

## La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación

FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ

Profesor Titular U.A.B.

**SUMARIO:** Introducción.—1. Principios y límites constitucionales, a) Principio de igualdad; b) Principio de investigación de la paternidad; c) Otros principios constitucionales.—2. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. La posible inconstitucionalidad de alguno de sus preceptos. a) La limitada revocabilidad de la donación de gametos; b) La fecundación *post mortem*; c) Anonimato del donante (dador), investigación de la paternidad y determinación de la filiación; d) Inseminación de la mujer sola.—3. Aplicación de la Ley T.R.A. en Cataluña (paradigma) (\*).

---

(\*) Estando en pruebas este trabajo, se publica la Ley de la Generalidad Catalana de filiaciones. En ella se hace referencia a la filiación derivada de inseminación artificial. La transcripción de tales normas me exime, por mor de la inteligencia del lector, del trabajo de adecuar este estudio a aquella normativa.

*Art. 1.2.* “También se presumen hijos del marido los nacidos en virtud de la fecundación asistida de la esposa con el consentimiento expreso del marido, formalizado en documento público”.

*Art. 2.1.* “...No se admite la impugnación basada sólo en la fecundación asistida de la esposa si se ha hecho con el consentimiento expreso del marido, formalizado en documento público...”.

*Art. 4.1.a)* “...El consentimiento del varón a la fecundación asistida de la mujer-madre del nacido, formalizado en documento público, equivale al reconocimiento de la filiación y es bastante para inscribir la filiación en el Registro Civil”.

*Art. 5.2.* “Se equiparan a la cohabitación sexual el reconocimiento no formal o tácito y la fecundación asistida de la mujer hecha con el consentimiento del varón, formalizado en documento público”.

*Art. 9.* “En los casos de nacimiento como consecuencia de fecundación asistida “post mortem”, el nacido se considera hijo del marido de la madre o del que conviva con ella, siempre que concurran las siguientes condiciones:

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

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

## INTRODUCCION

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante Ley T.R.A.) ha añadido una serie de cuestiones a las ya suscitadas antes de su promulgación y de las que se hizo eco la doctrina civilista (1). Así, además de los problemas relativos a la necesidad de regular tales técnicas (cuestión que obviamente carece ya de sentido, salvo que se abogue por la derogación de la Ley con base precisamente en su innecesariedad), el valor del consentimiento, las responsabilidades derivadas de dichas prácticas, la fecundación *post mortem*, etc., en la actualidad surgen nuevos problemas derivados fundamentalmente tanto de las paladinadas deficiencias de técnica jurídica manifiestas en la Ley T.R.A. (2) cuanto de algunas de las soluciones ofrecidas por dicha Ley.

En este segundo grupo de cuestiones (el primero ya lo resuelve el jurista a través de los criterios interpretativos y, a veces, mediante un derroche de imaginación) aparecen problemas acerca de la constitucionalidad de algunos preceptos, de competencia legislativa (3) y de aplicación de la Ley T.R.A.

---

c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de nueve meses a partir de la muerte del marido o de aquel con quien conviva la madre. Este plazo puede ser prorrogado por el juez, por causa justa, por un tiempo máximo de tres meses".

(1) Así, a la *Filiación a finales del siglo XX Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, se dedicó el II Congreso Mundial Vasco 1988.

(2) Vid. PANTALEÓN, F., *Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida*, en *Jueces para Democracia*, de 5 de diciembre de 1988, págs. 19 y sig.; y LLEDÓ YAGÜE, F., *La ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida*, (XLI) A.D.C., vol. IV, 1988, pág. 1241.

(3) Tómese en consideración que la filiación es una de las materias tradicionales de algunos derechos llamados forales. Así, por ejemplo, se regula en los artículos 4 y sigs. de la *Compilación de Derecho civil de Cataluña*. La competencia legislativa está atribuida, en este caso, a la Generalidad de Cataluña por mor de los artículos 149,1,8 C.E. y 9,2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Además, la anterior afirmación es defendible tanto desde la que podemos llamar interpretación restrictiva o historicista de mencionado precepto constitucional (por todos, vid. LASARTE, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, págs. 104 y sigs.) cuanto desde direcciones intermedias (vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los derechos civiles forales en la Constitución*, en R.J.C., 1979, 564 y sigs., y *La potestad legislativa de la Generalitat de Cataluña sobre el Derecho civil catalán*, en *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, 1982, 39 y sigs.) o maximalistas (vid. PUIG SALELLAS, J.M., *El concepte de Dret civil català a l'Estatut d'Autonomia*, en *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, 1980, 107 y sigs., en concreto, 110 y 111; ROCA I TRÍAS, E., *L'estructura de l'ordenament civil espanyol*, en R.J.C., 1988, 189 y sigs.).

Igualmente vid. GETE-ALONSO y CALERA, M.C., *Apuntes sobre los problemas jurídicos que plantean las nuevas técnicas de reproducción humana*, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 14-1986, Universitat de les Illes Balears, págs. 34 y sigs.; y *Cuestiones relacionadas con los modos de legislar* (ponencia inédita), en *Jornades sobre Questionament de les noves tècniques de reproducció humana des de els àmbits jurídic, medic etic social*, págs. 1 y sigs.

Varios y extensos son, pues, los problemas suscitados por la mencionada Ley, no todos referentes al Derecho civil. Este trabajo no pretende ser más que una breve reflexión acerca de uno de tales problemas sin ánimo alguno de agotarlo: la constitucionalidad de los preceptos atinentes a la filiación, es decir los artículos 7 a 10, intitulados por la propia Ley *Los padres y los hijos*. También he añadido la de la aplicación de la Ley T.R.A. en Cataluña, como paradigma de la aplicabilidad de tal Ley en Las Comunidades Autónomas con Derecho propio en cuyas Compilaciones se regula, con mayor o menor extensión, el instituto de la filiación.

## 1. PRINCIPIOS Y LIMITES CONSTITUCIONES

Aunque, como ya ha señalado algún autor (4), los supuestos de reproducción humana asistida no estuvieran en la mente del legislador constitucional ni en la del legislador que reformó el Código en sede de filiación, no es menos cierto que ello no es obstáculo que impida someter la posible regulación de los efectos jurídicos de la reproducción humana asistida al imperio de la Constitución. Posiblemente, como veremos, algunas normas constitucionales deban ser interpretadas de acuerdo “con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”; atendiendo a su espíritu y finalidad, pero nunca vaciándolas de contenido ni pretendiendo una interpretación contraria al espíritu que informa y conforma la Constitución.

Básicamente, los principios constitucionales que afectan a esta materia son el principio de igualdad y el de investigación de la paternidad, así como otros principios y normas a que me referiré posteriormente.

### a) Principio de igualdad

El primer y fundamental principio es el de igualdad, derivado de los artículos 39,2º; 14 y 9,2º C.E.

El artículo 14 C.E. establece, como es bien sabido, el principio de igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Por cuanto a este trabajo interesa, el principio de igualdad del artículo 14 significa la prohibición constitucional de discriminación por razón, permítaseme, de la forma de fecundación. No puede ser, pues, de mejor trato el fecundado o concebido naturalmente —es decir, mediante relación coital— que el fecundado con ayuda o asistencia de técnicas científicas o clínicas.

