Ley española, en él se dice “que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, podrán facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces”.

1.7.2.5 Permisibilidad o rechazo de la fecundación *post mortem*

Herrera Campos se pregunta ¿hay alguna finalidad que justifique la utilización de la inseminación y la fecundación *in vitro post mortem* cuando ya ha fallecido el ser humano que era fértil?, quien considera que la inseminación *post mortem* no tenía que haber sido aceptada por la Ley española de 1988. El hijo es concebido, en el supuesto de haber sido utilizado el semen depositado en el banco de espermias, cuando el productor del semen ya ha dejado de existir; con ello se está condenando a un ser que viene al mundo a luchar con desventaja con referencia a los demás; *a priori* se está atribuyendo la concepción de un hijo a un padre que ya no existe. No se debería aceptar la demanda de la viuda solicitando la propiedad del semen, porque éste no puede ser objeto de sucesión. Si se dice que la mujer tiene derecho a tener un hijo, también se puede afirmar que el hijo tiene derecho a tener un padre y una madre. Se puede argumentar que el hijo nacido a través de la inseminación *post mortem* tiene un padre ilegítimo, es decir, tendría por padre al marido de su madre, cuyo deseo cuando vivía era el procrear, y se trataría en este caso de un hijo cuyo padre ha muerto, que no es lo mismo que nacer sin padre; este argumento tiene poco valor y

que, para los efectos prácticos, el hijo estaría condenado desde el momento de su concepción a no “tener padre”. (Herrera, 1991).

Este sistema es antinatural, se está buscando a propósito hijos superpóstumos, concebidos después de la muerte del padre. Para Pantaleón Prieto el derecho del varón a disponer de sus propios gametos se extingue con su propia muerte, y la libertad de la viuda de disponer de los gametos de su cónyuge fallecido o del embrión preimplantado se enfrenta al derecho del nacido a que sus padres le presten “asistencia de todo orden”, tal como dispone art.39. 3 de la Constitución española (Pantaleón 1988).

Hay otros autores (como Vercovitz), sin embargo, que consideran que no hay por qué negar el ejercicio de esta libertad a los cónyuges. En la actualidad no existe dificultad para que una mujer dé a luz un hijo concebido con el semen de su esposo conservado en los bancos de espermas cuando éste ha muerto. Se entiende por fecundación *post mortem* los supuestos de inseminación artificial de una mujer con el semen de su marido o varón de la pareja fallecido y la implantación en la mujer de un embrión formado con su óvulo y el semen de su marido o compañero fallecido. Corral Talciani establece cinco supuestos en que se puede dar la fecundación post mortem:

1º.- Inseminación artificial de la mujer con semen del marido o conviviente ya fallecido.

2º.- Fecundación *in vitro* con óvulos de la mujer fallecida (llevada a cabo antes de su muerte).

3º.- Implantación de un embrión (concebido en vida de sus padres genéticos y criopreservado posteriormente) en el útero de la madre después de la muerte del marido o varón conviviente.

4º.- Implantación de un embrión criopreservado (concebido con gametos de la mujer muerta) en el seno de una tercera mujer, después de la muerte de la madre genética, por disposición del marido o varón conviviente superviviente.

5º.- Embrión crioconservado no destinado a la donación cuyos padres genéticos mueren, siendo transferidos o implantados a otra mujer (Corral Talciani, H., La procreación artificial post mortem ante el Derecho, RLG, nº265, julio 1988). Está claro que los supuestos 2,4 y 5 implican necesariamente una maternidad por sustitución, se necesita una mujer que no es la madre genética para que se le transfiera el embrión del cual nacerá un niño, hay una corriente doctrinal entre la que destaca Carcaba que mantiene que debe prevalecer el libre desarrollo de la personalidad de la madre.

