

REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA

Aurelia María Romero Coloma

Doctora en Derecho. Abogada especializada en Derecho de familia, sucesiones, responsabilidad civil y derechos fundamentales de la persona. Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia. Profesora de la Escuela de Práctica Jurídica de Jerez de la Frontera (Cádiz) y de la Universidad de Cádiz

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itz'ar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

EXTRACTO

La reproducción asistida, en nuestro país, plantea una abundante casuística y una compleja y delicada problemática jurídica que no está exenta de polémica. El derecho a la identidad genética, derecho fundamental para el desarrollo y libre desenvolvimiento de la persona, se ve seriamente conculcado por la Ley de Reproducción Humana Asistida, al no prever esta que los hijos nacidos como consecuencia de la aplicación de estas novedosas técnicas puedan acceder al conocimiento de sus orígenes genéticos, a conocer quiénes son sus progenitores, los aportantes del material genético necesario para llevar a cabo, con éxito, estas técnicas. Muchas son las razones que pueden darse para la preservación de un derecho tan esencial para el ser humano como lo es el de identidad genética, pero, en el caso de las técnicas de reproducción asistida, el legislador ha optado por hacer prevalecer el derecho a la intimidad de los donantes de gametos y preembriones, lo que conduce, inevitablemente, a la postergación del derecho a la identidad genética frente a otro derecho fundamental también como lo es el derecho a la intimidad.

Palabras claves: identidad genética y reproducción asistida.

Fecha de entrada: 03-05-2012 / Fecha de aceptación: 10-07-2012

ASSISTED REPRODUCTION AND GENETICS RIGHT TO IDENTITY

Aurelia María Romero Coloma

ABSTRACT

Assisted reproduction in our country poses a rich casuistry and a complex and sensitive legal issue is not without controversy. The right to genetic identity, fundamental right to development and free development of the individual, is seriously violated by the Assisted Human Reproduction Act, by failing to provide it that children born as a result of the application of these new techniques to access knowledge of their genetic origins, to know who their parents, the contributors of the genetic material needed to carry out successfully these techniques. There are many reasons that can be given to the preservation of a right so essential to man as it is the genetic identity, but in the case of assisted reproduction techniques, the legislature has chosen to enforce the right to privacy of donors of gametes and pre-embryos, which inevitably leads to the postponement of the right to genetic identity over another fundamental right as well as the right to privacy.

Keywords: genetic identity and assisted reproduction.

Sumario

1. Introducción al tema
2. Determinación de la filiación. Derecho a la identidad genética y las técnicas de reproducción asistida
 - 2.1. Fertilización in vitro (FIV O FIVET)
 - 2.2. Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)
 - 2.3. Transferencia intratubárica de gametos (TIG)
 - 2.4. Transferencia intratubárica de embriones (TIE)
 - 2.5. Inseminación artificial (IAD)
 - 2.6. Gestación por sustitución
3. La filiación del hijo súper póstumo o postumísimo
4. Derecho a la identidad genética versus derecho a la intimidad: un conflicto de derechos fundamentales
5. Acciones de filiación biológica obtenida por técnicas de reproducción asistida
6. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Toda persona tiene un padre y una madre. Esto es así desde el punto de vista natural, biológico. Pero, desde el prisma jurídico, no siempre funcionan las cosas de esta manera, ya que la procreación es un hecho que tiene efectos jurídicos, pero entre estos no siempre se encuentra la atribución de un estado de filiación. Además, puede suceder que quien figura como padre no sea realmente el biológico y que, con posterioridad, este último desee que se le reconozca su estatus de progenitor.

Todo ello plantea una serie de problemas y de interrogantes que el Ordenamiento Jurídico no puede, evidentemente, ignorar.

Desde mi punto de vista, existe, sin lugar a dudas, un derecho a la identidad genética de toda persona. Se trata de un derecho fundamental, esencial, yo diría que vital, para el normal desenvolvimiento del ser humano, en cuanto que estamos ante un derecho que permite conocer nuestras raíces, de quién provenimos, quiénes fueron nuestros progenitores, entendiendo por tales a los biológicos, a los que nos dieron la vida.

¿Qué problemas, qué interrogantes plantea el derecho a la identidad genética en el marco de la reproducción asistida? Esta es la pregunta, la cuestión, problemática, que voy a abordar a continuación.

2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En la actualidad, la reforma de la filiación se sustenta en el principio de la verdad biológica en el marco de las relaciones familiares, de modo que el hijo tenga la determinación de la filiación que, por naturaleza, le corresponda, y en el respeto escrupuloso a la igualdad y al soterramiento, como ha expresado Francisco LLEDÓ YAGÜE¹, de cualquier criterio de discriminación en las relaciones de filiación, lo que justifica, sobradamente, la equiparación de la filiación matrimonial y la extramatrimonial, acorde con el principio de igualdad ya citado y referido, en el mandato constitucional, de obligado acatamiento, que se contiene en el artículo 14 de nuestra Constitución, y con el principio de protección integral de la familia (art. 39 de la Constitución), y con el respeto

¹ LLEDÓ YAGÜE, F.: «La filiación. Estudio sustantivo, jurisprudencia y debate social», en *El derecho de familia en expansión*, ediciones Dykinson, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 2009.

a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad que el artículo 10.2 del Texto Constitucional proclama. Por su parte, el artículo 108 de nuestro Código Civil equipara, en efectos, tanto a la filiación por naturaleza (matrimonial y extramatrimonial) y a la adopción, en función de los artículos 175 y 178 del Código Civil.

A la vista de estos preceptos mencionados, se podría afirmar que, en principio, no existe discriminación alguna, ya que el hijo va a disfrutar de un estatus familiar cualquiera que sea el vínculo de filiación, lo que implica que gozará de los beneficios derivados de la patria potestad, de los alimentos y de los derechos sucesorios correspondientes, en función de los artículos 807 y 931 del Código Civil, en su condición de heredero forzoso o de legitimario, y también de la nacionalidad (art. 17.1 del CC).

Por lo que respecta, ya más concretamente, a la filiación materna, su determinación suele presentar pocas dudas, ya que lo normal es que la madre dé a luz al hijo en un Centro sanitario, sea público, sea privado, donde será asistida por profesionales de la salud que harán constar en los registros oportunos el nombre de la madre, la hora del alumbramiento y los datos del nacido.

Una cuestión problemática planteaba, sin embargo, la redacción del artículo 47 de la Ley de Registro Civil, dado que este precepto establecía que «la mención de esta filiación –se refiere a la filiación materna– podrá suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figura como madre formalizada ante el encargado del Registro, el cual lo inscribirá marginalmente. Este desconocimiento no podrá efectuarse transcurridos quince días de aquella notificación...».

Este precepto permitía a la mujer que ha dado a luz desconocer su maternidad. El hijo biológico perdía toda conexión que le facilitara o permitiera, en su día, conocer su filiación materna, debido a un acto voluntario de la madre biológica. Pero la Sentencia, carismática, del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 1999, vino a estimar la inconstitucionalidad sobrevenida de parte de este precepto, en lo referido a que la madre podía ignorar o desconocer su maternidad, sentando esta resolución el principio tradicional de *mater semper certa est*. Por lo tanto, la filiación materna queda determinada en nuestro Ordenamiento Jurídico por el hecho del parto.

En cuanto a la determinación de la filiación paterna, se presenta como una cuestión distinta a la anterior citada, ya que, salvo que se practiquen las oportunas pruebas biológicas, ningún hombre puede tener la certeza de ser progenitor. Por ello, ante la imposibilidad de certeza para la determinación de la filiación paterna, el Código Civil estableció una presunción de paternidad, tal como señala el artículo 116, al presumir hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal de hecho de los cónyuges. Esta presunción está referida a la filiación paterna matrimonial. Por lo que respecta a la no matrimonial, el artículo 120 del Código Civil dispuso que la filiación queda determinada legalmente por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público, por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil y por sentencia firme. Aquí no se establece ninguna presunción legal al no existir base alguna para ello.

Analizadas brevemente estas premisas, hay que afrontar el tema, delicado, complejo, de la filiación en el marco de la reproducción humana asistida. Hay que tener en cuenta, como fundamento esencial, que las técnicas de reproducción asistida han de tener –o, más bien, cabría decir, han de encontrar– un anclaje en los principios que rigen en materia de filiación, y que, sintéticamente, son los siguientes:

- 1.º El principio de protección del hijo, que enlaza, de forma directa e inmediata, con el principio de prevalencia del interés del menor.
- 2.º El principio de veracidad biológica, que es consecuencia directa del derecho a conocer el propio origen biológico.
- 3.º El principio del control público sobre el derecho de la filiación. Este principio entra en colisión, con cierta frecuencia, con la autonomía de la voluntad y, en definitiva, con el derecho a la libertad de la persona.
- 4.º El principio de autonomía de la voluntad de los protagonistas de la relación de filiación. Como ya ha quedado reseñado, este principio puede entrar en colisión con las exigencias del control público, ya que el Derecho de Familia es una materia que interesa al Estado y que no puede concebirse, al menos de forma exclusiva ni excluyente, como perteneciente al Derecho Privado.
- 5.º El principio de la igualdad en la Ley y ante la Ley. Es un principio trascendental, aunque de difícil articulación en la práctica.
- 6.º Las variables convicciones sociales presentes en esta materia. Tengamos en cuenta que la sociedad reclama unas normas que, en muchas ocasiones, aún no han sido dictadas, porque el Derecho evoluciona más despacio que las ideas.