---

(4) Por todos, LLEDÓ YAGÜE, F., *La ley sobre la técnica...*, cit., pág. 1.245 y sig.

Además, los poderes públicos, cualquiera que sea la Administración, deben promover la condiciones para que esta igualdad de los individuos sea real y efectiva ex artículo 9,2°.

En la materia objeto de este trabajo, el principio de igualdad se concreta en el artículo 39 C.E. El punto segundo de este precepto establece que que “los poderes públicos aseguran... la protección integral de los hijos, igual estos ante la ley con independencia de su filiación”.

Es pensable que el legislador constituyente no tuviera en consideración, al redactar este precepto, las posibilidades ofrecidas por las técnicas de reproducción asistida y sí y sólo la filiación derivada de la relación coital de la pareja heterosexual, ya unida en matrimonio, ya unida de hecho. Así se podría deducir del hecho de que el legislador no hiciera mención alguna a estas técnicas ni en la propia Constitución ni en las posteriores reformas del Código civil en sede de filiación (artículos 108 a 141, reformador por la Ley 11/1981, de 31 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio).

A mi entender, estas objeciones son irrelevantes. En primer lugar, porque la esencia del precepto transcrito no se halla en las clases de filiación ni en el modo de concepción (el cual no aparece) sino en el principio de igualdad de los hijos. Más aún, asentado el mencionado principio de igualdad, la expresión “independientemente de su filiación” parece, en principio, innecesaria: si los hijos son iguales, lo son con independencia de cualquier condición o situación personal propia o de sus progenitores. La expresión comentada parece una respuesta a la regulación jurídica anterior a la Constitución (hay varios ejemplos en la propia Constitución y en el Código civil: el principio de igualdad entre los cónyuges se reitera en los artículos 14 —en general— y 32 C.E. y 66 C.C.) en la cual se podía verificar una discriminación de los hijos por causa de su filiación.

Por otro lado, el legislador constituyente no determina los tipos de filiación ni el contenido de estos. Solamente se limita a señalar que, sean los que fueren los tipos de filiación, los hijos no pueden ser legalmente discriminados. Ello supone, por lo demás, una consideración global del hijo como persona, acorde con la dignidad que le es propia, el libre desarrollo de su personalidad y los derechos que le son inviolables, tal como proclama el artículo 10 C.E.

La cuestión, por tanto, se traslada a un momento lógicamente anterior: el de la determinación de la filiación y su influencia en las técnicas de producción humana asistida. Aquí incide el segundo principio constitucional contenido en el mismo artículo 39,2 C.E.: la investigación de la paternidad.

## b) Principio de investigación de la paternidad

El principio de investigación de paternidad se limita obviamente a los supuestos de inseminación artificial heteróloga (I.A.D.) o fecundación *in vitro* heteróloga (F.I.D.), pero no a aquellos supuestos de inseminación o fecundación homóloga porque en estos la paternidad está ya determinada.

El punto segundo del artículo 39,2 C.E. establece en su inciso final que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

Esta norma constitucional incide directamente en las técnicas de reproducción asistida hasta el punto de que, como veremos, una de las más repetidas tachas de inconstitucionalidad, puesta de manifiesto por la doctrina respecto de la Ley estatal sobre técnicas de reproducción asistida, ha sido precisamente lo que se conoce como el “anonimato del donante”. La citada ley impide, como regla general, la investigación de la paternidad para el supuesto de fecundación artificial por donante. Además, en los supuestos en que se permite, se impide conocer la identidad del donante y de manera radical y rotunda la determinación de la filiación (5).

En principio, creo que debe entenderse que la expresión “posibilitaría” utilizada en la Constitución legítima determinados límites a las acciones de investigación de la paternidad, es decir, a las acciones de filiación (respecto del Código civil) (6) en cuyo proceso se proceda a la investigación de la paternidad o de la maternidad, aun con pruebas biológicas. Así, por ejemplo, los breves plazos de caducidad, la legitimación —aun siendo acciones de estado— o el requisito del principio de prueba ex artículo 127, *in fine* C.C.

No puede entenderse, pues, en sentido amplio y contrario, es decir, que el legislador posibilitará o no posibilitará, según los casos y a elección del propio legislador, la investigación de la paternidad.

El legislador, en definitiva, puede limitar la investigación de la paternidad, pero no puede evitarla, prohibirla o no posibilitarla absolutamente. Sin embargo, posiblemente sí pueda establecer qué efectos derivan de la determinación de la paternidad biológica. Con mayor claridad, podría establecer que de tal paternidad biológica no se deriven relaciones jurídicas de filiación (fundamentalmente, apellidos, alimentos y derechos sucesorios). Es decir, el legislador podría establecer una pura

---

(5) Vid. los artículos 5º y 8º Ley, 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Vid, también PANTALEÓN, F., *Contra la ley...*, cit., págs. 23 y sigs., y LLEDÓ YAGÜE, F., *La ley sobre técnicas...*, cit., pág. 1.244.

(6) Recuértese que el Código civil no contiene una acción de investigación autónoma e independiente de las acciones de filiación, sino que posibilita, en el artículo 127, la investigación de la paternidad y de la maternidad en los juicios sobre filiación (reclamación e impugnación). En cambio, en la Compilación de Derecho civil de Cataluña sí se establece tal acción con carácter autónomo respecto de las de filiación (artículo 4 Comp.).

acción de investigación de la paternidad, independiente de las acciones de filiación *strictu sensu*, y de cuyo resultado no derivare la filiación. Podría, en definitiva, no atribuir al progenitor (padre biológico) el rol jurídico-social de padre, con el contenido de deberes y facultades que lleva aparejado. Buena prueba de ello es la institución de la adopción (vid. el artículo 178, con sus excepciones, y 180,4 C.C.).

Aunque a ello me refiriré posteriormente, creo que la anterior solución es la más ecuánime y no vulnera los preceptos constitucionales. Sin embargo, siempre cabría cuestionarse si los hijos tienen un derecho constitucionalmente amparado a conocer, al menos, la identidad de sus progenitores. La respuesta no es sencilla. En el ámbito constitucional, tal derecho podría entrar en soslayo a través del artículo 10 de la Constitución: si se entiende que la dignidad de la persona o que el libre desarrollo de su personalidad implica necesariamente el conocimiento de la identidad de los progenitores. No en el caso contrario. También podría buscarse un cierto amparo en el artículo 15 de la Constitución: si se piensa que la integridad moral del sujeto abarca el conocimiento de la identidad de sus progenitores.

Pero incluso admitiendo las dos posibilidades anteriores, debe tomarse en consideración que se trataría de un derecho o de una facultad del sujeto, no de una obligación o de un deber de los progenitores o de los “padres jurídicos” de poner en conocimiento del sujeto de verdad-identidad biológica de su fecundación. Pero entonces ¿qué derecho es éste? ¿Frente a quién se actúa? ¿Frente al centro médico donde se produjo la fecundación asistida o donde se guarda la identidad del dador? ¿Frente al Estado? ¿Y no podría el progenitor e incluso los “padres jurídicos” alegar el derecho a la intimidad personal y familiar en virtud del artículo 18 de la Constitución?