Para Hernández Ibáñez, la fecundación post mortem heteróloga sería aquella en que se inseminará a la viuda con espermatozoides perteneciente a un donante (Hernández Ibáñez, C., La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada. Actualidad Civil, n.48, semana 26 diciembre-enero 1989, pág. 3029). Para mí este caso no es de inseminación *post mortem*, es similar a la inseminación de la viuda, es equiparable a la mujer soltera, como la propia autora concluye. La autora citada se plantea la pregunta ¿cabría admitir la fecundación *post mortem* con material genético de la mujer, una vez que ésta haya muerto, con el objetivo de que su marido o compañero estable tenga un hijo de ambos?, la contestación que da la autora es negativa, porque estaríamos ante un supuesto de maternidad subrogada, prohibida por la ley española, postura con la que estamos totalmente de acuerdo.

Es importante señalar que la Recomendación de Comité *ad hoc* de expertos sobre el congreso de las Ciencias Biomédicas en su principio 7, señala que la procreación artificial con semen del marido compañero muerto no será admitida.

1.7.2.6 Elementos de la fecundación *post mortem*

Es necesario, primero, que el padre fallecido haya tenido la voluntad de asumir la paternidad respecto del hijo que resulte de la aplicación de la inseminación artificial o de la FIVTE. Como señala Montes Penades (Las

categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida, Actualidad Civil nº.47/19-25 diciembre 1994, p.973 y s) la solución para este tipo de inseminación en la legislación española está contenida en el art.9 y que había sido precedida de su admisión en la Comisión Parlamentaria, que siguió en este punto la posición del Informe Warnock, en el sentido de que, tras la aplicación de la técnica de la inseminación artificial homóloga, cualquier niño que no estuviera en el útero en el momento del fallecimiento del padre, no podría ser considerado como titular de derecho sucesorio alguno. Hubiera recogido entonces, en materia de filiación, la normativa ordinaria (art.116 del Código Civil Español) que hace caer la presunción de paternidad a los 300 días después de la disolución del matrimonio. La Comisión Parlamentaria Española entendió que era un problema de límites, y entendió también que deberían ser considerados como hijos matrimoniales los habidos por viuda después de la muerte del marido, con gametos procedentes de éste, y había que establecer algún sistema para facilitar la filiación matrimonial, siempre que constara el consentimiento del marido.

En la legislación española resulta que no puede establecerse la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica entre el hijo nacido por aplicación de las técnicas y el marido fallecido, salvo en dos casos: que el material reproductor se encuentre en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, o que el marido hubiera consentido en escritura pública o en testamento que su material reproductor pudiera ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento.

La legislación española de reproducción asistida autoriza a la compañera o a la esposa (viuda) del varón que ha muerto a emplear sus gametos, y permite además que se establezca su paternidad sobre el marido siempre que el fallecido haya consentido previamente y que la fecundación se produzca antes de que transcurran seis meses desde la muerte de acuerdo con el art.9.2 de la ley española. En cambio, la legislación de la Comunidad Autónoma de Cataluña amplía el plazo hasta los nueve meses desde el fallecimiento del marido o compañero estable de acuerdo con la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, art.92, este plazo de nueve

meses puede ser prorrogado por la autoridad judicial por una causa justa y por un tiempo máximo de noventa días.

En segundo lugar, es necesario que el marido o varón de la pareja haya fallecido antes de la concepción del hijo, si se trata de una inseminación artificial, o antes de la implantación en su esposa o mujer.

Tercero, se requiere el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero fallecido.

Y el cuarto elemento es que se requiere que exista una procreación no coital, es decir, por inseminación artificial o por FIVTE, puesto que, si se trata de una fecundación coital, estaríamos ante un supuesto claro de la figura del hijo póstumo.

1.7.2.7 El consentimiento en la fecundación “*post mortem*”

La solución que para este supuesto contiene el art. 9° había sido precedida de su admisión en la Comisión Parlamentaria, que siguió en este punto la posición del Informe de Warnock, en el sentido de que, tras la aplicación de la técnica de inseminación artificial homóloga o IAC, cualquier niño que no estuviera *in útero* en el momento del fallecimiento del padre, no podría ser considerado como titular de derecho sucesorio alguno. Hubiera regido entonces, en materia de filiación, la norma ordinaria (art. 116 CC) que hace caer la presunción de paternidad a los trescientos días después de la disolución del matrimonio.

