

La reproducción asistida en Derecho Español: Elementos subjetivos "activos".

IGNACIO GALLEGO DOMINGUEZ
Universidad de Córdoba

SUMARIO:

I. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL: 1. Introducción; 2. La Ley española 35/1988 de reproducción asistida: a) técnicas que regula; b) antecedentes y gestación de ley; c) estructura de la ley.

II. ELEMENTOS SUBJETIVOS "ACTIVOS" INTERVINIENTES EN LAS TÉCNICAS: DONANTES, USUARIA Y PERSONAL TÉCNICO: 1. Introducción; 2. Donantes; 3. Aportante de gametos masculinos en la fecundación homóloga; 4. Usuaría de la técnica; 5. Personal técnico.

I. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL.

1. Introducción

El dominio de la naturaleza ha sido una de las grandes obsesiones del hombre, obsesión que ha llevado al desarrollo científico y tecnológico de que hoy disfrutamos y en muchos aspectos sufrimos. Uno de los mayores avances se ha producido en el campo de la Medicina y la Biotecnología, donde se han alcanzado unos resultados sorprenden-

tes mediante las manipulaciones genéticas y técnicas de reproducción artificial.

Se trata efectivamente de uno de los grandes logros de la Ciencia moderna. Los resultados que hoy día se han alcanzado con las técnicas genéticas, y los que se estima se podrán alcanzar, son de efectos sorprendentes y en muchos casos aterradores, por cuanto se trata de un tema que entronca directamente con la dignidad humana y la libertad de los sujetos. A qué terribles resultados se podrá llegar si no se hace un uso racional y ético de todos estos avances: selección de razas, mejora de individuos para lograr la creación artificial de un superhombre, seres clónicos, y otras monstruosidades. Es necesario por tanto establecer algún tipo de límites a estas prácticas y actuaciones genéticas. No debe admitirse como lícito todo aquello que sea técnicamente posible. Se impone la fijación de criterios éticos que marquen pautas de actuación.

Las técnicas de inseminación artificial se vienen desarrollando en el mundo occidental desde hace bastantes años. Las técnicas de fecundación "in vitro" son, sin embargo, mucho más recientes. Señalemos que tal técnica se dio a conocer universalmente en 1978 con el

(1) Publicada en el B.O.E., n.º 282, de 24 de noviembre de 1988, corrección de errores B.O.E., n.º 284, de 26 de noviembre.

(2) Publicada en el B.O.E., n.º 314, de 31 de diciembre de 1988.

(3) Vid. FOSAR BENLLOCH, Enrique, "Derecho de familia y política familia europea en los años 1986 y 1987. Las perspectivas de la familia y del Derecho de familia en la Europa del año 2000", en *Actualidad Civil*, 1987, 2 y 938, págs. 2.924 y 2.925.

(4) El art. 1 de la Ley 35/88 determina el ámbito de aplicación de la Ley: "1. La presente ley regula las técnicas de Reproducción Asistida Humana: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación in Vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE), y la Transferencia intratubárica de Gametos (TIG), cuando estén científicamente y clínicamente indicadas y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por Equipos especializados.

2. Las técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas e ineficaces.

3. Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas.

4. Podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos y óvulos fecundados humanos en los términos señalados en los artículos 14, 15, 16 y 17 de esta Ley".

nacimiento en Gran Bretaña de Louise Brown, mientras que en España el primer nacimiento resultado de una fecundación "in vitro" tuvo lugar en Barcelona en 1984.

Desde un punto de vista legislativo y centrándonos en el ámbito europeo, señalemos como España, ha sido país pionero en la regulación jurídica global de las manipulaciones genéticas, merced a dos leyes de 1988: La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida (1) y Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (2).

Con anterioridad a la ley española, se había dictado en Suecia, una Ley sobre el tema, si bien mucho más limitada en su ámbito: la Ley Sueca de 20 de diciembre de 1984. Tal ley únicamente regula la inseminación artificial.

Estos temas de biotecnología y reproducción asistida han sido objeto de estudio por diversas Comisiones en los diferentes países europeos. Así destacamos en el Reino Unido el Informe Warnock.

El Consejo de Europa (3) ha dictado la Recomendación 1.046/1986, relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines de diagnóstico, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales y la Directiva n.º 432/1986, sobre la biología y la embriología humanas.

En Alemania se ha aprobado una Ley sobre protección de embriones e ingeniería genética con fecha 13 de diciembre de 1990.

2. La ley española 35/1988 de reproducción asistida

a) Técnicas que regula

¿Cuáles son las técnicas genéticas que regula la Ley de 1988 (4)?: a) Técnicas

de reproducción asistida, 2) las intervenciones quirúrgicas sobre preembriones, embriones y fetos y 3) la investigación y experimentación con gametos y óvulos fecundados o en embriones o fetos.

En este estudio sólo nos interesa las técnicas de reproducción asistida. Pasemos a dar unos conceptos básicos sobre las mismas.

Por reproducción asistida o reproducción artificial entendemos el conjunto de técnicas y actuaciones que permiten la reproducción o procreación humana, prescindiendo de la cópula entre hombre y mujer, mediante fecundación—por medios artificiales del óvulo (gameto femenino) con espermatozoides (gameto masculino).