La cuestión es ardua. Creo que nadie puede ni debe ser privado de conocer su identidad biológica en la misma medida que creo que los progenitores (dadores) y los padres no tienen el deber jurídico de revelar al hijo tal identidad biológica.

Garantizar el anonimato de los dadores es posiblemente inconstitucional si significa impedir la investigación de la paternidad. Pero padre jurídicamente es quien asume tal función o quien determina el Ordenamiento jurídico atribuyéndole dicha función, no quien determina la biología. La deseable coincidencia entre verdad biológica y verdad jurídica desde contemplarse debe la perspectiva jurídica, no desde la biológica. Si no coinciden debe prevalecer la verdad jurídica y social (el concepto de padre es un concepto cultural) sobre la biológica.

Si se entiende que el hijo tiene derecho a conocer su identidad biológica, posiblemente la solución deba articularse mediante la armonización de diversos criterios:

- a) Al hijo nacido como fruto de estas técnicas no se le puede im-

posibilitar la investigación de su origen biológico, incluido la identidad del dador de los gametos (7).

b) Ni los progenitores (dador) ni los padres (jurídicos) tienen la obligación de poner en conocimiento del hijo la forma de su concepción ni la identidad del dador, en la medida que no está obligado padre alguno, incluidos los padres adoptivos. Así se reserva, en lo posible, la intimidad de aquéllos y de su familia.

c) Si se conoce la identidad del dador —la cual, como digo, no se debe impedir—, de ello no debe derivar relación de filiación alguna entre éste y el hijo. En este punto se puede y debe escindir inexorablemente el dato biológico del dato jurídico.

Las soluciones pueden ser varias: abstracción hecha de la inseminación homóloga con consentimiento del marido o compañero *more uxorio*, la cual no presenta problemas, se puede optar entre atribuir la filiación solamente a la mujer (lo cual no me parece inconstitucional) o bien pedir el consentimiento expreso al dador para proceder a una determinada fecundación advirtiéndole de su responsabilidad y atribuyéndole, en su caso, la relación de filiación. Es decir, combinando los principios de responsabilidad y consentimiento (8).

### c) Otros preceptos constitucionales

Además de los preceptos indicados, otros preceptos constitucionales inciden directamente en las técnicas de reproducción asistida humana (9) y deben ser tomados en consideración tanto por el legislador es-

(7) Vid. el artículo 4 de la Ley sueca 1984: 1.140 sobre inseminación (utilizo un texto catalán, traducción no oficial del inglés) donde establece el derecho del niño concebido como resultado de estas técnicas a ser informado del contenido del informe conservado por el hospital y referente al dador de los gametos, siempre que el niño haya alcanzado suficiente madurez. Vid. igualmente, ROCA TRÍAS, E., *La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, en *La filiación a finales del siglo XX...*, cit., II Congreso Mundial Vasco, págs. 41 y sigs.

(8) Esta exigencia podría chocar contra un pretendido derecho de la mujer a ser madre (o del varón a ser padre). Pero, ¿qué derecho es éste y frente a quién se actúa? Si las mujeres (y los varones) tienen este derecho, creo que es con un contenido negativo: derecho a que no se controle, limitándolas, la maternidad o la paternidad, a que no se interrumpa forzosamente el embarazo, a fecundar y criar el número de hijos que tengan por conveniente... Pero no un derecho a ser madre o padre como quien tiene un derecho de asociación o de reunión o de libertad de expresión. Respecto del hecho de permitir la investigación de la paternidad pero sin derivar de su resultado necesariamente una relación de filiación, vid. LLEDÓ YAGÜE, *La ley sobre técnicas...*, cit., pág. 1.246, aunque este autor opta por imputar la responsabilidad derivada del vínculo de filiación al dador de gametos. Vid, también FERRANDO G., *Procreazione artificiale: verso la regolamentazione per legge*, en *Política de Diritto*, XVII, 1986, págs. 501 y sigs.

(9) Acerca de la incidencia de las técnicas de reproducción asistida en los derechos fundamentales, vid. ROCA TRÍAS E., *La incidencia...* cit., págs. 17 y sigs.; ZARRALUQUI,

tatal cuanto, en su caso, por el autonómico. Así, básicamente, se puede enumerar los siguientes principios y derechos:

a) La dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad ex artículo 10 C.E.

b) La integridad física y moral de las personas así como la proscripción de los tratos inhumanos y degradantes ex artículo 15 C.E.

c) El derecho a la intimidad personal y familiar en virtud del artículo 18 C.E.

d) La protección integral de los hijos y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, ex artículo 39 C.E.

e) Derecho a la protección de la salud ex artículo 34 C.E.

## 2. LA LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS DE SUS PRECEPTOS

Como es sabido, el legislador estatal ha regulado la materia objeto de este trabajo en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Por cuanto nos interesa, la mencionada Ley dedica los artículos 7 a 10 (*los padres y los hijos*) a regular las cuestiones de filiación derivadas de la utilización de tales técnicas, es decir, a introducir lo que el artículo 7 de la propia ley llama especialidades.

Ya he señalado anteriormente los defectos de técnica jurídica manifiestos en la ley estatal, ahora conviene precisar, fundamentalmente al hilo de la doctrina, la posible inconstitucionalidad de alguno de sus preceptos. Obviamente, me limitaré al ámbito jurídico civil.

### a) La limitada revocabilidad de la donación de gametos

El artículo 5,2 de la Ley T.R.A.: *La donación* (de gametos en virtud del artículo 5,1) *sólo será revocable cuando el donante por infertilidad sobrevenida, precisara para sí los gamentos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquellos estén disponibles...*

Dice Pantaleón (10) que la irrevocabilidad de este tipo de donación como regla general es, además de una barbaridad, inconstitucional. La dignidad de la persona y los derechos que le son inviolables tiene como contenido el derecho de autodeterminación de la persona y, en concreto, que ésta decida el sí y el cuándo de su reproducción. Por tanto, la tal donación debe ser naturalmente revocable con el único límite de la

---

L., *Procreación asistida y Derechos fundamentales*, Madrid, 1988, págs. 25 y passim., en concreto, 36 y sigs.

(10) PANTALEÓN, F., *Contra la ley...*, cit., págs. 28 y sigs.

utilización efectiva de los gametos donados (es decir, lo que la ley llama “disponibilidad actual” de los mismos) (11).

#### b) **La fecundación *post mortem***

Básicamente, la misma idea anterior de la irrevocabilidad de tales donaciones avala, a juicio de Pantaleón, la inconstitucionalidad de la norma que permite la fecundación *post mortem* (artículo 39,3 C.E. Según el citado autor, la voluntad reproductora debe ser una voluntad actual, y no futura, e irrevocable (como sería en el caso de fecundación *post mortem*, pues tras la muerte cesa la posibilidad de revocación).