La Comisión Parlamentaria entendió que era un problema de límites, y entendió también que deberían ser considerados como hijos matrimoniales los habidos por viuda después de la muerte del marido, con gametos procedentes de éste, y habría que establecer algún sistema para facilitar que se pueda inscribir la filiación como matrimonial, siempre que constara el consentimiento del marido, la prueba de la fecundación con gametos procedentes de éste y al nacimiento dentro de un determinado plazo, que no concurra o se halle en contradicción con la presunción de paternidad que eventualmente pudiera derivar a un nuevo matrimonio de la viuda.

Ahora el precepto ha recogido, en buena parte, estas indicaciones. Resulta de su tenor literal que no puede establecerse la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas y el marido fallecido, salvo en dos casos: que el material reproductor se encontrase en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, o que el marido hubiera consentido en escritura pública o testamento que su material reproductor pudiera ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento.

Se ha criticado que tal generación pueda llamarse filiación matrimonial, después de la disolución del matrimonio. Pero, aparte de la escasa utilidad de tal denominación, lo que dice la Ley es que tendrá los mismos efectos legales (pocos, por otra parte) y lo que quiere decir, acaso, es que se tratará de un hijo superpóstumo del marido.

Ahí los mayores problemas han de derivar del régimen de la sucesión. Porque tal hijo, en relación con tal padre, será un legitimario, y se le deberán aplicar todas y cada una de las medidas previstas en el Código civil para el supuesto embarazo de la viuda. Entre otras, las previstas en los arts. 959 y sigs. CC. Se reconoce de este modo a la viuda una posibilidad amplia de modular o condicionar la sucesión.

La ley extiende este mismo tratamiento al varón no unido por vínculo matrimonial, y vuelve a basarse para regular sus efectos en el art. 49 LRC, teniendo el testamento o la escritura pública en que ha consentido la utilización de su material reproductor, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, la condición de “título para iniciar el expediente”. Tal vez el legislador pensaba en las parejas no casadas que amparar la relación de paternidad de cualquier varón respecto de hijo habido con cualquier mujer, ya que, aunque es cierto no bastará el mero documento si no se añade la prueba de que tal es el material productor utilizado, (y eso no lo dice el precepto), la utilización de la técnica queda al arbitrio de la propia mujer. La única manera de templar tan alarmante consecuencia es entender que, si el marido puede consentir respecto de su mujer, el varón no casado ha de consentir en relación con una mujer indeterminada.

La referencia del último inciso del art. 9.3 a la acción de reclamación de la paternidad ha de entenderse respecto de la acción que deriva precisamente de la utilización de esta técnica en relación con el propio material reproductor, y no otra, según antes hemos visto.

El último párrafo del art. 9º admite la revocación del consentimiento en cualquier momento “anterior a la realización” de las técnicas. El precepto sobra, y además perturba. Lo primero en cuanto a la mujer se refiere, porque lo decía ya el art. 2.4. Lo segundo es notoriamente incierto, en cuanto el momento en que se puede revocar ha de ser necesariamente anterior al fallecimiento.

1.7.2.8 Reclamación del semen o de los embriones depositados

Una de las cuestiones bastante debatidas en relación con las técnicas de reproducción asistida viene dada con referencia a la fecundación *post mortem*, en especial cuando fallece el marido o compañero estable de una mujer que con anterioridad habían depositado un embrión o bien espermatozoides en un banco.

La pregunta que nos podemos hacer es ¿tiene la mujer viuda derecho a reclamar ser inseminada artificialmente, con el semen de su marido o compañero, o pedir en su caso que se le transfieran los embriones congelados?