Efectivamente, el novedoso sistema de técnicas de reproducción humana asistida, tal como en la actualidad lo conocemos, plantea conflictos de cara al Ordenamiento Jurídico e incluso hacen cuestionar la constitucionalidad de algunos de los preceptos civiles que están referidos a este tema. Si estimamos que el principio de veracidad biológica y, por ende, la investigación de la paternidad, son principios que han de regir en nuestra sociedad en materia de filiación, habría que cuestionar, a un tiempo, si estos principios son absolutos o si, por el contrario, admiten excepciones o limitaciones, y, en su caso, el por qué de esas excepciones o limitaciones.

El artículo 39.2 de nuestra Constitución establece, con claridad meridiana, el principio de veracidad biológica, pero, en ciertos supuestos, el Ordenamiento Jurídico expresa que ese principio puede verse excepcionado o limitado. Ya VIDAL MARTÍNEZ aludía a estas limitaciones, expresando que el principio de veracidad biológica suponía un acercamiento a la verdad genética, pero que ese acercamiento no implicaba que el principio de veracidad fuera prevalente, sino que, a su juicio²,

² VIDAL MARTÍNEZ, J.: *Las nuevas formas de reproducción humana*, editorial Civitas, Madrid, 1988.

existían otros principios que podían hacerlo ceder. Habría que preguntarse cuáles son esos principios que pueden hacer ceder al de veracidad biológica y, precisamente, es aquí donde nos encontramos con las técnicas de reproducción humana asistida, que demuestran, al fin y al cabo, que la filiación es, cada vez más, un concepto social y cultural, más que biológico. CARBAJO GONZÁLEZ, con agudeza, afirmaba, a este respecto, que no es que nos encontremos ante una nueva realidad jurídica regida por principios generales distintos y que no tienen en común con la filiación más que el nombre, sino que estamos ante una novedosa clase de filiación y el principio de veracidad, según este autor³, no es absoluto, además de estimar que los principios también han de ser interpretados de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas.

Sin embargo, a esta tesis reseñada anteriormente habría que oponer un argumento sólido, cual es que, si el principio constitucional es favorable a la constatación de la identidad biológica de los padres y a que el hijo nacido mediante las técnicas de reproducción asistida conozca su origen, este mismo principio debe servir para afirmar que los poderes públicos no están habilitados para legislar en contra, o al margen, del mismo. Al fin y al cabo, la investigación de la paternidad ha constituido un modo de superación de la situación de inmunidad de la que gozaban los hombres respecto a sus obligaciones legales en sede de procreación y, especialmente, en lo que se refiere a la procreación fuera del estatus matrimonial.

En este sentido, hay que recordar que el artículo 39.3 de nuestra Constitución reconoció la posibilidad de investigación de la paternidad, posibilidad que la ley civil amplió a la investigación de la maternidad, por lo que, en sentido estricto, devendría inconstitucional que los poderes públicos regularan a favor del secreto de las donaciones de gametos y embriones (o preembriones). Si el principio constitucional –en función del precepto ya mencionado– es favorable a la constatación de la identidad biológica de los padres y a que el hijo nacido mediante estas técnicas de reproducción asistida conozca su origen genético, este mismo principio debería servir para estimar que los poderes públicos no pueden legislar en contra del mismo y a favor del secreto de las donaciones.

Estimo que, si la Constitución protege y propugna la posibilidad de identificar al padre biológico, no están habilitados los poderes públicos para legislar en contra de esa posibilidad, ya que ello sería inconstitucional. La doctrina española, a este respecto, ha adoptado dos posiciones contradictorias entre sí:

- 1.^a Considerar inconstitucional la normativa relativa al anonimato del donante de gametos y embriones. En el marco de esta tesis se coloca PANTALEÓN PRIETO⁴, al afirmar que el secreto en la donación conculca el principio de veracidad biológica en materia de filiación, expresando, además, que el negar a unos hijos –los nacidos por medio de prácticas de reproducción asistida– la posibilidad de conocer su filiación biológica

³ CARBAJO GONZÁLEZ, J.: *Las acciones de reclamación de la filiación*, editorial Bosch, Barcelona, 1988.

⁴ PANTALEÓN PRIETO, F.: «Procreación artificial y responsabilidad», en *La filiación a finales del siglo XX*, editorial Trivium, Madrid, 1988.

frente a los otros hijos –a los no nacidos por medio de estas técnicas– atenta contra el derecho a la igualdad establecido en el artículo 14 del Texto Constitucional. Asimismo, hay que entender que el anonimato, o secreto, en la donación de gametos y embriones atenta contra el artículo 10 de la Constitución, al degradar al hijo a la condición de objeto, atentando contra su dignidad, al ocultarle a su progenitor de forma sistemática y sin justificación razonable. También atenta contra el artículo 15 de la Constitución, que reconoce y protege el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, ya que la revelación del donante –padre biológico– puede ser necesaria, en muchos supuestos, para proteger esos bienes y derechos fundamentales del hijo.

- 2.^a Considerar constitucional la normativa relativa a la donación de gametos y embriones. Esta tesis es sostenida por José Luis LACRUZ BERDEJO⁵, al entender que el legislador constitucional no se planteó, allá por los años setenta del siglo XX, cuando se estaba gestando la norma fundamental, la existencia, en su día, en un futuro, de estas técnicas y pensó, en cambio, en todo momento en la procreación de hijos por medios naturales y no artificiales. Este jurista se ampara en esta distinción, para concluir afirmando que es lógico un tratamiento diferenciado de una y otra forma de procreación.

CARBAJO GONZÁLEZ estimaba que estamos ante una nueva realidad jurídica, regida por normas y principios propios, distintos de la filiación convencional, si bien su postura es contraria, paradójicamente, al anonimato del donante⁶.

También defiende el anonimato BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁷, tomando, como fundamento, que la generalización de estas técnicas de reproducción asistida se basa, precisamente, en la normativa relativa al anonimato. En similar sentido se pronunciaba RIVERO HERNÁNDEZ⁸, si bien partiendo este jurista de la idea de la existencia de una categoría diferente de hijos –y de padres–, enfrentado a padres por naturaleza y a padres civiles, si bien, más tarde, se manifestó rotundamente en contra del anonimato de los donantes, en base al derecho del hijo a conocer su propio origen, derecho que estima que está reconocido, como tal, en nuestra Constitución, pero que se incluye en el marco de otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, el honor, la propia imagen, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. No obstante, resulta contradictoria la tesis de RIVERO, ya que rechaza, paradójicamente, que el donante pueda investigar quién es el hijo nacido a través de estas técnicas, con lo que, aun reconociendo el derecho del hijo a conocer a su padre biológico, de una parte, rechaza, de otra, el derecho del progenitor a conocer al hijo engendrado,

⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L.: «La Constitución y los hijos artificiales», en *Actualidad Civil*, núm. 660, Madrid, 1987.

⁶ CARBAJO GONZÁLEZ, J.: *Las acciones de reclamación de la filiación*, obra citada en nota 3.

⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones», Vitoria-Gasteiz, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida», en *La filiación, cuadernos de Derecho Judicial*, núm. III-94, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

con lo cual lo que afirma en un principio queda, más tarde, desvirtuado. Ya Cristóbal Francisco FÁBREGA RUIZ expresaba que tantos problemas puede tener, en el desarrollo de su personalidad, el hijo al que no se le permite conocer quién es su progenitor, cuanto el donante que se pregunta, un día y otro, quién es su hijo⁹. En realidad, desde mi punto de vista, el derecho a la identidad genética hay que estudiarlo desde estas dos perspectivas, porque, de lo contrario, quedaría incompleto: es decir, hay que analizar el derecho a la identidad genética del hijo, de un lado, y, del otro, el derecho del padre biológico a conocer a su hijo. Son las dos facetas que este derecho, fundamental, presenta. Si la búsqueda, a veces desesperada, de la identidad genética por parte del hijo puede afectar a su personalidad, a su integridad psíquica y emocional, también es cierto que el progenitor puede verse afectado psicológicamente, y el Ordenamiento Jurídico debería dar una respuesta clara y contundente a estas situaciones, al objeto de, en la medida de lo posible, evitarlas.

Para LLEDÓ YAGÜE¹⁰, el principio de veracidad biológica debería ceder ante la inmunidad jurídico-familiar, por lo que se debería facilitar al hijo, ya mayor de edad y plenamente capaz, conocer la identidad genotípica de su progenitor y, con el consentimiento de este, su propia personalidad.

Según Yolanda SÁNCHEZ¹¹, nuestra Constitución, con mejor o peor fortuna en su redacción, reconoce, en el artículo 39.2, el derecho del hijo a conocer su origen biológico, quiénes son sus progenitores, imponiéndose una interpretación amplia del concepto de «paternidad» que incluya, por supuesto, la maternidad.

Sin embargo, algunos supuestos de inseminación artificial pueden presentar problemas a la hora de la determinación de la identidad biológica. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de inseminación artificial heteróloga, utilizando, de forma combinada, semen del marido de la mujer inseminada y semen de un donante, y potenciando al máximo la compatibilidad entre ambos, sería complejo –y, en todo caso, no habría certeza absoluta– discernir cuál es el padre biológico, tal como ha señalado, con acierto, PEÑALOSA LÓPEZ-PIN¹².