La vulneración del artículo 39,3 C.E. se produce por violar el deber de los padres de “prestar asistencia de todo orden a los hijos”. De aquí deduce Pantaleón la inconstitucionalidad de permitir la fecundación *post mortem* por cuanto “da lugar a que venga al mundo un niño sin un padre que haya de cumplir con aquel deber” (12)

En mi opinión, la cuestión no puede, ni debe, presentarse en forma de dilema: nacer sin padre o no nacer, sino desde el contenido del propio artículo 39,3 C.E. Este precepto no impone un deber de estar vivos a los padres —al progenitor— en el momento, al menos, del nacimiento del hijo. No impone que el hijo tenga un padre (es decir, no reconoce el derecho del hijo a tener un padre, y mucho menos que éste coincida con el progenitor), sino que atribuye o imputa a quien es padre —en sentido jurídico, no necesariamente biológico— el deber de asistir al hijo. Obviamente tal imputación solamente es posible de una manera directa si el padre está vivo, y se pueden prever disposiciones concretas para el caso en que el hijo fuere póstumo (así, por ejemplo, las contenidas en el Código civil para el supuesto de que la viuda quede en cinta ex artículo 959 y siguientes o el plazo de los trescientos días tras la disolución del matrimonio de la presunción de paternidad ex artículo 116). Desde esta perspectiva, entiendo que no es inconstitucional la admisión de la fecundación *post mortem*. Cuestión distinta son los problemas jurídicos que deriven de dicha posibilidad así como su articulación y solución. En definitiva, el artículo 39,3 C.E. parte del concepto jurídico de padre (quien ya es padre jurídicamente) y a éste le atribuye el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos. Se trata, pues, de una cuestión de imputación de la paternidad, de determinación de los criterios atributivos de la paternidad, lo cual es lógicamente anterior a la atri-

---

(11) En el mismo sentido ya se había manifestado MONTÉS PENADÉS V. L., *El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana*, en *La filiación a finales del siglo XX...*, cit., II Congreso Mundial Vasco, pág. 195, si bien obviamente no se había manifestado acerca de la inconstitucionalidad del precepto porque su trabajo es anterior a la ley.

(12) PANTALEÓN, F., *Contra la ley...*, cit., pág. 30.

bución de los deberes derivados de la paternidad, de una paternidad ya determinada.

De esta manera, debería afirmarse desde luego, y en pura lógica conceptual, que los hijos nacidos mediante la fecundación *post mortem* son hijos no matrimoniales porque el matrimonio se disuelve, entre otras causas, por muerte de uno de los cónyuges ex artículo 85 C.C. (13). En cambio, el artículo 9,2 de la Ley T.R.A. establece que tal generación produce “los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial”. Acaso la cuestión, como ya he dicho, es más teórica que práctica (¿qué diferencia hay entre un hijo matrimonial y uno no matrimonial, en su caso reconocido?), pero es igualmente cierto que el inciso transcrito es posiblemente inconstitucional porque introduce un criterio de desigualdad en la atribución de la filiación respecto de los hijos no matrimoniales. Veamos algún ejemplo: 1) Una pareja convive *more uxorio* y son padres de un niño. En atención a tal hijo quieren “legalizar” su situación de hecho y deciden contraer matrimonio. Desgraciadamente, el padre muere días antes del contraerlo. Ese hijo es no matrimonial. 2) Una pareja decide disolver su matrimonio y se divorcian. Transcurrido más de un año reconsideran su actitud y reanudan la convivencia. Fruto de ésta nace un hijo. Tal hijo es no matrimonial.

En cambio, el hijo nacido como fruto de una fecundación *post mortem* con semen de quien fue marido de su madre es un hijo matrimonial. ¡Qué fuerza la del matrimonio más allá de la muerte!

En vano se recurra al juego de las presunciones porque éstas también tiene sus límites.

a) La presunción actúa cuando no se conoce la verdad o ésta es muy difícil de conocer y mientras no se conozca —obviamente me refiero a la presunción *iuris tantum*. En nuestro caso, la presunción que contiene el artículo 116 C.C. La propia naturaleza de las cosas excluye, en este supuesto, la presunción de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. Aquí es cierto y conocido que la fecundación se produjo tras la muerte del marido (la imposibilidad de concoer con certidumbre absoluta el momento de la fecundación natural —y, por tanto, el autor de la misma— es la base de hecho de la presunción del artículo 116) y, por tanto, una vez disuelto el matrimonio. Desde esta perspectiva, el hijo solamente sería matrimonial si la fecundación se produjera *ante mortem* o bien si, resucitado el marido, volvieran los padres a contraer matrimonio... ex artículo 119 C.C. (14).

---

(13) V.L. MONTÉS, *El consentimiento...*, cit., pág. 193, supera inteligentemente cuestiones de índole conceptual y dogmática y entiende que a los nacidos fruto de esta técnica “deben considerarse” (no dice, pues, que lo sean) hijos matrimoniales.

Realmente, la cuestión es más teórica que práctica pues, consagrado el principio de igualdad en los artículos 14 y 39 C.E. y 108 C.C., se trata de una distinción que nada distingue.

(14) En contra, LLEDÓ YAGÜE, F., *La ley de técnicas...*, pág. 1.253, donde concluye

b) Ni siquiera ha de tomarse en consideración el hecho de que la fecundación *post mortem* se haya realizado dentro de los trescientos días siguientes a la celebración del matrimonio. No hay nada que presumir: la fecundación se produjo, *volis nolis*, disuelto el matrimonio, y ante esta verdad inconcusa no cabe la presunción.

c) A mayor abundamiento, el artículo 118 C.C. posibilita el carácter matrimonial de la filiación “aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges... si concurre el consentimiento de ambos”. Nótese que lo que otorga carácter matrimonial a tal filiación no es el consentimiento de ambos cónyuges —o no sólo dicho consentimiento— sino el hecho de que el matrimonio no esté disuelto: la crisis matrimonial se limita a la separación legal o de hecho.

Por tanto, tampoco es bastante, por cuanto nos interesa ahora, el consentimiento del marido en escritura pública o en testamento.

En definitiva, entiendo que es claro el criterio de discriminación, aunque —insisto— la cuestión es más teórica que práctica porque la igualdad de los hijos está garantizada constitucionalmente “con independencia de su filiación” (ex artículo 39 y 14 C.E.), y el artículo 108 del Código civil establece que la filiación matrimonial y la no matrimonial “surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

Por lo demás, la norma del artículo 9,2 de la ley T.R.A. debe concordarse con los aspectos sucesorios toda vez que el llamado debe estar, al menos, concebido (*naciturus*) en el momento en que se produce la muerte del causante (vid. artículo 29, 627 y 959 a 967 C.C. y artículo 3,1 de la *Llei de Successió intestada —Llei 9/1987, de 25 de maig. de Successió intestada—*). La posibilidad de fecundación *post mortem* exige, pues, una nueva regulación de esta materia con base, además, en el principio de igualdad, al cual no alcanzan los mecanismos indirectos previstos por el legislador (sustitución fideicomisaria).