La respuesta para mí está clara: dependiendo de lo que el marido haya dejado dispuesto o no acerca de la utilización de dichos embriones congelados. Si el marido no ha dejado de forma expresa su autorización para que su viuda sea inseminada o, fecundada en su caso, la mujer no podrá pedir que se practique la inseminación o la fecundación. La mujer no podrá aducir un derecho hereditario sobre el semen, puesto que éste no es una cosa susceptible de disposición *mortis causa* o de apropiación a título sucesorio. Sólo la propia persona puede decidir sobre el uso y destino de sus aptitudes genéticas. También es interesante la opinión de Zannoni que considera que no deberían admitirse demandas tendientes a reivindicar

propiedad del semen por parte de la viuda. Antes bien, debería disponerse su destrucción para evitar cualquier controversia que, eventualmente, plantease una inseminación heteróloga a favor de otro matrimonio con ese semen conservado. No estamos de acuerdo con la postura defendida por Zannoni, o mejor dicho con una parte, porque estamos de acuerdo con que no se tenga derecho por parte de la viuda a reclamar el esperma si el marido no lo dispuso de forma expresa en escritura pública o en testamento antes de morir. En el supuesto de que no lo dispusiera, la viuda no podría reclamar el esperma, pero tampoco vemos la necesidad de destruir el semen, pudiendo ser utilizado por otras parejas. Si lo que dejó depositado fue un embrión tampoco estamos de acuerdo con que se destruya en el supuesto de que no exista autorización por parte del marido fallecido, también se podría utilizar para obtener células madre para remediar alguna enfermedad grave antes que destruirlo, porque si lo destruye el mal que se podría causar ya estaría hecho, en cambio antes de destruirlo podría ser utilizado para hacer algún bien.

García Rubio considera que no cree que el simple depósito de semen sin declaración de voluntad alguna sobre su destino en caso de muerte autorice a la viuda o conviviente a utilizar los gametos del fallecido para su propia fecundación, y ello aunque el depositario pensase usar su esperma con ese fin para el caso de vivir, pues el deseo de procrear un hijo no se identifica con el deseo de traer al mundo un ser humano. En consecuencia, si se trata de un semen depositado del marido en un banco de semen, si no hay autorización expresa del marido fallecido para que lo utilice su viuda, ésta no podrá reclamarlo.

Ahora bien, si se tratara de que ambos cónyuges depositen un embrión en un banco, el problema estaría planteado si se denegaba su utilización en caso de su fallecimiento. Si éste se produce sin haber hecho ninguna referencia al embrión depositado sería la viuda la que tendría que tomar la decisión de fecundación o no. En el supuesto de que la viuda no desee utilizarlo el centro donde está depositado pienso que podría donarlo a otra pareja que lo quisiera y estaríamos ante la donación de embriones. La legislación española sobre técnicas de reproducción asistida no ha

contemplado el supuesto que surge cuando mueren los “padres” del embrión congelado y depositado en el banco, pero en su Disposición Final Tercera letra b, señala que los gametos de los donantes fallecidos pasarán a disposición de los bancos, que los utilizarán en los términos acordados con aquellos y en base a la Ley. El Derecho mexicano no hace referencia alguna a esta materia.

Una vez que el marido o compañero estable ha otorgado su consentimiento para que su viuda pueda utilizar su esperma o el embrión en su caso, puede revocar el consentimiento en la ley española así viene regulado en el art.9.4 señalando “que el consentimiento para la utilización de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquella”.

En definitiva, el único problema que se plantea es que la ley española no dice nada respecto en qué forma se ha de realizar la revocación del consentimiento. Este puede ser otorgado, como ya hemos señalado, en documento público o en testamento, pero cabe la pregunta ¿puede revocarlo en documento privado?, consideramos que no existe ningún impedimento para que así se haga.

1.7.2.9 Filiación de los hijos nacidos por fecundación *post mortem*

Admitida la fecundación *post mortem*, y puesto una vez más nuestro rechazo a este tipo de inseminación o fecundación, es necesario preguntarnos sobre la filiación matrimonial y no matrimonial del hijo nacido a través de la fecundación *post mortem*. Entendemos que juega un papel fundamental para establecer la filiación de este tipo de fecundación el consentimiento prestado por el marido o compañero estable de la pareja en escritura pública o en testamento, para que se fecunde a su mujer – ya sea por inseminación artificial, en el caso de que esté depositado el esperma en el banco, o por transferencia de embriones (cuando el fallecido aportó su esperma para formar el embrión) – después de su muerte, dentro de los plazos señalados. Voy a referirme a este tema con base en la legislación española. Cabe distinguir varios supuestos:

a).- Fecundación *post mortem* con consentimiento expreso del marido y con la aportación de su esperma dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del esposo.