Hay, en el marco de la doctrina española, una tercera tesis, intermedia, que podría calificarse de ecléctica, que reconoce el derecho de toda persona a su salud, en función de lo establecido en los artículos 15 y 43 de la Constitución, y, por tanto, admite la posibilidad de conocer los datos genotípicos del donante. Y, a un tiempo, esta tesis estima que, en base al derecho a conocer el pro-

⁹ FÁBREGA RUIZ, C. F.: *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, editorial Comares-Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1999.

¹⁰ LLEDÓ YAGÜE, F.: «Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. la fecundación *post mortem*. El donante del gameto», en *La filiación, cuadernos de Derecho Judicial*, núm. III-94, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

¹¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons-Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

¹² PEÑALOSA LÓPEZ-PIN, C.: «Observaciones médicas y jurídicas de la inseminación artificial humana», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 4, 1986.

pio origen biológico, se podrían incluir datos psíquicos y caracterológicos, al formar estos parte de la identidad personal, si bien manteniendo el anonimato del donante, a menos que se cuente con el consentimiento de este para su revelación, y se necesite conocer su identidad debido a causas o circunstancias graves. Es la postura mantenida por OCAÑA RODRÍGUEZ¹³.

Siguiendo esta línea doctrinal, es oportuno destacar las conclusiones a las que llega RUIZ VADILLO¹⁴, al exponer los motivos o causas que justifican el anonimato del donante y que resumo a continuación:

- 1.º Facilitar la donación que, de otra forma, sería prácticamente inexistente. Hay que tener en cuenta que el donante no quiere tener responsabilidades parentales en cuanto progenitor. Una cosa es donar el esperma y otra, muy distinta, ser padre. A mi juicio, de lo que se trata es de evitar que los donantes tengan que ejercer sus deberes como progenitores, y se les sustrae a las obligaciones que comporta el hecho de ser padres biológicos.
- 2.º Procurar el mayor bienestar del hijo: contrariamente a lo que, hasta ahora, he venido diciendo, RUIZ VADILLO estimaba que la revelación al hijo de haber sido producto, o fruto de estas técnicas de reproducción asistida, podría producir un serio trauma psíquico e incluso la posibilidad de rechazo por parte de la sociedad.

Yo estimo que mayor trauma aún puede provocar en el hijo el hecho de no conocer a su progenitor genético, que el sufrir, en determinadas situaciones y condiciones, el rechazo social, rechazo que, en cualquier caso, en los tiempos que vivimos, no creo que fuera especialmente intenso o contraproducente para el nacido por medio de estas técnicas actuales. Estimo que hay que defender el derecho del hijo –también el derecho del progenitor–, un derecho que puede enlazarse perfectamente con el bien salud, reconocido y protegido en el artículo 43 de nuestra Constitución. En este sentido, cabría preguntarse lo siguiente: ¿Es saludable que el hijo nacido por medio de estas técnicas de reproducción asistida no tenga acceso directo a conocer a su progenitor genético? Yo creo que la Psiquiatría y la Psicología tendrán mucho que decir a este respecto, introduciendo teorías que, de alguna forma, protejan al hijo, al menor, porque de lo que se trata, en definitiva, es de lograr su mayor beneficio, su bienestar y que pueda desenvolverse, a lo largo de su ciclo vital, sin traumas, libre y responsablemente, y que, con arreglo a la Constitución, en cuanto Norma Fundamental, y al Código Civil, pueda ejercitar su derecho a la identidad genética, siempre que lo desee, por supuesto, porque no se trata de imponer nada, de forzar a una situación que no es deseada ni propiciada por el hijo, sino que se trata, en definitiva, de facilitarle el reconocimiento pleno de sus derechos fundamentales, y estimo que la identidad genética es, sin duda, un derecho –pero también un bien– fundamental, esencial, vital. Si el hijo quiere ejercerlo, no se le deberían imponer trabas,

¹³ OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: «Mater semper certa est», en *Diez años de abogados de familia*, editorial La Ley, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 2003.

¹⁴ RUIZ VADILLO, E.: «Aspectos jurídicos de la inseminación artificial con semen de dador», en *Clínica Ginecológica*, 1980.

obstáculos ni cortapisas, porque estamos cayendo en una contradicción: si un derecho es fundamental, hay que reconocerlo y protegerlo, en el marco de los derechos y libertades fundamentales, pero nunca negarlo o imponer valedares a su ejercicio por su titular. Tengamos en cuenta que el artículo 1.1 de nuestra Constitución reconoce a la libertad como valor superior del Ordenamiento Jurídico y, conforme a esta línea, hay que citar, de nuevo, el artículo 10.1 del Texto Constitucional, al hacer referencia a la persona humana y a su dignidad, en cuanto expresión del reconocimiento de sus derechos fundamentales inherentes y del libre desarrollo de la personalidad, como piezas esenciales en el marco del Estado social y democrático de Derecho.

El propio Tribunal Constitucional español ha afirmado, en reiteradas ocasiones, que, en sede de derechos y libertades, los límites y restricciones deben encontrarse en la propia Constitución y basarse en el respeto a los derechos de las personas y al de otros bienes constitucionalmente protegidos (Sentencias de 8 de abril de 1981, 29 de enero de 1982, 7 de noviembre de 1983 y 17 de febrero de 1984).

A mi juicio, el derecho a la libertad es uno de los más importantes de la persona y sin su existencia, reconocimiento y protección quedarían vacíos de contenido otros derechos, como, por ejemplo, el derecho a la procreación humana. En el marco de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, merced a los avances científicos y a los novedosos descubrimientos de la Medicina, tanto el hombre como la mujer tienen derecho a beneficiarse de estas avanzadas posibilidades en materia de reproducción asistida. Lógicamente, ni los derechos constitucionales explícitos, ni los derechos con fundamento constitucional, son absolutos. Unos y otros deben alcanzar su máximo esplendor jurídico sin lesionar otros derechos de la misma naturaleza, o bienes jurídicos merecedores de protección. Aquí, precisamente, es donde tiene cabida el derecho a la identidad genética. Por eso, la primera correlación que limita, o restringe, el derecho a procrear debería de ser el derecho del hijo nacido en estas especiales condiciones, una vez que sea mayor de edad, a conocer sus orígenes, quiénes son sus progenitores. Estimo que el derecho a la procreación es un derecho con fundamento constitucional y, como consecuencia de ello, su restricción tiene que ponderarse y ser justificada razonablemente. Pero uno de los límites, en el marco de las técnicas de reproducción asistida, lo representa, desde mi punto de vista, la determinación cierta de los progenitores. Hay que pensar que toda persona tiene unas raíces filiales, una procedencia genética, un tronco familiar del que emana su identificación como ser humano, como persona diferente a las otras personas. Hay que plantearse seriamente si el anonimato exigido en la donación de gametos y preembriones atenta, efectivamente, contra la dignidad de los hijos nacidos como fruto de estas técnicas, porque, si esto fuera cierto, si, de verdad, se produce un atentado a la dignidad de estos hijos, se estaría infringiendo gravemente el artículo 10 de nuestra Constitución. En este sentido, es interesante la aportación crítica que ha hecho José Ángel MARÍN GÁMEZ¹⁵, al expresar que, en la medida en que el anonimato en línea ascendente implica irresponsabilidad o inmunidad, habría que entender que se vulnera el artículo 39.3 de la Constitución, y en la medida en que algunas de las técnicas de reproducción asistida suponen imposibilidad de dar contenido al vínculo paternofamiliar –aunque haya certeza sobre la identidad de los

¹⁵ MARÍN GÁMEZ, J.A.: «Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida», en *Revista Poder Judicial*, núm. 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

progenitores–, se estaría pasando por encima de uno de los aspectos de la dignidad de la persona y, precisamente, en esa medida, la norma de la Ley de Reproducción Asistida sería inconstitucional. En este sentido, siguiendo esta línea doctrinal, que, desde mi punto de vista, es plenamente acertada, puede hablarse de un derecho a la reproducción, que deriva del ejercicio del derecho a la libertad, pero también, ineludiblemente, habría que referirse a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. La ocultación de identidad del contribuyente genético –donante– conculca gravemente los derechos de los hijos nacidos mediante estas técnicas, ya que la lectura de los artículos 39.2 y 3 de nuestra Constitución no deja lugar a dudas a este respecto.

Efectivamente, como ha quedado apuntado, uno de los principios fundamentales en la Ley de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo) –como lo fue también en la promulgada en 1988– es la no vinculación de responsabilidades de parentesco al donante de gametos. Tal como ha expresado Francisco LLEDÓ YAGÜE¹⁶, la imposibilidad de la legitimación activa en el progenitor donante de gametos para iniciar un proceso de paternidad deriva, de un lado, en la falta de la posesión de estado en la relación familiar, y, de otro, en la circunstancia tipificada por el legislador de la no imputabilidad en ningún caso al donante del material embriológico de vínculo de parentesco alguno con el hijo nacido en virtud de la aplicación de estas técnicas médicas. Según el artículo 8.3 de la citada Ley, la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda no va a implicar, en ningún caso, determinación legal de la filiación, por lo que, evidentemente, no se puede adjudicar ninguna responsabilidad jurídica al donante. El artículo 8.1 establece que ni el marido ni la mujer –ni la pareja de hecho– podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la fecundación en estas condiciones. Pero la insuficiencia del texto legal es manifiesta, ya que cabe plantearse si el hijo podrá impugnar la filiación que consta registralmente y reclamar lo que, por naturaleza genética, le corresponde.