### c) El anonimato del donante (dador), investigación de la paternidad y determinación de la filiación

El artículo 5,5 de la Ley T.R.A., así como el artículo 8,3 de la misma ley son, a juicio de un sector doctrinal (15), de radical inconstitucio-

---

que para los hijos concebidos y nacidos *post mortem* la presunción de paternidad del artículo 116. C.C. debe modificarse y ampliarse a cuatrocientos ochenta días desde el momento del fallecimiento del causante. También entiende aplicable la presunción del artículo 116, aunque se refiere en general a la inseminación artificial, VIDAL MARTÍNEZ, J., *Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil; introducción y panorama general*, en Revista de Derecho Privado, Septiembre, 1986, pág. 3.720.

(15) DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Los consentimientos relevantes en la fecundación*

nalidad. El primero de los preceptos citados establece el secreto y anonimato de la donación y de la identidad del donante de semen, con la única excepción de las “circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes penales” si entonces es indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto.

En relación con este precepto, el artículo 8,3 señala que la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda ex artículo 5,5 “no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación”.

Antes de entrar en la posible inconstitucionalidad de tales preceptos convendría una aclaración previa: la determinación de la filiación no deriva del conocimiento o no del progenitor sino de una elección del legislador: ante dos hechos de los que derivar la relación de filiación concede primacía a uno. Por tanto, no se quiera ver en el anonimato del donante (cuasi sacralizado en la Ley T.R.A.) su “inmunidad e irresponsabilidad” respecto de su acto y en relación con el ser que posiblemente venga al mundo, sino en la determinación y criterios que establece el Ordenamiento jurídico

Los preceptos indicados son, en mi opinión, contrarios a los artículos 14 y 39 de la Constitución (según Pantaleón (16), también son contrarios a los artículos 10 y 15 del mismo texto legal).

En primer lugar, se hace de peor condición y trato al hijo nacido mediante alguna de las técnicas de reproducción asistida al negarle la posibilidad de conocer la verdad biológica, lo cual no se niega a los seres nacidos mediante la reproducción, digamos, natural. En este punto, las normas serían contrarias a los artículos 14 y 39,2 C.E.

Además, en segundo lugar, se niega radicalmente la posibilidad de investigar la paternidad, vulnerando de manera paladina el artículo 39,2 último inciso C.E., donde se establece que la ley posibilitará la investigación de la paternidad. Ya dije que la expresión “posibilitará” puede admitir determinadas restricciones de orden temporal (plazos) o subjetivo (legitimados), pero no habilita al legislador para impedir de manera absoluta la investigación y el conocimiento de la verdad biológica. Igualmente, puede servir para justificar la no existencia de una verdadera y propia acción de investigación de la paternidad, como sucede en la regulación del Código civil en el que la investigación de la paternidad y de la maternidad se debe realizar “dentro” de las acciones de filiación ex artículo 127 C.C. En cambio, debe tomarse en consideración que en Cataluña sí se permite una verdadera y propia acción de investigación

---

*asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde*, en *La filiación a finales del siglo XX...*, cit., II Congreso Mundial Vasco, pág. 201; PANTALEÓN, F., *op. et loc. ult. cit.*; LLEDÓ YAGÜE, F., *La ley de técnicas...*, cit., pág. 1.250.

(16) PANTALEÓN, *Contra la ley...*, cit., págs. 22 y sigs.

de la paternidad en virtud del artículo 4 de la Compilación (17).

Obviamente no puede decirse que la norma del artículo 39,2 C.E. no es aplicable a los supuestos de reproducción asistida porque tales técnicas no estaban en la mente del legislador. La *mens legislatoris*, ya lo señalé, no es derecho positivo; además, quien mantenga la anterior idea deberá determinar perfectamente cual fuera la mente del legislador y amornizar dicha opinión con el principio de igualdad de los artículos 14 y 39,2 C.E.

En mi opinión, los citados preceptos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida no son contrarios al artículo 39,3 C.E. Si así fuera, posiblemente debería concluirse que padre es simple y sólo el biológico, es decir, el progenitor. O si se prefiere, que la filiación descansa absolutamente sobre la verdad biológica, lo cual no es cierto (18). El artículo 39,3 parte de la previa determinación del padre —la cual se realiza mediante los criterios establecidos en el Ordenamiento jurídico, uno de ellos el biológico—, pero no determina quién sea el padre.

La Constitución no impone que cada hijo tenga un padre, es decir, no establece el derecho del hijo a tener un padre actual y, menos aún, que éste coincida con el genético o biológico. Por el contrario, establece que quien ha asumido el rol de padre, o a quien se atribuye por el Ordenamiento jurídico tal cualidad, asuma una serie de deberes, cargas y facultades en interés del hijo.

Con base en la Constitución, creo que no hay argumentos bastantes para impedir el anonimato del donante de semen siempre que tal anonimato ceda, en favor del hijo, cuando éste pretenda investigar y conocer su origen genético. En este caso aspecto, entiendo que tendría derecho a conocer, no sólo “información general de los donantes” ex artículo 5,5, L.T.R.A., sino incluso su propia identidad (19). Cuestión distinta, insisto, es que de ello deba derivar necesariamente una relación de paternidad. El problema se plantea en el Código civil desde el momento en que, como ya he dicho, la investigación de la paternidad no se configura como una verdadera, propia e independiente acción sino que se permite, tal investigación, en el procedimiento derivado del ejercicio de una de las acciones de filiación, y éstas buscan declarar o impugnar una filiación. En cambio, no se presentaría tal cuestión si se permitiera una acción de investigación de la paternidad independiente de las acciones de filiación.

---

(17) Vid. GETE-ALONSO, *Comentaris als articles 4, 5 i 6 en Comentaris a les reformes del Dret civil de Catalunya*, Barelona, 1987, págs. 143 y sigs.

(18) Vid., por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los consentimientos relevantes...*, cit., págs. 204 y 205.

(19) Vid. notas 7 y 8 *supra*.

#### d) La inseminación de la mujer sola

También se ha planteado la inconstitucionalidad de algún supuesto concreto: aquel en el que no hay dos filiaciones, una de las cuales es elegida por el legislador, es decir, aquel supuesto en el que la inseminación artificial se produce con el consentimiento solamente de la mujer, bien porque ésta no esté casada ni conviva *more uxorio*, bien porque, aunque casada, ni el marido, ni el compañero *more uxorio* han consentido tal inseminación, obviamente siempre heteróloga. La causa de inconstitucionalidad radicaría, en este supuesto, en el hecho de permitir traer un niño al mundo sin padre, ya que se garantiza el anonimato del dador de gameto y se impide —aunque no sólo por el anonimato— la relación jurídica de filiación entre éste y aquél (20).

Sin embargo, no creo —como ya ha señalado Rivero— que la Constitución garantice un padre a cada hijo ni en el artículo 39,2 ni en el artículo 39,3. El primero posibilita la investigación de la paternidad, pero ello no significa que del resultado de tal investigación derive necesariamente la relación de filiación. Admitir lo contrario significa que la verdad biológica está en la base de cualquier filiación, cuando la verdad no es esa (21). El fundamento de la filiación se halla en la combinación de los principios de responsabilidad y voluntad (consentimiento) (22).