Tal generación ha señalado Serrano Alonso produce los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial (art.9.2 *in fine* de la Ley), esta equiparación del hijo superpóstumo al hijo matrimonial es una ficción de la propia ley puesto que en rigor no se dan ninguno de los supuestos que a la luz de las exigencias de los artículos 108 a 116 del Código civil español, permite calificar una determinada filiación como matrimonial (Serrano Alonso, 1989).

Cuando se produce la concepción del hijo, la mujer fecundada ya es viuda, ya no existe matrimonio, puesto que se ha disuelto con la muerte del marido, no habiendo concepción durante el matrimonio.

b).- Si la fecundación *post mortem* se produce en la mujer con gametos de su esposo sin consentimiento expreso de éste, o bien existiendo ese consentimiento se efectúa la fecundación una vez transcurrido el plazo de seis meses (o de nueve o doce en Cataluña, dependiendo si existió o no prórroga) desde la fecha del fallecimiento del esposo, el hijo así nacido tendrá la consideración de no matrimonial de la madre y, con respecto al padre no existirá ningún vínculo jurídico.

c).- Fecundación *post mortem* llevada a cabo por la mujer con gametos aportados por donante o sin que exista consentimiento expreso del esposo ya fallecido dará lugar a que el hijo así concebido tenga la consideración de hijo no matrimonial de la madre y, con respecto al esposo ya fallecido, no tendrá ningún vínculo jurídico, no existiendo ninguna relación con el donante de gametos en su caso.

d).- Fecundación *post mortem* de mujer no casada con gametos de su pareja estable fallecido con consentimiento expreso de éste: el hijo tendrá la consideración de no matrimonial con respecto a la madre y, con respecto al padre tendrá acción para instar el reconocimiento como hijo no matrimonial

del fallecido en el expediente previsto en el art.49 de la Ley de Registro Civil española.

Bajo este mismo supuesto si no existe consentimiento del compañero de la mujer fecundada, o bien se hace fuera de los plazos señalados por la ley, el hijo, tendrá la consideración de no matrimonial respecto de la madre y no existirá ninguna acción de filiación frente al varón.

Veamos los efectos de la filiación: no hay unanimidad en la doctrina al señalar cuales son los derechos de los hijos habidos en la fecundación *post mortem*.

El Informe Warnock señala que el hijo que nace por fecundación *post mortem* no tiene derecho a la herencia de su padre. La ley española se manifiesta en sentido contrario, aunque no lo diga de una forma clara.

Considero que los hijos habidos de la fecundación *post mortem* tienen los mismos derechos sucesorios que los hijos póstumos normales, es decir, los concebidos antes de la muerte del esposo de la mujer que pare. Esta solución tiene su fundamento jurídico no sólo en que la ley no los excluye de la sucesión del fallecido sino por aplicación del principio de que todos los hijos son iguales ante la ley.

En el caso de que se produzca la muerte del esposo y éste haya dejado en un banco material genético, desde el punto de vista práctico hay que entender que, si se abre la sucesión, sus herederos se entiende que aceptan la herencia bajo condición en tanto no transcurra el plazo de seis meses si dejó autorización expresa para la fecundación de la viuda si ésta lo deseaba. En el supuesto de que se diese la fecundación *post mortem*, el hijo así nacido en los casos expuestos anteriormente tendría derecho a compartir la herencia con sus “hermanos”, transcurridos los seis meses y no habiendo hecho uso de los gametos depositados, los hijos adquieren de forma definitiva la herencia.

1.7.2.10 Las donaciones en la fecundación *post mortem*

Por lo que toca a los hijos habidos a través de la fecundación *post mortem*, si ya han sido concebidos a tenor de lo que señala el art.627 del Código civil español, creo que no existe ningún impedimento para que puedan recibir donaciones. En el supuesto de que no haya sido aún concebido habría que esperar a que transcurra el plazo de los 6 meses, y si es concebido en ese plazo también tendrá derecho, pues el concebido se considera nacido para todos los efectos que le sean favorables. Incluso se daría la revocación de donaciones por superveniencia de hijos.