Hay que resaltar que es, precisamente, la Ley de Reproducción Humana Asistida la que establece que, en el marco de la filiación, debe primar, ante todo, la verdad biológica, a tenor del artículo 39.3 de la Constitución, pero, en la voluntad del legislador, se estaba pensando siempre en el ámbito de las relaciones de filiación derivadas de una fecundación natural, pero nunca de una fecundación asistida, y es precisamente en este último supuesto en donde la verdad formal, o sea, la verdad registral, prevalece frente a la verdad genética.

Con las técnicas de reproducción asistida, es indudable que asistimos a un proceso de cambio, de evolución, que el legislador ha de afrontar. En este sentido, se ha producido la diferenciación, o disociación, entre los roles de padre y de progenitor. Padre es el que asume voluntariamente dicha función social, porque la paternidad no es solo un derecho, ni tampoco solo un deber, sino que es una función, aunque, desde el punto de vista genético, no lo sea. Progenitor es, en cambio, el que aporta el material genético, sin pretender ninguna relación jurídica de filiación con el ser humano que nazca como producto, o fruto, de esas técnicas científicas avanzadas.

¹⁶ LLEDÓ YAGÜE, F.: *Comentarios científico-jurídicos a la Ley de Reproducción Humana Asistida 14/2006, de 26 de mayo*, ediciones Dykinson, Madrid, 2007.

Voy a detenerme ahora en las diversas técnicas de reproducción asistida, al objeto de la mejor comprensión de esta compleja y delicada materia.

El Anexo A de la Ley de Reproducción Humana Asistida dispone cuáles son estas técnicas:

- 1.ª Inseminación artificial.
- 2.ª Fecundación in vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.
- 3.ª Transferencia intratubárica de gametos.

No obstante, el artículo 2.3 de la Ley autorizó al Gobierno, mediante Real Decreto y previo Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida –regulada en el art. 20–, a actualizar el referido Anexo para su adaptación a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada.

Por lo demás, la Ley, al determinar las personas usuarias de estas técnicas, no exige que se trate de una mujer que forme parte de una unión matrimonial o extramatrimonial, o que adolezca de problemas de fertilidad, ni exige que su descendencia pueda tener enfermedades genéticas o hereditarias, sino que, en su artículo 6, dispone que «toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual».

El artículo 6 de la Ley regula la cuestión referida a «Usuarios de las Técnicas», estableciendo que, «entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas, se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente».

Voy a detenerme a continuación en la descripción, para su mejor comprensión, de las técnicas de reproducción asistida:

2.1. FERTILIZACIÓN IN VITRO (FIV O FIVET)

Consiste en lograr la fertilización con los óvulos y espermatozoides de la pareja, a través de un cultivo. Los preembriones obtenidos se transfieren posteriormente al útero, para continuar su

desarrollo. Recibe el nombre de «in vitro» porque la fertilización se realiza en laboratorio, fuera del organismo de la mujer. Esta técnica, en definitiva, consiste en la fecundación del óvulo mediante espermatozoides llevada a cabo en el exterior del cuerpo humano, para, una vez obtenido el embrión, transferirlo al útero. A esta técnica se llegó partiendo del día 25 de julio de 1978, cuando, en Londres, nació la primera «niña probeta». Pocos meses más tarde otra niña nació en Australia. En España, los dos primeros gemelos-probeta nacieron en 1985. De este modo, lo que, en principio, fue una solución extrema para casos de esterilidad producida por grave obstrucción de las trompas de Falopio, se ha convertido en una técnica de uso frecuente para obtener el hijo que no viene por medios naturales. Se ha acudido al denominado diagnóstico preimplantacional, en función del artículo 12 de la Ley, para conocer algunas características genéticas del embrión, con el fin de permitir que se desarrolle, o no, el feto en función de sus posibles malformaciones. También ha surgido la denominada «reacción embrionaria», que consiste en la destrucción de algunos de los embriones cuando ya han salido adelante, pero que daría lugar a partos múltiples, circunstancia esta que podría conllevar algunos peligros. En idéntico sentido, se ha optado por fecundar más embriones de los que se van a implantar, por lo que se llega a la solución de seleccionar a los mejores y destruir a los demás o congelarlos. Sin embargo, en el proceso de congelación, o descongelación, mueren un 70% de los embriones. En otro orden de cosas, los embriones congelados se pueden utilizar para investigar, en función de los artículos 14 y siguientes de la Ley.

El desarrollo de las técnicas de fecundación in vitro ha permitido el acceso directo al embrión antes de que exista embarazo. Este hecho objetivo permite diagnosticar, de forma fiable, enfermedades genéticas o anomalías cromosómicas previas al embarazo, como he reseñado anteriormente. Al margen de los planteamientos propiamente éticos a este respecto, lo cierto es que el desarrollo de las técnicas de diagnóstico genético preimplantacional no ha tenido otra finalidad que conseguir que, en el futuro, ninguna pareja portadora de un proceso maligno diagnosticable deba sufrir la dolorosa experiencia de ver nacer a un hijo gravemente afectado por su misma enfermedad o tenga que someterse a la interrupción de un embarazo. En Andalucía, el primer caso de nacimiento con éxito a través del diagnóstico genético preimplantacional se produjo en el año 2005 y fue practicado en la Clínica Rincón, en Málaga. Dicho procedimiento embrionario, en el que el citado Centro Médico es pionero, sirve para conseguir que los nacimientos se produzcan con las garantías suficientes de no desarrollar una enfermedad hereditaria.

2.2. INYECCIÓN INTRACITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES (ICSI)

Esta técnica se basa en la microinyección de un espermatozoide en el interior (citoplasma) del óvulo de la mujer, con el objetivo de conseguir su fertilización.

2.3. TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS (TIG)

Una vez desencadenada la ovulación y obtenidos los ovocitos, se colocan dos o tres de ellos en el interior de una de las trompas de Falopio, empleando la vía laparoscópica. En el mismo

lugar se deposita una cierta cantidad de espermatozoides –por lo general, unos 50.000–, con el objetivo de que produzca la fertilización, que sería semejante a la natural.

2.4. TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE EMBRIONES (TIE)

Por medio de esta técnica, una vez obtenidos los gametos de ambos sexos (espermatozoides y ovocitos) y conseguida la fecundación de los embriones, estos se transfieren a las trompas de Falopio, generalmente por vía intrauterina, es decir, a través del útero. Los embriones transferidos pueden proceder de la fecundación de los propios progenitores –como sería en el supuesto de la fecundación *in vitro*–, o haber sido obtenidos mediante donación de embriones.

El procedimiento implica unir los gametos, permitir que se produzca la fecundación y transferir el embrión resultante al útero materno. Luego, se espera a que el embrión transferido logre la anidación en el endometrio materno y continúe su desarrollo. Esta técnica tiene dos limitaciones principales: si se transfieren pocos embriones, es posible que no se logre implantar ninguno, y, si se transfieren, por el contrario, muchos embriones, se corre el riesgo de que resulten embarazos múltiples, con los consiguientes riesgos para la madre y para los fetos. Por esta razón, se recurre a fecundar todos los óvulos que se obtengan con la estimulación hormonal, pero solo transfiriendo hasta tres embriones por cada ciclo. Los que no se transfieren son congelados para ser transferidos en ciclos siguientes si fracasase un primer intento.

2.5. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IAD)

Consiste en la colocación en el útero de la mujer del semen del varón cuando este no reúne todas las condiciones necesarias para fecundar al óvulo de forma natural.

El procedimiento para la inseminación artificial consiste en disolver los espermatozoides en una pequeña cantidad en un medio apropiado que les proporciona vitalidad, se seleccionan y se colocan, mediante un fino conducto, en el interior del útero (intrauterina), en el canal del cerviz (intracervical) o en la vagina (intravaginal), justo en el momento en que se detecta la ovulación, para lo cual es preciso realizar un monitoreo constante. La inseminación artificial es una técnica relativamente simple y eficaz, pero el resultado final está condicionado en función de la calidad del semen. Si, tras tres o cuatro intentos, el embarazo no se ha logrado, puede pasarse a algún tratamiento alternativo que aumente las posibilidades de éxito.

La inseminación artificial con espermatozoides de donante es una de las técnicas más antiguas y más empleadas en la medicina de reproducción. Sin embargo, hay un debate en torno a quién debe tener acceso a esta técnica, ya que, en un principio, la IAD se utilizaba en caso de infertilidad masculina o en presencia de una enfermedad genética en el varón, pero el progresivo aumento de tratamientos alternativos para estos problemas ha dado lugar a la disminución del número de parejas heterosexuales que solicitan esta técnica, aumentando, en contrapartida, la solicitud de inseminación artificial para

parejas homosexuales, siendo una de las principales razones por las que estas parejas recurren, con frecuencia, a este método, el hecho de que los donantes de esperma se someten a estrictos controles médicos, lo que convierte a la IAD en una técnica muy segura. En este sentido, hay que resaltar que los donantes han de tener más de 18 años de edad, gozar de buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluye sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmitibles a la descendencia. Estas mismas condiciones son aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países y, en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, según el artículo 5.6 de la Ley, los Centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

2.6. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La técnica de reproducción asistida denominada gestación por sustitución, a través de la fecundación *in vitro*, permite a una mujer infértil tener un hijo genéticamente suyo por la fecundación de su propio ovocito mediante el semen de su compañero o donante utilizando el útero de otra mujer. Es el caso de las llamadas «madres de alquiler» o maternidad subrogada.