El segundo precepto indicado, como ya señalé, impone constitucionalmente los deberes y facultades de quien o ha asumido o se le ha atribuido el rol de padre, pero no determina quien sea el padre ni que todo nacido deba tener un padre. Como ha dicho Rivero, “la cuestión de la paternidad de ese niño se reduce a la disyuntiva de atribuirle al donante de semen, o de dejarlo sin padre jurídico... creo *de lege data* que el hijo nacido de IAD no consentida por el consorte o compañero de la madre carecerá de padre jurídico, porque no puede considerarse tal al mero donante de semen, salvo que él asuma directa o indirectamente la paternidad... ni haber varón a quien poder atribuirle legalmente. Aun siendo dolorosa esta solución y perjudicial para el nacido, creo que es la única correcta y viable en un Ordenamiento que no garantiza en forma absoluta un padre a todo nacido (ni el artículo 39,2 de la C.E., ni los 127 y siguientes del C.C.)” (23).

En definitiva, entiendo que la única posible causa de inconstitucionalidad se halla en el hecho del anonimato, pero no porque éste impida

(20) PANTALEÓN F., *Contra la ley...*, cit., pág. 34.

(21) Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los consentimientos relevantes...*, cit., pág. 205.

(22) Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La investigación de la mera relación biológica en la relación derivada de fecundación artificial*, en *La filiación a finales del siglo XX...*, cit., II Congreso Mundial Vasco, págs. 146 y sigs.; TRABUCCHI, A., *Procreazione artificiale...* cit., págs. 495 y sig.

(23) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La investigación de la mera relación...*, págs. 146 y sigs.

la determinación de la filiación (puede ser conocido el progenitor y no establecerse relación de filiación, vid. artículo 180 C.C.), sino porque impide radicalmente y de manera absoluta la investigación de la paternidad (artículo 32,2 C.E.), la imposibilita y no se ciñe solamente a limitarla.

Podría concluirse diciendo que el derivar la relación de filiación en este supuesto concreto (mujer sola o sin consentimiento del marido o compañero *more uxorio*) del dato genético —es decir, atribuir el rol jurídico de padre al dador del semen— es una opción contingente del legislador, pero ni constitucional ni legalmente necesaria.

### 3. APLICACION DE LA LEY T.R.A. EN CATALUÑA (\*)

Abstracción hecha de la cuestión sanitaria, respecto de la cual la Administración Central, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, deberán determinar con carácter general las condiciones y requisitos técnicos mínimos para la aprobación y homologación de las instalaciones y equipos de los centros y servicios (artículo 40,7 L.G.S.), en el ámbito jurídico civil interesa determinar la aplicación de la Ley T.R.A. en Cataluña.

Parto de dos premisas: el carácter supletorio del derecho estatal en virtud del artículo 149,3 C.E. y el hecho de no tratarse (en general, la filiación) de una institución desconocida o conjunto vacío.

Es bien sabido que la filiación es una materia tradicionalmente regulada en el Derecho civil catalán y respecto de la cual, como he indicado, el legislador catalán tiene competencia con carácter exclusivo ex artículos 149,1,8° C.E. y 9,2° E.A.C., aunque la mayor parte de la regulación jurídica de este instituto se halle, todavía, en el Código civil.

En el orden jurídico a que me refiero son fundamentales los artículos 7 a 10 de la Ley T.R.A., e indirectamente los artículos 5 (*de los donantes*) y 6 (*las usuarias de las técnicas*).

La piedra angular de la regulación, por cuanto a la filiación se refiere, es la garantía del anonimato del dador de gamentos y la, no consecuente, imposibilidad de atribuir la filiación en los supuestos excepcionales en que proceda la revelación de la identidad del donante (artículo 8,3° en relación con el artículo 5,5 de la Ley T.R.A.). Examinemos brevemente los preceptos indicados:

1°. El artículo 7,1 establece que *la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes a salvo de (sic) las especialidades contenidas en este capítulo. En ningún caso, pro-*

---

(\*) Tómesese en consideración que los artículos 4 y 5 de la Compilación Catalana están actualmente derogados por la Ley de Filiaciones de la Generalidad Catalana. En esta Ley no se mantiene, al menos expresamente, la acción pura de investigación. El texto, por ello, ha perdido una pequeña parte de su sentido inicial.

sigue el punto 2, *la inscripción en el Registro civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación (sic).*

Por cuanto nos interesa de este precepto, debe precisarse:

a) La remisión a las “normas vigentes” no debe entenderse hecha exclusivamente a las normas del Código civil, sino a la regulación del institutio de la filiación tomando en consideración la competencia legislativa y la regulación contenida en las Compilaciones de Derecho civil. En nuestro caso, la remisión habría que entenderla hecha a los artículos 4 y 5 de la Compilación de Derecho civil catalán y a los preceptos aplicables con carácter supletorio ex artículo 149,3 C.E., con lo cual ya aparecería un primer conflicto competencial: el legislador estatal no puede modificar ni derogar la regulación jurídica de una institución competencial, por lo demás, exclusiva de una Comunidad Autónoma.

b) “Las especialidades contenidas en este capítulo” respecto de la filiación no son aplicables directa e indiscriminadamente en Cataluña. Además del argumento expuesto en el apartado anterior, la aplicación de tales especialidades tiene un límite: no pueden vulnerar los principios básicos e informadores del derecho civil catalán.

Por tanto, no se trata ya de una razón, digamos, jerárquicamente superior o de jerarquía (la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley T.R.A.) sino de una razón estructural: una norma estatal no es aplicable en los territorios llamados forales si vulnera los principios básicos e identificados de los Ordenamientos jurídicos de tales territorios, más aún si el órgano legislativo autonómico tiene competencia exclusiva sobre dicha materia. Todavía: aunque se constate una laguna *iuris*.

En definitiva, con estos límites debe interpretarse la norma contenida en el artículo 7,1 de la Ley T.R.A.: las especialidades contenidas en materia de filiación lo son directamente respecto del Código civil, pero no respecto del Derecho civil catalán, en relación con el cual se impone una previa determinación: si el Ordenamiento jurídico catalán regula dicha materia y contiene normas expresas o, en su defecto, puede integrarse mediante los mecanismos de autointegración propios; y si, en defecto de lo anterior y en presencia de una laguna de Derecho, la regulación estatal es contraria a los principios informadores del Derecho civil catalán.

2.º El artículo 8º,1 de la Ley T.R.A. establece que *ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento previa y expresamente a determinada fecundación con contribución o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación*. Por su parte, el punto 3 establece que *la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación* (Vid. artículo 5,5, de la Ley T.R.A.).

A mi entender este precepto no es aplicable en Cataluña por cuanto

no sólo regula una materia que es competencia exclusiva de la Generalidad Catalana sino que, además, tal regulación es contraria a la contenida en la compilación de Derecho civil de Cataluña y a los principios que la informan. Todo ello, insisto, abstracción hecha de su posible inconstitucionalidad.