1.8 Inseminación heteróloga (inseminación por un tercero)

Comienza aquí otro recorrido, que necesita de nueva cuenta entrar al terreno de las definiciones.

1.8.1 Concepto de inseminación artificial heteróloga (IAH)

La inseminación artificial heteróloga es aquella que se lleva a cabo con semen que no pertenece al marido de la mujer inseminada.

Ese tercero que aporta el semen se conoce con el nombre de donante, estamos ante la IAD. También se puede producir esta inseminación cuando es una mujer la que aporta el óvulo para que otra sea inseminada.

Este tipo de inseminación se lleva a cabo cuando el marido es estéril y también en aquellos casos en los que existiendo una incompatibilidad del factor RH, o incluso, si el marido es fértil, se puede dar el supuesto que este sea portador de una anomalía cromosómica que se transmite. Es mucho más fácil y menos costoso el supuesto en el que se necesita esperma, pues es fácil de obtener de un banco donde se encuentran congelados, siendo posible la obtención del esperma fresco, pero no es lo corriente porque ha de ser sometido a un completo análisis, para comprobar que no tiene ningún defecto. En el caso de que sea la mujer la estéril, se puede recurrir a un banco para obtener un óvulo, siendo esta operación más complicada y onerosa.

1.8.2 Clases de inseminación artificial con donante

a).- Inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido.

Este es el supuesto que se da de forma más corriente y se lleva a cabo en aquellos casos en los que existe esterilidad bien sea en el marido o en la mujer. Cuando se acude a una inseminación artificial con semen de un tercero estamos en presencia de un supuesto que es compartido por los dos miembros de la pareja.

El hijo así obtenido será matrimonial, si es un matrimonio el que acude a estas técnicas, y el hijo será inscrito como hijo de ambos esposos. Si se trata de una pareja que convive se inscribirá como no matrimonial.

Si el marido da su consentimiento para que su esposa acuda a estas técnicas no podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo que la esposa tenga de acuerdo con la legislación española, pero en general la doctrina no es unánime en todos los países, y hay autores que mantienen que en aquellos casos en los que prestó su consentimiento se puede arrepentir e impugnar la paternidad del hijo nacido.

b).- Inseminación artificial heteróloga en contra de la voluntad expresa del marido o sin su consentimiento.

En este caso lo único que puede hacer el marido es impugnar la paternidad. En el derecho español, el marido puede pedir la separación con base en el art.82.1 del Código Civil o impugnar la paternidad en base al art.136 del mismo cuerpo legal.

c).- Inseminación artificial en contra de la voluntad de la mujer.

Sería el supuesto que el marido obligara a su esposa a someterse a una inseminación artificial, en este caso el esposo incurriría en responsabilidad penal.

1.8.3 Presupuestos de la inseminación artificial heteróloga

El siguiente es un recorrido por los presupuestos de la IAH, que funcionan como

requisitos a cumplir en el caso de intentarse un acuerdo de este tipo.

1.8.3.1 Gratuidad

El concepto de donante se admite tanto masculino como femenino. En el caso de donante masculino, no se considera donante al marido o conviviente de la mujer que se presta a someterse a estas técnicas, por lo que no se les aplica el mismo régimen jurídico. En el caso de que sea una mujer la que es incapaz de producir óvulos, tendrá que recurrir a una donante y por tanto dará a luz un hijo que desde el punto de vista genético no es su hijo.

La donación que se establece es un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el Centro autorizado, que no debe tener nunca un carácter lucrativo o comercial.

La Recomendación 1.100 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica, señala que la donación de órganos no debe tener ningún carácter mercantil. Igualmente, debe prohibirse la compraventa de embriones, de fetos o de sus componentes.

En el mismo sentido el Consejo de Europa, a través del Proyecto de Recomendación nº 87 del Comité de Ministros de los Estados Miembros (CAHBI), Strasburgo, 3 de noviembre de 1988, en el principio 9.1 establece que la donación de óvulos, de esperma, de embriones y cualquier otro elemento obtenido de éstos no puede dar lugar a ningún beneficio.