Esta técnica plantea cuestiones jurídicas de gran calado, ya que puede suceder –y, de hecho, es bastante frecuente que suceda– que la madre que «alquila» o «presta su útero» se niegue a entregar al hijo que ella ha gestado y alumbrado a sus padres genéticos o progenitores.

Cabe plantear cuál sería la naturaleza jurídica de este acto negocial. En una primera aproximación, cabría entender que se trata de un negocio jurídico que afecta al estado civil, tal como determinó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de junio de 2006, y, en consecuencia, con un contenido tipificado por la Ley, con escaso margen de configuración para el marco de la autonomía individual o personal, al tener sus normas rectoras carácter de orden público –*ius cogens*–. Esta regulación, que presenta carácter imperativo, remite la determinación de la filiación a las reglas generales de nuestro Código Civil o normas de desarrollo.

Este negocio jurídico estaría integrado por dos voluntades concurrentes: una, la de la mujer que consiente la fecundación en su útero, mediante técnicas asistidas, de un embrión ajeno; y, de otro lado, la voluntad de la mujer (o pareja) que aporta el material reproductivo –óvulo– y que presta su asentimiento a dicha forma de gestación. Tanto a efectos jurídicos cuanto administrativos, parece que estos actos guardan cierta analogía con los que se desprenden de la adopción, en cuanto generadores de un título de atribución de una filiación que no deriva del parto, pero no, en todo caso, de su procedimiento de formalización que presenta algunas diferencias importantes

en relación con la adopción, ya que no se prevé la intervención de la autoridad judicial, sino tan solo la de un Centro o Servicio Sanitario debidamente autorizado, sea público o privado, todo en función del artículo 4 de la Ley de Reproducción Humana Asistida.

En nuestro país, este negocio jurídico es declarado nulo de pleno derecho por el artículo 10 de la citada Ley, tanto por razones de interés público, como por imperativos éticos y por la propia función social que preside este tipo de relaciones. Hay que tener en cuenta que nuestro Ordenamiento Jurídico impide contratar o estipular la gestación y posterior entrega de un recién nacido, ya que la persona nacida en estas condiciones especiales no puede, ni debe, ser, en ningún caso, objeto de comercio, ni verse reducida a la condición de cosa. El fruto de esta técnica es un ser humano, una persona, un hijo o hija. De ahí que bajo ningún concepto el embrión, ni el recién nacido, puedan ser objeto, válido, de un contrato que implicara su entrega, ni tampoco, siguiendo el mismo razonamiento, su gestación para llevar a cabo tal entrega. En consecuencia, es nulo de pleno derecho el contrato de gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. En este sentido, hay que entender que es nulo el contrato que se celebra cuando una pareja es fértil, pero la mujer no puede, o no quiere, llevar adelante el proceso de gestación, razón por la cual se acuerda realizar una fecundación *in vitro* con gametos de una pareja e implantar el embrión resultante en el útero de otra mujer. También es nulo el contrato celebrado cuando una mujer es estéril, pero se acuerda inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar *in vitro* un óvulo de esta con gametos de un varón, para, con posterioridad, implantar en su útero el embrión resultante; en este último caso, la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será, madre gestante y madre biológica.

La Ley de Reproducción Humana Asistida afirma, tajantemente, que el contrato de gestación por sustitución es nulo, porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, al recaer sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer que no puede ser objeto de tráfico jurídico. Este tipo de gestación se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paternofamiliar y la atribución de la condición jurídica de madre e hijo.

El artículo 10.2.º de la citada Ley establece que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto». La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar como madre a la gestante, y no a la biológica, en el supuesto de que esta fuera distinta de aquella.

El problema, en todo caso, sería menos complejo para el supuesto de que la inseminación artificial se lograra mediante el esperma del varón y el ovocito de la madre de alquiler. En este supuesto, el nacido sería hijo biológico de la madre gestante y de quien donó el semen –que puede ser anónimo–, por lo que, a efectos jurídicos, la supuesta madre (contratante de la gestación ajena) no tendría vínculo biológico alguno con el hijo nacido que le sirviera de fundamento para la reclamación, en su caso, de la maternidad o la filiación, ya que esta se determinará por el parto, como ya ha quedado reseñado anteriormente.

Hay que analizar cómo se determina la filiación en los casos de reproducción humana asistida.

En primer lugar, es preciso deslindar una serie de supuestos que, en la práctica, pueden producirse. Veamos las variables:

1.^a Variables en la maternidad:

- a) Esposa que gesta su propio óvulo fecundado por espermatozoides del marido.
- b) Esposa que gesta su propio óvulo fecundado por espermatozoides de un donante.
- c) Esposa que gesta un óvulo ajeno fecundado por espermatozoides de su marido.
- d) Esposa que gesta un óvulo ajeno fecundado por espermatozoides de un donante.
- e) Mujer soltera, o viuda, que gesta un óvulo donado con semen de donante.
- f) Mujer viuda que gesta su propio óvulo con semen de su marido fallecido.
- g) Mujer viuda que gesta un óvulo ajeno fecundado con semen de su marido fallecido.

2.^a Variables en la paternidad:

- a) Hombre o esposo que aporta su propio semen para la fecundación del óvulo de su compañera o esposa, o para que sea fecundado un óvulo donado.
- b) Hombre, o esposo, que no aporta su semen, pero da su consentimiento para que su compañera o esposa sea fecundada con semen donado.
- c) Hombre, o esposo, que no aporta su semen, pero da su consentimiento para que a su compañera o esposa se le implante un embrión derivado de la fecundación in vitro de un óvulo donado con semen donado.

El artículo 7.1 de la Ley establece que «la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos».

Voy a sistematizar los diversos supuestos que pueden producirse, a efectos de lograr clarificar una materia tan compleja como, evidentemente, lo es esta en el marco del Derecho de Familia y, en concreto, de la filiación.

En primer lugar, voy a detenerme en considerar los supuestos que pueden producirse en el seno del matrimonio, que son los siguientes:

- A) Mujer casada con varón que es inseminada con semen del marido. Se denomina inseminación artificial homóloga. En este supuesto, la Ley no establece ningún tipo

de especialidad, por lo que es aplicable la normativa contenida en los preceptos correspondientes del Código Civil.

La filiación materna y paterna será matrimonial. Ahora bien; el padre puede destruir la presunción de paternidad que rige en el artículo 116 del Código Civil, en virtud del artículo siguiente: «Nacido el hijo dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que en este último supuesto la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo».

Es evidente que el marido no podrá destruir la presunción de paternidad si previamente a contraer matrimonio fue donante y dio su conformidad a que su compañera –más tarde, esposa– fuese inseminada con su semen.

Si el hijo nace después de los 300 días desde la separación legal o de hecho, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 118 del Código Civil, que permite la inscripción de la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de la pareja matrimonial. En este supuesto, el hijo gozará de la filiación materna y paterna matrimonial.

La forma de prestar el consentimiento, tal como dispone el artículo 8.2 de la Ley, viene constituida por un documento extendido ante el Centro o Servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de estas técnicas.

- B) Mujer casada con varón que es inseminada con semen de un tercero. Se denomina inseminación artificial heteróloga. El artículo 8.3 de la Ley dispone que «la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación». En consecuencia, el donante que no es marido de la madre no puede ser considerado como padre. Es, por tanto, un aportante genético, pero no padre a efectos legales.

Cuando el marido da su consentimiento a la utilización de material genético de un tercero, no puede ser considerado, desde el punto de vista natural, padre biológico, ya que no ha aportado su contribución genética a la concepción del hijo. Pero, en virtud del artículo 8 de la Ley, si prestó su consentimiento, el hijo va a gozar de la filiación paterna y materna matrimonial. Como vemos, la Ley hace «padre» a quien, en realidad, por la naturaleza, no lo es.

Si el marido no da su consentimiento a la utilización de material genético de un tercero, estaríamos ante un supuesto no contemplado específicamente en el Código Civil ni tampoco en la legislación especial sobre el tema. Esta falta de consentimiento del marido de la madre motivará que el hijo nacido como fruto de estas técnicas tenga determinada únicamente la filiación materna con el carácter de extramatrimonial.

- C) Mujer casada con otra mujer que es inseminada con semen de un tercero. Según el artículo 7.3 de la Ley, «cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal que consiente en que, cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido». Aquí, en este supuesto, se plantea una interrogante que estimo es de gran calado: el hijo va a tener dos filiaciones maternas, o bien habría que considerar que tenderá la filiación de la mujer que le ha dado a luz, pero también la filiación del cónyuge de esta y que, al ser también mujer, va a tener, sin embargo, la consideración de filiación paterna, según ha expresado Antonio Javier PÉREZ MARTÍN¹⁷. A mi juicio, no hay razón bastante para estimar que, en este supuesto, la cónyuge de la madre biológica haya de figurar en la inscripción del Registro Civil como «padre», o, en otras palabras, determinarse la filiación paterna en la persona de la esposa de la mujer que ha dado a luz. Mi tesis es avalada por la interpretación que dieron a este supuesto los Encargados de los Registros Civiles, en noviembre de 2009, y por la propia Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de abril de 2008, que admitió la determinación de la filiación materna con respecto a las dos cónyuges, incluso si ambas hubieran contraído matrimonio después del nacimiento del hijo, lo que supone una interpretación ciertamente amplia.