Los preceptos citados impiden no ya el ejercicio de las acciones de filiación, sino incluso la posible investigación de la paternidad, constitucionalmente amparada en el tan citado artículo 39,2 C.E. (24). Además, la Compilación de Derecho civil de Cataluña recoge una verdadera y propia acción de investigación de la paternidad en su artículo 4. Ello significa que, incluso aunque la Constitución española no estableciera la posibilidad de investigar la paternidad, en este punto, una ley estatal no podría impedir tal posibilidad en Cataluña, es decir dicha ley no tendría aplicación en Cataluña.

No es necesario insistir en la idea de que el artículo 8,1 en relación con el 5,5 de la Ley T.R.A. es, en mi opinión y en la de la doctrina citada, inconstitucional. A pesar de los términos utilizados en los preceptos indicados, el hijo nacido como fruto de tales técnicas tiene derecho a conocer la verdad biológica y, dentro de esta verdad, la identidad de su progenitor o dador de semen, pero sin que de ello derive necesariamente la filiación.

En cualquier caso, quisiera precisar una idea basada en la que podemos llamar desadecuación jurídico-positiva que se puede verificar en el Código civil, y en la adecuación que se constata en la Compilación de Derecho civil catalán.

Partimos de una exigencia constitucional y, por tanto, aplicable tanto al legislador estatal cuanto al legislador autonómico: la ley, dice el artículo 39,2 C.E., posibilitará la investigación de la paternidad.

En concordancia con tal exigencia constitucional, el Código civil, tras la reforma efectuada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, dispone en el artículo 127 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. El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.*

Por cuanto nos interesa, y abstracción hecha del límite establecido en el segundo párrafo de este precepto (el principio de prueba), el mencionado artículo no contiene una verdadera y propia acción de investigación de la paternidad (25), sino que admite tal actividad en los juicios sobre filiación. Es decir, en los juicios promovidos por el ejercicio de una acción de reclamación o de impugnación de la filiación. Con ello,

---

(24) Ya he indicado con insistencia que, a mi juicio, debe distinguirse entre la investigación de la paternidad y las acciones de filiación en el sentido que aquella o su resultado no determina necesariamente la relación de filiación.

(25) Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La filiación*, en *El nuevo régimen de la familia*, II, Madrid, 1982, pág. 34.

la investigación de la paternidad se une funcional y teleológicamente a la verificación positiva o negativa de una determinada filiación, o sea, a la reclamación de una filiación o la impugnación de una filiación ya establecida.

Así no se consigue desligar la investigación de la paternidad de las acciones de filiación. Aquélla está en función de éstas y abocada teleológicamente a la finalidad de éstas.

En mi opinión, este nexo causal o teleológico no es una exigencia constitucional. Más aún, entiendo que el legislador de 1981 desarrolló y concretó acaso restrictivamente la posibilidad constitucional de investigar la paternidad al unir de manera inescindible dicha posibilidad a los juicios sobre filiación.

Como fuere, al menos desde la perspectiva constitucional, investigación de la paternidad no significa necesariamente determinación-impugnación de la filiación.

Por el contrario, la Compilación de Derecho civil de Cataluña sí contiene —y contenía antes de la Constitución— una verdadera y propia acción de investigación de la paternidad. Efectivamente, el artículo 4 establece: *Els fills podran promoure les accions conduents a la investigació, la prova i la declaració de llur filiació...* Con ello, dice Gete-Alonso, no estamos ante una mera declaración general como se deduce de la normativa del Código civil, sino ante la regulación de una acción de investigación de la que se deduce el principio que la informa (26). La autonomía de esta acción es, al menos desde una perspectiva teórica y conceptual, clara; por tanto, puede ejercitarse independientemente de las acciones de filiación. No obstante, “la acción judicial de investigación de la paternidad, dice Gete-Alonso, se presenta siempre, en el Derecho catalán, conectada con una consecuencia jurídica: la posibilidad de la imposición judicial de la relación de filiación” (27). El resultado de tal acción puede actuar tanto para reclamar una filiación cuanto para impugnar una ya establecida, por lo que aparece siempre, a pesar de su autonomía, como previa y con carácter general a una propia acción de reclamación o de impugnación de filiación (28).

En definitiva, la citada autora entiende que, a pesar de la autonomía de la que goza esta acción, “difícilmente sería viable una pura acción de investigación de la paternidad desconectada de toda consecuencia jurídica en el ámbito de la determinación legal de la filiación”. No se constata utilidad alguna en investigar una paternidad desconectada de toda consecuencia jurídica (29).

Efectivamente son ciertos todos los argumentos y opiniones expuestos por la citada autora, pero en la actualidad las técnicas de reproduc-

(26) GETE-ALONSO, C. *Comentari...*, cit. pág. 145.

(27) GETE-ALONSO, C. *Comentari...*, cit. pág. 145.

(28) GETE-ALONSO, C. *Comentari...*, cit. pág. 146 y 147.

(29) GETE-ALONSO, C. *Comentari...*, y loc. ult.cit.

ción humana asistida, la ley T.R.A. y la exigencia del artículo 39,2 C.E. requieren una reflexión acerca de la utilidad actual de una acción de investigación de la paternidad autónoma e independiente de las acciones de filiación, es decir, desconectada de cualquier consecuencia jurídica respecto de la filiación. En definitiva, el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad que busque la pura y mera declaración de la verdad biológica, sin reclamar ni impugnar filiación alguna.

Es cierto que, desde una perspectiva tradicional, es decir, desde la perspectiva de la *reproducción natural*, parece que carece de sentido una acción de investigación de la paternidad desligada absolutamente —no concebida ni siquiera como previa— de las acciones de filiación. Desde tal posición parece claro que la citada acción de investigación se conceptúa como acción y como efecto: una determinada consecuencia jurídica (la declaración judicial de una concreta filiación).

Sin embargo, las técnicas de reproducción asistida y, fundamentalmente, los imperativos constitucionales (no sólo el artículo 39,2 sino también el artículo 10 C.E.) creo que revitalizan y actualizan la utilidad de una acción de investigación de la paternidad propia e independiente. Ello permite, a mi entender, la regulación de la inseminación asistida con gametos de donante/s sin vulnerar precepto constitucional alguno, porque:

a) Posibilita siempre la investigación de la paternidad (artículo 39,2 C.E.), sin derivar de su resultado necesariamente una relación de filiación entre el ser nacido fruto de tales técnicas y el dador de los gametos.

b) Posibilita al ser nacido mediante tales técnicas conocer la verdad biológica y la identidad de su progenitor, permitiéndose así el libre desarrollo y ejercicio de su personalidad ex artículo 10 C.E.

Obviamente, de esta manera no queda garantizado el anonimato del dador de los gametos, pero ya señalé que, de un lado, tal anonimato no es una exigencia constitucional (ni siquiera podría ampararse, en mi opinión, en el derecho a la intimidad) y, del otro lado, la determinación de la filiación no depende —parece obvio— del conocimiento de la identidad del dador de los gametos. Aún más, ante un posible conflicto de intereses entre el dador (que pretende su anonimato) y el hijo, digamos, genético (que pretende conocer la verdad biológica y la identidad de su progenitor) entiendo que debe prevalecer este último por exigencia constitucional ex artículo 39,2 y 10 C.E. (30).