1.8.3.2 Anonimato

El tema del anonimato del donante es una de las cuestiones que más polémica plantea en la doctrina. La inseminación artificial heteróloga, tiene como una de sus características principales que la identidad del donante queda oculta tanto para la mujer que ha sido inseminada como para el marido o compañero estable. En general, cuando la pareja acude a estas técnicas es porque no puede obtener lo que desea por medios naturales y, en consecuencia, lo que buscan es olvidar lo antes posible ese paso que han dado, aunque quieren mantener en la familia la unión más amplia posible. El anonimato es mantenido por la mayoría de las legislaciones como una condición esencial para llevar a cabo la inseminación artificial heteróloga, con ello se pretende evitar dentro de lo posible la responsabilidad del donante, y por otro lado, se dan todo tipo de facilidades para que el entorno de la pareja ignore que ese hijo es fruto de una inseminación artificial heteróloga. De esta manera, en la mayoría de los casos se puede aparentar que el hijo no procede de estas técnicas, que son los padres biológicos.

Se mantiene por parte de la doctrina que la ley, cuando establece el anonimato del donante, está atentando contra el principio de verdad biológica y el derecho de toda persona a conocer sus orígenes, encuadrado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Ley española establece en su art.2.5 para el médico el estricto secreto de la identidad de los donantes y el art.5.5. señala:

“La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y enclave 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 la receptora 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 acudirá a lo dispuesto en el art.8 apartado tercero. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

El Principio 13 del Proyecto de Recomendación del CAHBI establece a este respecto que: “El médico y el personal del establecimiento que realicen las técnicas de procreación artificial deben conservar el anonimato del donante y, bajo reserva de las disposiciones de la Ley nacional en casos de procedimiento judicial, el secreto de la identidad de los miembros de la pareja, así como el secreto sobre la misma procreación. Las informaciones concernientes a las características genéticas del donante pueden ser suministradas en interés de la salud del hijo o con fines de consejo genético”.

El que sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes penales pueda darse la identidad de los donantes da lugar a la existencia de dos posibilidades de eliminación del anonimato: que exista un peligro real para la vida del hijo, o bien que exista necesidad de averiguar la identidad del delincuente, sin que corra peligro la vida del hijo (Montes Penades, V., El consentimiento en la fecundación humana asistida, Cuadernos de Derecho Judicial, nº.3).

La doctrina ha adoptado tres posturas:

a).- Los que consideran inconstitucional la disposición del anonimato:

Esta corriente doctrinal en el ámbito español la encabeza Pantaleón Prieto que considera que el anonimato atenta contra distintos artículos de la Constitución Española: el art.39.2 que establece el principio de la verdad biológica en materia de filiación, si bien hay que entender que no toda la doctrina está de acuerdo con él, porque ese principio no es absoluto y puede ser limitado. Por otro lado, considera este autor que el negar a los hijos la posibilidad de conocer su filiación biológica frente a otros atenta contra el

derecho a la igualdad constitucional establecida en el art.14. A este respecto hay que señalar que se estableció un recurso de inconstitucionalidad sobre esta materia, al que haré posterior referencia.

También chocaría con el art.10 de la CE, ya que degrada al hijo a la condición de objeto, atentando contra su dignidad, ocultándole a su padre de modo sistemático, sin justificación alguna.

El art.15 que consagra el derecho a la integridad física y moral, pues la revelación del donante puede resultar necesaria para proteger dichos bienes y no sólo la vida del nacido, caso que sí es amparado por el art.5.5 de la Ley de Técnicas de reproducción asistida.

El art.39.3 de la Constitución que impone el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos, sobre todo en aquellos casos en que la pareja de la receptora no aceptase la procreación, lo que también podría conculcar el principio de igualdad constitucional.

b).-Admitir la constitucionalidad de la ley.