Para la determinación del orden de los apellidos, es preciso que ambas madres comparezcan de común acuerdo, conforme a la Ley 40/1999, de 5 de noviembre. En la inscripción, se va a reflejar como «MADRE A» a la madre biológica, y como «MADRE B» a su cónyuge, debiendo, además, aportar original del Certificado expedido por el Centro Médico en el que se sometieron a las técnicas de reproducción asistida. Ha de ser un Centro legalmente autorizado por la Administración competente, y debidamente registrado, para la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida. En cuanto a la madre no biológica, ha de acreditar que prestó, de manera formal, su consentimiento, su conformidad con la aplicación de estas técnicas a su esposa antes de iniciar el tratamiento. La madre no biológica ha de efectuar, asimismo, una manifestación en el sentido de consentir que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido como consecuencia de estas técnicas.

Hay que resaltar que se ha producido una discriminación importante en esta regulación, respecto de las parejas de hecho del mismo sexo, al no quedar contemplada, tras la reforma efectuada por la Ley 3/2007, la posibilidad de determinar la filiación materna de la madre no biológica en parejas de hecho.

A continuación, voy a exponer los supuestos que pueden producirse en el seno de la relación de pareja de hecho:

¹⁷ PÉREZ MARTÍN, A. J.: «Problemática de las acciones de filiación», en *La nueva regulación del derecho de familia*, ediciones Dykinson, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 2011.

- 1.º Mujer inseminada con semen del varón compañero: la filiación queda determinada en función de que el varón haya, o no, dado su consentimiento a la fecundación. Si ha dado el consentimiento y, posteriormente, reconoce al hijo, la filiación paterna no matrimonial quedará determinada. Por el contrario, si no ha otorgado su consentimiento, quedará abierta la posibilidad de que pueda impugnarse la filiación.
- 2.º Mujer inseminada con semen de un tercero distinto a su compañero: si el compañero ha prestado su consentimiento, el hijo se inscribirá con la filiación paterna no matrimonial del compañero de la madre. Pero, si no otorgó su consentimiento, salvo que medie reconocimiento, el hijo carecerá de filiación paterna.
- 3.º Mujer que convive como pareja de hecho con otra mujer y que es inseminada: en este supuesto, podrá hacerse constar la filiación de la compañera sentimental de la madre, si bien ello no va a suponer que deban reconocerse dos filiaciones maternas. Más acertado sería decantarse por distinguir entre filiación materna biológica y filiación materna no biológica. La Resolución de 5 de junio de 2006 indicó que «aun partiendo del principio incuestionable de que las parejas del mismo sexo no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente, por la sola declaración de las interesadas, la maternidad tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de esta. La maternidad es única en nuestro Derecho».

Otro supuesto distinto a los citados anteriormente puede producirse cuando la mujer no convive con varón. En este caso, la falta de matrimonio de la madre, así como la inexistencia de pareja de hecho, motiva que el hijo nacido en estas condiciones no tenga determinada la filiación paterna, sino tan solo la materna.

Por fin, otro supuesto que puede ser citado es el denominado «gestación por sustitución» o «madres de alquiler». Se le denomina también como «maternidad subrogada», «vientre de alquiler» o «gestación por sustitución». Consiste en la implantación a una mujer de un óvulo fecundado, de forma que se encarga de la gestación y del nacimiento del embrión, por lo general a cambio de una prestación económica por este servicio. En nuestro país, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, se mostró contundente a este respecto, estableciendo, en su artículo 10, que este contrato es nulo y que, en cualquier caso, la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución se determina por el parto. Es decir, será madre la que dio a luz. Aunque la Ley prohíbe, como ya he dicho, esta fórmula, sin embargo, como en la práctica pueden producirse estos supuestos, el Ordenamiento Jurídico ha de dar una respuesta en relación con la filiación del así nacido. En este sentido, el artículo 47 de la Ley de Registro Civil dispone que constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte de comprobación reglamentaria. Es decir, el hijo se va a inscribir con la filiación materna de la madre gestante y sin filiación paterna, salvo que constare el reconocimiento por parte de un varón.

A continuación voy a analizar otro supuesto, problemático, que puede plantearse en el marco de la filiación como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.

3. LA FILIACIÓN DEL HIJO SÚPER PÓSTUMO O POSTUMÍSIMO

En primer lugar, para analizar este interesante tema, complejo y delicado, hay que estudiar el artículo 9 de la Ley de Reproducción Humana Asistida, que establece lo siguiente: «Premo-nencia del marido.

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.»

El origen de este precepto hay que buscarlo en el Informe Warnock, en el que se inspiró el Informe de la Comisión especial constituida en el Congreso de los Diputados, para la elaboración de la Ley 35/1988, derogada en la actualidad. Como expresó Francisco LLEDÓ YAGÜE¹⁸, la finalidad en la voluntad del legislador con este texto era indicarnos, por lo que respecta al párrafo primero, que la regla general, a falta de consentimiento expreso del varón fallecido, era si, aun con la falta de consentimiento, se utilizaba su material reproductor. Y, si del mismo derivase el nacimiento de un ser humano *ex post mortem*, ¿qué filiación tendría determinada el hijo así nacido? Si el varón no hubiera dado su consentimiento, el hijo no tendría determinada la filiación paterna. En este supuesto, no es posible que el Juez consienta en que la viuda (o la conviviente en pareja de hecho) utilice el material reproductor, con la consiguiente inscripción de la filiación matrimonial. El criterio desautorizante radicaría en el quebrantamiento de la regla del anonimato, ya que, en este caso, se conocería la identidad del progenitor.

¹⁸ LLEDÓ YAGÜE, F.: «La filiación. Estudio sustantivo, jurisprudencia y debate social», artículo citado en nota 1.

Pero, a mi juicio, hay que tener en cuenta el artículo 5 de la Ley de Reproducción Humana Asistida, en cuanto se establece el anonimato para no imputar responsabilidades de donación al donante de gametos, y también para que no se perturbe el orden familiar con un conocimiento que pudiera derivar en conflictos de convivencia.

Hay que resaltar que no está permitida, en nuestro Derecho, la fecundación post mortem con gametos provenientes de terceros.

Entro a analizar ahora el tema, complejísimo, de dos derechos fundamentales en conflicto: el derecho a la identidad genética frente al derecho a la intimidad.

4. DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA VERSUS DERECHO A LA INTIMIDAD: UN CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Una vez analizados los supuestos, diversos y complejos, en los que las técnicas de reproducción humana asistida dan como fruto el nacimiento de un hijo, y establecido por el legislador que, en estos casos, prevalece el derecho a la intimidad del donante de gametos –donante anónimo, salvo que se trata del esposo o compañero sentimental de la madre–, cabe plantear la siguiente interrogante: ¿tenemos las personas derecho a conocer nuestra identidad genética? ¿Existe, efectivamente, un derecho a conocer la identidad paterna frente al derecho a la intimidad del donante anónimo de material reproductor en el marco de las técnicas de reproducción asistida?

Para contestar a estas cuestiones, hay que detenerse, en primer lugar, en el análisis de algunos aspectos relativos a la existencia –conflictiva– de un derecho fundamental a la identidad genética. A mi juicio, existe este derecho y más aún: se trata de un derecho fundamental, esencial, vital, diría yo, para el libre desarrollo de la personalidad y para el desenvolvimiento, en libertad, de la dignidad que ha de acompañar a toda persona a lo largo de su trayectoria vital. Sin embargo, este derecho parece que es sistemáticamente negado a aquellos hijos nacidos como fruto de algunas de estas técnicas de reproducción asistida. Ya en los años noventa del siglo XX, BERRY puso de relieve cuáles eran las cuestiones más importantes que podían surgir con motivo de la información genética¹⁹. En algunos supuestos, aunque la información genética se produzca en el marco de la íntima relación Médico-paciente –relación en la que rige la confidencialidad–, no puede quedar, siempre y en todo caso contenida en sus estrictos límites. Puede suceder, incluso, que la información genética concerniente a un paciente sirva para revelar tanto, o más, del estado de salud, presente o futuro, de otras personas unidas a este por parentesco biológico.

Agustín ROMERO PAREJA indicaba que el acceso al conocimiento de la auténtica y verdadera identidad biológica de las personas es un proceso que se desarrolla y regula por medio del principio de veracidad biológica, acogido expresamente en los países anglosajones, como Alemania, o en la Constitución de Suiza, que ha establecido el conocimiento del propio origen biológico como un de-

¹⁹ BERRY, R. M.: «The genetic revolution and the physician's duty of confidentiality», en *The of legal medicine*, 1997.

recho protegido²⁰. En Alemania, se constata que, de forma tradicional, la doctrina se inclinaba por admitir un derecho a conocer la propia filiación biológica como un derecho de la personalidad, con fundamento en la intangibilidad de la dignidad humana y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, admitiendo, asimismo, la doctrina jurisprudencial de dicho país este derecho, tal como se puede comprobar de la lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 31 de enero de 1989. En los Países Bajos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1994 admitió el derecho del hijo a su personalidad y, dentro de este grupo de derechos, comprendió el relativo al conocimiento de sus padres biológicos. Y, por lo que respecta al país vecino, Francia, la Ley número 1993, de 22 de enero de 2002, creó un Consejo Nacional para la Búsqueda de los Orígenes Personales. Por fin, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos elaboró una doctrina, importante, acerca de esta cuestión, siendo de destacar la Sentencia de 20 de febrero de 2003, dictada en el asunto Odièvre, en la que se recuerda que el derecho a la identidad, así como al desarrollo personal, ha de ser protegido.