---

(30) Si se argumenta, no con disimulado rubor, que este planteamiento implicará una reducción de la tasa de posibles dadores de gametos, puedo contestar que: 1) no es eso precisamente lo que demuestra la experiencia sueca; 2) la posible tasa inflacionista de dadores de gametos no es un problema jurídico; 3) el problema sólo se plantea en los supuestos de inseminación artificial heteróloga de mujer sola o sin consentimiento del marido o del compañero *more uxorio*, es decir, en un número reducido. Aquí cabe recordar que la mujer —y el varón— no tiene un derecho, al menos constitucionalmente protegi-

El punto primero del artículo 8 de la Ley T.R.A., ya transcrito, impide al marido y a la mujer impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de fecundación heteróloga cuando hayan prestado previa y expresamente su consentimiento (31). En este precepto, así como en el artículo 9 de la Ley T.R.A. se halla una de las piedras angulares de la “especialidad” introducidas por la citada ley en la filiación. Además, implica un giro copernicano respecto de la concepción tradicional —ínsita todavía en la reforma de 1981— de la filiación. Me refiero a la voluntad, al valor de la voluntad o consentimiento de los sujetos (32).

Efectivamente, en tales preceptos se puede constatar el relevante papel que desempeña, en esta sede, la voluntad del sujeto, su consentimiento, que alcanza —como el amor de Quevedo— más allá de la muerte. Este valor jurídico del consentimiento (la filiación deriva, en los supuestos indicados, del consentimiento) halla un fuerte obstáculo, sin embargo, en el artículo 10 de la Ley T.R.A. en forma de prohibición.

Entiendo que la regulación de la filiación derivada por la utilización de las técnicas de reproducción asistida debe ir por dicho camino. Más allá del mero dato biológico, el consentimiento de los sujetos que asumen libre, consciente y responsablemente el rol de padres debe ser relevante y debe predominar. Se trata, en definitiva, como dice Delgado Echevarría, no de una paternidad contradictoria (v. gr. entre el dador del semen y el marido de la mujer inseminada) debida al anonimato del dador, sino la de asunción *ex voluntate* de la paternidad que el Derecho ha considerado preferente (33).

Cuestión distinta es si el contenido normativo de tal precepto es aplicable en Cataluña sin una previa modificación de la Compilación. Por tantas razones ya citadas, creo que la contestación ha de ser necesariamente negativa. Lo contrario significaría una modificación de la propia Compilación (del artículo 5) introducida por un órgano legislativo (el estatal) no competente. Así pues, en Cataluña, el consentimiento de los sujetos no es, en principio, relevante y éstos dispondrán, hayan consentido o no, de las oportunas acciones de filiación —abstracción hecha de la prosperidad de tales acciones en supuestos concretos—. En este sen-

---

do, a ser madre —ni padre—, por tanto no se lesiona interés alguno —al menos un interés superior.

(31) Nótese que nada dice la posibilidad del hijo de impugnar dicha filiación, aunque no reclame la biológica.

(32) Vid. MONTÉS PENADÉS, V.L., *El consentimiento...*, cit., págs. 171 a 199; y DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los consentimientos relevantes...*, cit. págs. 201 a 229.

(33) DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los consentimientos relevantes...*, cit., pág. 212. Pero entonces se plantea la cuestión en el caso de que ningún varón asuma la paternidad de la criatura nacida fruto de la inseminación. Aquí se plantea DELGADO ECHEVERRÍA qué impide al derecho la “determinación de una filiación acorde con la verdad biológica” (pág. 212). Se trataría, en definitiva, de conjugar los mencionados principios de consentimiento y de responsabilidad.

tido sería conveniente una reforma de la Compilación que prime el valor jurídico del consentimiento-voluntad de los sujetos en los supuestos de inseminación heteróloga con consentimiento de los cónyuges o compañeros.

Como fuere, decía que este *rescisión* del consentimiento en sede de filiación se frena —hasta qué punto de una manera incoherente— en el artículo 10 de la Ley T.R.A., a cuya virtud *1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto...*

La gestión por sustitución, *rectius*, el contrato oneroso o gratuito de gestación por sustitución no es, en mi opinión, un contrato nulo. No es contrario a normas imperativas (34), ni su causa es ilícita, ni el objeto (la gestación) es ilícito, ni siquiera imposible material o jurídicamente (35). El artículo 10 de la Ley T.R.A. no prohíbe este tipo de contrato sino que se limita a señalar, por lo demás innecesariamente, la nulidad del pacto o del contrato por el que una persona renuncia a determinada filiación.

Tan es así que el punto segundo reitera la determinación de la maternidad por el hecho del parto y el tercero deja a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico de acuerdo con las reglas generales. La ilicitud, pues, estriba en el pacto o cláusula de renuncia de la filiación.

La razón podría hallarse, acaso, más allá de argumentos estrictamente jurídicos (la exclusión de la autonomía privada en las cuestiones de estado civil), en una certera desincentivación de la reproducción asistida como medio alternativo de reproducción de las parejas, casadas o no.

En cualquier caso, conviene señalar la incoherencia de esta norma puesto que mantiene el criterio tradicional de determinación de la maternidad (el hecho del parto) mientras que innova radicalmente el criterio de determinación de la paternidad en los supuestos indicados (el consentimiento del sujeto). En vano se argumente diciendo que se trata de una cuestión de estado y, por tanto, sustraída de la autonomía privada.

En primer lugar, no es realmente una cuestión de estado civil sino más bien una cuestión previa: la determinación del criterio/hecho que determina la filiación (podría decirse, v. gr., que madre será la mujer del marido o la compañera del varón, y no la mujer que dé a luz).

En segundo lugar, si se tratara de una cuestión de estado, también lo sería respecto de la paternidad, mientras que en este caso se excluye

---

(34) A salvo, naturalmente, el artículo 10 de la Ley T.R.A.

(35) En contra, LLEDÓ YAGÜE, *La ley de técnicas...*, cit. pág. 1255 y VIDAL MARTÍNEZ, J., *Las nuevas formas de reproducción humana...*, cit., pág. 3729; también en *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs., 180 y sigs.

absolutamente al dador del semen (como mero dador) de cualquier relación de filiación (excepto en el supuesto de gestación por sustitución, en el cual el legislador vuelve a los criterios tradicionales de imputación de la paternidad al salvar la acción de reclamación de paternidad: esta excepción parece, en el espíritu de la Ley, más una sanción —más allá de la nulidad del contrato— o si se prefiere una protección de la madre y del hijo que una consecuencia lógica porque sólo se permite en este supuesto de inseminación heteróloga) y además el artículo 8 de la Ley T.R.A. impide al marido (y a la mujer) que hayan consentido en la fecundación con contribución de donante impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.

Se trata, pues, a mi entender, de una norma incoherente; no quiero decir contradictoria, pues el legislador puede adoptar criterios diversos para determinar la paternidad y la maternidad.

Por lo demás, la norma del artículo 10 no prohíbe y declara nulo nada que ya antes y en las normas generales no estuviera prohibido y sancionado con la nulidad. Por tanto, en este punto, a pesar de la dicción literal del artículo 7,1 de la Ley T.R.A. no se trata de “especialidad” alguna.