Esta tesis es mantenida principalmente por Lacruz Berdejo, en su libro *La Constitución y los hijos artificiales*, que considera que no se debe aplicar el principio de la verdad biológica que establece el art.39 de la Constitución Española. El autor citado considera que no se debe hacer responder al donante de gametos por el acto de procreación, pues la Ley de Técnicas de reproducción asistida establece en su art.6-5 la intercambiabilidad y aleatoriedad del material reproductor, lo que da lugar a una especie de “*exceptio plurium concubentium*” internacional de que dispone el donante frente a la receptora y el hijo. Por otra parte, que la “ratio” del art.39.2 es el de solucionar el problema del hombre que escapa de sus responsabilidades respecto del hijo. En definitiva, entiende Lacruz que el legislador español constitucional no se planteó la existencia de estas técnicas, y pienso que es lógico un trato diferenciado de estas técnicas con el resto de la legislación.

Vercovitz también defiende el anonimato de estas técnicas considerando que existe base suficiente para defender una interpretación en la que quede

limitada la investigación biológica a los casos de fecundación natural. (Bercovitz, 1994).

c).- Existe derecho a conocer la identidad del donante, aun cuando ello no determina la filiación.

Esta postura es defendida principalmente por Rivero Hernández, en su libro *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial, Filiación a finales del siglo XX*, que parte de la existencia de una categoría jurídica diferente y distinta, enfrentando padres por naturaleza a padres civiles, lo que sin embargo es contrario al anonimato.

El anonimato es una cuestión muy debatida, las legislaciones europeas no son unánimes, pues países como Italia son partidarias del anonimato mientras que otras –acorde con la ley sueca- son contrarias a él.

En la doctrina española Herrera Campos entiende que debe darse la opción al nacido por estas técnicas, generalmente una vez que ha obtenido la mayoría de edad, no antes, de conocer la identidad del donante, si bien no cabe en ningún caso, atribuir la filiación, y en consecuencia no existe ningún vínculo legal entre donante e hijo.

Hay opiniones para todos los gustos. Se podría interpretar que la ley española es inconstitucional al tener un carácter vulnerador de la garantía constitucional de la familia, pues al hablar tanto de pareja humana como de mujer sola, posibilita el anonimato del padre biológico donante, y si bien es verdad que junto a la paternidad biológica tenemos la legal, como la adopción, en ésta se trata de proteger el interés del hijo, y con la ley de técnicas de reproducción asistida sólo se busca prohibir la investigación de la paternidad, tratando de salvaguardar intereses de las personas que intervienen en las actuaciones médico-biológicas de la reproducción asistida, pero que no impiden el ejercicio de derechos básicos del hijo.

Estamos en presencia de un complejo conflicto de intereses: por un lado, el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica o sanguínea

que algunos autores consideran como un derecho fundamental vinculado a la inviolabilidad de la persona; por otro lado, el derecho a la intimidad personal o familiar que corresponde a los padres jurídicos y la protección que el Estado debe dispensar a la estabilidad de las relaciones familiares. La constitución española ordena al legislador que “posibilite” la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva la ley sólo podrá ser tachada de inconstitucional por infringir lo dispuesto en el art.39.2, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad.

No es este el caso de la previsión contenida en el art.5.5 de la Ley española 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como punto de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico propio, comprensivo de derechos y obligaciones recíprocas, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de reproducción asistida no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción de investigación que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la constitución española.

Se ha de señalar que 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, como ya hemos señalado anteriormente, 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.

El derecho al conocimiento de la verdadera filiación debe considerarse que es un derecho inviolable y a él se refiere el art.10 de la Constitución Española que no puede ser vulnerado por lo establecido en la Ley de técnicas de reproducción asistida. Por lo tanto, se debe permitir que el hijo averigüe a quien pertenece la herencia genética que recibió, sin que ello implique establecer una relación jurídica, pues el donante debe quedar siempre desligado jurídicamente del hijo que nazca. El anonimato del donante deja de ser, de esta manera, una regla de juego.

1.8.3.3 Capacidad

El art.5.6 de la Ley española requiere que el donante tenga mayoría de edad, es decir, 18 años cumplidos y plena capacidad de obrar, debiendo someterse, en cuanto a su estado psicofísico a un protocolo obligatorio de carácter general que incluirá las características fenotípicas, del donante, y la previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciones transmisibles. El único consentimiento que se exige es que preste su consentimiento para donar su material reproductor, se ha de hacer por escrito y a favor del centro autorizado.