Como puede observarse, estamos ante un tema que recae, evidentemente, sobre el interés vital de toda persona de conocer sus orígenes biológicos y, en definitiva, de saber quién es su progenitor. Desde mi punto de vista, de lo que se trata es que el hijo conozca su historia personal, su biografía, sus antecedentes y, para adquirir ese conocimiento, es obvio que necesita saber quiénes son sus progenitores, la identidad de estos, pues fueron ellos los que le dieron la vida y son los que, en consecuencia, constituyen los cimientos de su historia personal.

Desde el punto de vista constitucional, en nuestra Carta Magna, el artículo 10, a modo de pór-tico del Texto Constitucional, está referido a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, en cuanto fundamento del orden político y de la paz social. Estimo que una persona que no conozca sus orígenes genéticos –al haber nacido como consecuencia, o fruto, de las técnicas de reproducción asistida, gracias a un donante anónimo– mal podrá desarrollarse como persona y mal podrá expandirse su personalidad, aún en crecimiento mientras no alcance la mayoría de edad.

El artículo 15 de la Constitución entronca abiertamente con el derecho a la identidad genética, al estar referido a la vida –en cuanto derecho– y a la integridad física y psíquica. Obviamente, es la integridad psíquica, emocional, afectiva, emotiva, la que entraría en juego por lo que respecta al tema que estoy tratando.

El artículo 39.2 de la Constitución establece que los poderes públicos han de asegurar la protección integral de los hijos, siendo estos iguales ante la Ley, con independencia de su filiación. Pero habría que añadir que los hijos que vienen al mundo gracias a la intervención de técnicas de reproducción asistida no son iguales, por lo que respecta al derecho a la identidad genética, a los otros hijos, a los nacidos naturalmente.

La Constitución posibilita la investigación de la paternidad, lo que llevaría a añadir que la Ley ha de proporcionar a todos los hijos –sin excepciones, ya que, si las hubiere, el propio Texto

²⁰ ROMERO PAREJA, A.: «El derecho a la reproducción asistida», en *Revista Jurídica del Notariado*, Madrid, julio-septiembre de 2007 y julio-septiembre de 2008.

Constitucional debería formular cuáles son esas excepciones de manera expresa— la posibilidad de conocer su identidad genética. Y, por último, el artículo 39.4 de la Constitución establece que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos».

Se trata, en definitiva, de intentar analizar las causas que motivan la negación del derecho a la identidad genética de los hijos nacidos a través o por medio de estas técnicas de reproducción asistida. Estimo que el derecho a la identidad genética pudiera estar fundamentado en el derecho a la información. Según el Tribunal Constitucional, la libertad de información —y el correlativo derecho— posee una posición prevalente sobre el derecho a la intimidad. En caso de conflicto entre ambos derechos fundamentales, hay que llevar a cabo una tarea de ponderación, teniendo en cuenta, sin embargo, la posición prevalente, no jerárquica, que ocupa sobre los denominados derechos de la personalidad del artículo 18 de la Constitución el derecho a la información del artículo 20.1 d) del citado Texto Fundamental. Esta doctrina se ha confirmado reiteradamente, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés general —estimo que el derecho a la salud de una persona, así como su derecho a la identidad genética son materias de interés general y que conciernen no solo a la persona afectada—.

Estimo que, desde la perspectiva ética, el análisis de los problemas que plantea la reproducción humana tiene, como base de cualquier acuerdo, el reconocimiento de la dignidad de la persona y sus derechos. Efectivamente, desde la biojurídica, ROMERO CASABONA ha expuesto tres principios generales que deberían informar la ingeniería genética relacionada con la reproducción. Estos principios generales son los siguientes: 1.º los nuevos procedimientos deben quedar sometidos a la legitimación y control de la comunidad; 2.º el bien jurídico a proteger debe ser el interés del hijo —aquí, es conveniente hacer un inciso: hablar de «interés» supone una mercantilización del concepto; es más oportuno, y más correcto, referirse al «bienestar» del hijo—; 3.º el respeto a la dignidad humana debe ser una constante presente en estos procedimientos.

Estos son los principios generales. En cuanto a los principios específicos, cabe destacar los siguientes:

- 1.º Que estas técnicas se utilicen exclusivamente como terapias.
- 2.º Que se garantice al nacido la figura de un padre y de una madre.
- 3.º Que se eviten los abusos en el recurso innecesario a estas técnicas²¹.

JUNQUERA DE ESTÉFANI puso de relieve que el ámbito idóneo para el desarrollo de la personalidad del hijo es aquel en el que no sea privado de la figura del padre —ni de la madre—, al objeto de favorecer, en la mayor medida posible, el desarrollo armónico y equilibrado del nuevo ser²².

²¹ ROMERO CASABONA, C.: *Genética y siglo XXI*, IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Fundación Mapfre Medicina, 1998.

²² JUNQUERA DE ESTÉFANI, R.: *Reproducción asistida. Filosofía ética y filosofía jurídica*, editorial Tecnos, Madrid, 2004.

A este nuevo ser, desde mi punto de vista, hay que respetarlo integralmente, salvaguardando su dignidad personal y sus derechos, por lo que las normas jurídicas deberían estar encaminadas hacia su protección –y, habría que añadir, la protección del progenitor, en cuanto este también debe tener la posibilidad de acceder al conocimiento de su hijo biológico–.

En nuestro país, como ya ha quedado apuntado anteriormente, la Ley impone el carácter secreto de la donación de gametos y preembriones. Es decir, la donación será anónima, debiéndose custodiar los datos del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes de Gametos. En relación con el secreto del contrato, habría que distinguir el ámbito propiamente dicho del secreto, que abarca, no solo la identidad de los donantes, sino, además, todas las circunstancias relativas al origen de los hijos así nacidos, información que debe recogerse en las historias clínicas individuales.

Existen, sin embargo, dos supuestos en los que el principio de confidencialidad decae por la prevalencia de otros intereses susceptibles, también, de protección:

- a) La Ley faculta a los hijos, por sí o por sus representantes legales y a las receptoras de gametos, a obtener información general de los donantes, siempre que esta no incluya la identidad de los mismos.
- b) Puede revelarse la identidad de los donantes cuando exista un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales. En ambos casos, la revelación habrá de resultar indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal de que se trate, debiendo ser restringida y no implicar, en ningún caso, publicidad sobre la identidad del donante.

Es oportuno, llegados a este punto, analizar, aunque sea brevemente, el carácter secreto de la donación de gametos y preembriones. La cuestión fundamental que suscita el supuesto de donación radica en la importancia que debe atribuirse al carácter secreto que preside la donación. La constitucionalidad del anonimato –con la consiguiente protección del derecho a la intimidad del donante– en la donación de gametos fue ratificada por la Sentencia de Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999. Sin embargo, las críticas al carácter secreto de la donación son numerosas. Efectivamente, parece que el legislador hace prevalecer el derecho a la intimidad del donante frente al derecho a la identidad genética del hijo nacido como consecuencia de estas prácticas de reproducción asistida. Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ apuntaba que era dudosa la constitucionalidad del anonimato del donante, en cuanto impide, fuera de casos excepcionales, a los hijos nacidos por este procedimiento conocer su origen genético, es decir, la denominada «verdad biológica», lo que, a juicio de esta jurista, constituye una vulneración de un derecho inherente a la dignidad personal, entendida esta última como lo hizo el Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina²³.

²³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, obra citada en nota 11.

Entre dos derechos fundamentales, el legislador ha optado, evidentemente, por hacer prevalecer el derecho a la intimidad. La cuestión, grave, a mi juicio, es que, de esta manera, se cercena el derecho del hijo, fruto de estas técnicas, a conocer la identidad, en muchos casos, de su progenitor biológico, lo cual puede incidir seria y negativamente sobre su dignidad personal y el libre desenvolvimiento de su personalidad.

Paso a examinar a continuación el tema de las acciones de reclamación de la filiación biológica obtenida por medio de las técnicas de reproducción asistida.

5. ACCIONES DE FILIACIÓN BIOLÓGICA OBTENIDA POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Se trata de aquellos supuestos en los que solo ha quedado determinada la filiación materna, y, también de los supuestos en los que, aun habiendo quedado determinada la filiación paterna, matrimonial o extramatrimonial, el hijo quiera impugnarla y reclamar la verdadera filiación biológica.

Es importante resaltar que, en el marco de las técnicas de reproducción asistida, el acto en sí de la cohabitación de la acción o efecto procreativo, los conceptos a la sazón tradicionales de paternidad y/o maternidad no nos sirven, en tanto en cuanto la figura del padre no coincide con la de progenitor, si exceptuamos, por supuesto, la denominada fecundación homóloga, con lo que el principio rector de la reforma de filiación, *pater es quem sanguis demonstrat*, no es aplicable, recta vía, en cuanto a la determinación efectiva del vínculo de filiación en la fecundación humana asistida.

Un principio fundamental en el marco de la Ley de Reproducción Humana Asistida, como también lo fue en la previgente de 1988, es la no vinculación de responsabilidades de parentesco en el donante de gametos –material reproductivo–.

La imposibilidad de la legitimación activa en el progenitor donante de gametos para iniciar un proceso de paternidad derivará, por un lado, en la falta de posesión de estado en la relación familiar, y, por otro, en la circunstancia tipificada por el legislador de la no imputabilidad en ningún caso al donante del material embriológico de vínculo de parentesco alguno con el hijo nacido en virtud de la aplicación de estas técnicas. En la inteligencia del legislador –que no ya en su claridad de exposición, se desprende esta consecuencia, observable en el artículo 8.3 –de defectuosa dicción–, que establece que «la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda...no implica en ningún caso determinación legal de la filiación». Como se colige de este precepto, no se podrá adjudicar responsabilidad jurídica, de ningún orden, al donante de gametos. Al legislador lo que le ha interesado, a la vista del articulado de la Ley, es, de forma preeminente, favorecer la relación jurídica familiar en la que el hijo se encuentra establemente integrado, disfrutando de una *possessio filiationis* reforzada con una situación formal o registral, de quienes han asumido *ex voluntate* el papel de padres. De este modo, nadie podrá *fortiori* desencadenar una perturbadora y lesiva acción de filiación: ni el donante de gametos –que es el progenitor genético–,

ni, por otra parte, los padres «formales» en cuanto pretendieran a posteriori ir contra sus propios actos impugnando la filiación establecida. En este sentido, el texto de la Ley y, en concreto, su artículo 8.1 consagra dicho principio, al establecer que ni el marido ni la mujer –y lo mismo cabe decir de la pareja de hecho, unida *more uxorio*– podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación. La insuficiencia clarificadora del texto transcrito es grande, ya que no despeja las dudas sobre el hijo y su situación. Es decir, ¿podrá el hijo impugnar la filiación que consta registralmente y reclamar lo que, por naturaleza genética, le corresponde?

Hay que recordar, de nuevo, que, en sede filiación, el principio de veracidad biológica, según el artículo 39.3.º de nuestra Constitución, debe ser prevalente por lo que respecta a las relaciones de filiación. Pero, como vemos, de forma inexplicable, la Ley de Reproducción Humana Asistida se convierte en la excepción a la regla general. Claro está que, en el pensamiento del legislador solo se atendía a las relaciones de filiación derivadas de una fecundación *vera copula*, pero no de una fecundación asistida, en la que la verdad formal o registral ha de prevalecer y primar frente a la verdad genética.

El legislador, en este punto, con buen criterio, aunque sea discutible, ha optado por dar preferencia al mantenimiento del círculo familiar en el que, de manera formal, el hijo va a quedar integrado.

Por lo que respecta a la inseminación o fecundación homóloga, lo que ocurre, en estos casos, es que se prescinde del elemento de la cohabitación, pero el rol de padre y el de progenitor no se separan, ya que corresponden al mismo sujeto *impotente coeundi*, pero no generando. En tal sentido, como ha explicado Francisco LLEDÓ YAGÜE²⁴, si la pareja que recurre a estas técnicas está casada, el hijo, evidentemente, será matrimonial, en virtud del artículo 116 del Código Civil. Pero, en este supuesto, la presunción sería *iuris et de iure*, puesto que, desde el primer momento, no existe dificultad en cuanto a la proveniencia en la identificabilidad del gameto fecundado. En este caso, no hay que olvidar que existe un conocimiento apodíctico de la paternidad, con lo que la aplicación de la técnica comporta una prueba directa y positiva de la paternidad. Es decir; no tendrán acción para impugnar la filiación, salvo que hubiese un error en el consentimiento del varón casado, pero entonces operaría el artículo 141 de nuestro Código Civil, como en los supuestos ordinarios del articulado de la filiación.

En relación a la pareja no casada en la que se proceda a la fecundación homóloga, la Ley no es lo bastante clara en cuanto a la forma del consentimiento para que equivalga como tal reconocimiento, o sea, como título de determinación legal de la filiación. Tiene que adaptarse a lo establecido en el artículo 120 del Código Civil, y al artículo 186 del Reglamento del Registro Civil, con lo que el reconocimiento tiene que ser formal. Desde mi punto de vista, ha de ser un reconocimiento indubitado, es decir, reunir, como requisito, la voluntad, indubitada, inequívoca y concluyente, así como deliberadamente expresada, de reconocer al propio hijo y, con esta finalidad, existir un claro ánimo de reconocimiento, explicitado en documento público.

²⁴ LLEDÓ YAGÜE, F.: «La filiación...», artículo citado en notas 1 y 18.

- 1.º **Cuando solo ha quedado determinada la filiación materna.** Este supuesto fue resuelto por una importante Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, el 15 de febrero de 2006, tras el ejercicio de una acción de reclamación de paternidad, expresando la resolución lo siguiente: «Se declara la filiación paterna no matrimonial del hijo nacido por inseminación artificial al constar que tanto la madre como el actor acudieron a un Centro de inseminación para que aquella quedase embarazada con el material genético de aquel, al no encontrarnos ante un donante anónimo, sino a un donante perfectamente identificado que era consciente en todo momento que la fecundación de la mujer se iba a realizar con su material genético».

En cuanto a la filiación materna no matrimonial, podrá ser objeto de reclamación cuando conste que el compañero sentimental de la madre –que pudo, incluso ser el donante de gametos– no efectuó, posteriormente, el reconocimiento de su paternidad, aunque conste que consintió en la fecundación artificial.

- 2.º **Cuando quedaron determinadas ambas filiaciones y el hijo reclama su verdadera filiación biológica.** Es muy importante, a mi juicio, considerar si el hijo nacido como consecuencia de estas técnicas de reproducción asistida puede reclamar su auténtica filiación biológica.

Estimo que, con arreglo a la Ley de Reproducción Asistida, no podrá hacerlo, ya que, según el artículo 5.5 de la citada Ley, la identidad del donante ha de ser mantenida con estricto secreto. Tanto el artículo 8.2 *in fine*, como el artículo 9.3 de la Ley advierten que el consentimiento para la fecundación deja a salvo la acción de reclamación judicial de la paternidad. Pero, en la práctica, si el consentimiento, o la anuencia, a la práctica de la reproducción asistida no están viciados, el varón no casado no podrá impugnar dicha anuencia.

Ahora bien; puede plantearse el supuesto en el que el hijo reclame la paternidad, ya que tiene derecho al conocimiento de su identidad genética. La respuesta a este planteamiento es que el hijo, en estas circunstancias, no tiene derecho a ese conocimiento, según la Ley, y ello en base, o tomando como fundamento esencial, la falta de responsabilidad del donante. ¿*Quid iuris* si, a pesar de lo expuesto, el hijo entabla la acción de reclamación de la paternidad? En principio, estimo que dicha acción estaría abocada al fracaso. Hay que resaltar que la revelación de la identidad del donante, en el restringido caso que el artículo 5.5.3.º admite, no implica en ningún caso determinación legal de la filiación (art. 8.3).

- 3.º **Acciones de impugnación de la filiación obtenida mediante técnicas de reproducción asistida.** Hay que estar a lo establecido en el artículo 8 de la Ley, según el cual «ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación».

La prohibición es extensiva tanto a la filiación matrimonial cuanto a la extramatrimonial, e igualmente al marido y a la mujer. Es indiferente, asimismo, que el consentimiento se prestara para la inseminación con material reproductor del esposo o de otro donante. Ahora bien; si el consentimiento se prestó por el marido mediando error, violencia o intimidación –consentimiento viciado–, podría admitirse, si bien de forma excepcional, la acción de impugnación de la filiación.

Cuando la inseminación artificial se ha llevado a cabo a espaldas del marido, no hay obstáculo legal alguno, como es lógico, para el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad.

6. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto y del análisis de la Ley de Reproducción Humana Asistida, parece evidente que, en la práctica, se produce una colisión entre dos derechos fundamentales: el derecho a la identidad genética, cuyo amparo constitucional lo encontramos en los artículos 10.1, 15, 39.2 y 18.4 de nuestra Carta Magna, de un lado, y, de otro lado, el derecho a la intimidad del donante de gametos y preembriones, siendo este último derecho el considerado por la Ley como prioritario o prevalente frente al otro.

Cabe preguntarse, de nuevo, si se ha respetado el principio, fundamental, en Derecho de Familia, del beneficio del hijo, de su bienestar, en una materia que le afecta directa e inmediatamente. Pensemos que, una vez alcanzada la mayoría de edad, el hijo no va a poder acceder a su información genética, salvo en circunstancias extraordinarias o excepcionales previstas por la Ley, aunque, incluso en estos supuestos, esa revelación excepcional va a tener un carácter restringido y no va a implicar en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

Desde mi punto de vista, estimo que estamos ante una paternidad irresponsable o, en otras palabras, una paternidad especial, que no sigue los cauces naturales. En realidad, el donante de gametos y preembriones no asume la relación paternofilial, al no interesarle establecer ese vínculo de filiación respecto al hijo nacido a través de estas técnicas. Es un tema, por tanto, que desborda los cauces naturales, pero también los legales. La persona que acude a un Centro autorizado para donar material reproductor, no busca, más tarde, establecer una relación parental con el hijo nacido en virtud de estas técnicas de reproducción asistida. Pero esto no quiere decir –ni debe implicar– que al hijo se le impida acceder a su origen biológico, porque es este un derecho del que el ser humano no debe prescindir, al ser fundamental e innato. Otra cosa muy distinta es que entre el aportante del material genético y el hijo se establezca un vínculo de filiación.

Estimo que es el derecho a la intimidad del donante de gametos el que debería ceder ante otro derecho, también fundamental, cual es el derecho a la identidad genética.