Dentro de la reproducción artificial, podemos distinguir diferentes tipos, según el criterio clasificador que usemos:

a) atendiendo a los sujetos intervinientes, podemos distinguir:

— Fecundación artificial homóloga, cuando el óvulo de la mujer es fecundado con semen del marido o de su conyugado extramatrimonial, quienes asumirán legalmente la paternidad del hijo.

— Fecundación heteróloga, cuando la fecundación se realiza con semen de donante, extraño a la mujer receptora, el cual jurídicamente queda en anonimato.

— Al menos técnicamente, cabría considerarse el supuesto de las llamadas madres de alquiler o gestantes subrogadas, las cuales llevan a cabo la gestación de un nasciturus y su alumbramiento, ante la imposibilidad física de realizarlo por parte de una determinada mujer que desea ser madre, de modo que una vez nacido tal hijo sea considerado hijo de la mujer que desea tenerlo y que no puede tenerlo (ya tenga una incapacidad total de producir óvulos, o sólo tenga una incapacidad

llamémosla parcial de modo que puede producir óvulos pero no pueda llevar a buen término el embarazo). Estos supuestos de maternidad subrogada, como luego mencionaremos, no están permitidos por la Ley española.

b) por el modo en que se realiza la fecundación, la misma puede ser:

- Inseminación artificial (IA): el óvulo es fecundado en el útero materno, haciendo llegar por medios artificiales el semen a dicho lugar.

- Fecundación in vitro (FIV): la unión del gameto masculino y femenino se realiza fuera del claustro materno, en un medio artificial apropiado, de ahí la denominación "in vitro", que hace referencia al tubo de vidrio de laboratorio, y de ahí la conocida, pero no por ello deseable, denominación de "hijos probeta". Una vez que el óvulo ha sido fecundado (preembrión) se implanta en el útero materno. El óvulo puede proceder de la misma mujer a la que se implantará el preembrión o puede proceder de otra.

- Transferencia intratubárica de gametos: Señala BUSTOS PUECHE⁽⁵⁾ que "se acude a esta técnica en casos de mujeres con obstrucción de trompas, pero, a diferencia de la fecundación in vitro, el proceso de fecundación no se realiza en el laboratorio, sino *in vivo*, introduciendo los gametos en el segmento de trompas más allá de la obstrucción, para que allí se realice la fecundación y el cigoto continúe su proceso ulterior de desarrollo en su medio natural".

b) *Antecedentes y gestión de la ley*

Ni la Constitución de 1978, ni la reforma del Código Civil en materia de filiación, Ley de 13 de mayo de 1981, trataron el problema de la reproducción asistida.

No obstante, a los pocos años el legislador español mostró un especial interés por este tema, plasmado en el

Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 2 de noviembre de 1984, por el que se creó la "Comisión especial de estudio sobre la fertilización extracorpórea", Comisión que más tarde pasó a llamarse "Comisión especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial humanas", de la cual fue presidente don Marcelo Palacios Alonso. La misión de tal Comisión era el estudio y fijación de unas bases sobre las que dictar una legislación sobre el tema. La Comisión contó con la intervención de juristas, médicos, biólogos, siendo fruto de su labor un Informe, concluido el 6 de marzo de 1986, aprobado por el pleno del Congreso el 10 de marzo⁽⁶⁾. Tal informe es conocido usualmente con el nombre de Diputado que presidía la Comisión que lo elaboró: "Informe Palacios". El informe consta de 155 recomendaciones, de 8 cuadros estadísticos sobre la realidad social española (población de mujeres en edad fértil, población femenina, crecimiento demográfico, estructura de la población por edades, tasa de crecimiento, evolución de la fecundidad, evolución de nupcialidad,...).

En el año 1987 encontramos una iniciativa parlamentaria del grupo socialista sobre el tema en cuestión⁽⁷⁾. Se presentan dos proposiciones de Ley, una sobre Técnicas de Reproducción asistida y otra sobre Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, que finalmente, con las oportunas modificaciones vieron la luz como las Leyes ya mencionadas: la Ley 35/1988, de 22 de noviembre y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre.

Coincidiendo en el tiempo con los trabajos de la Comisión del Congreso, la Dirección General de los Registros y de Notariado del Ministerio de Justicia, creó también una comisión para el estudio de estas materias⁽⁸⁾.

Apuntemos finalmente como la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones, trata ciertos aspectos en materia de filiación de los

(5) BUSTOS PUECHE, José Enrique. "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas", en *La Ley* 1992-3, pág. 920.

(6) Fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados* n.º 166, de 21 de abril de 1986.

(7) Señala CORRAL TALCIANI, Hernán, en "La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines" en *Revista de Derecho Privado*, Marzo 1992, pág. 196, que "La iniciativa no aparece vinculada directamente al informe Palacios, pero se advierten abundante coincidencias".

(8) Sus conclusiones fueron publicadas en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento 3/1986, 15 de enero de 1986.

(*) Con respecto a la discordancia de algunos aspectos de la Ley 35/1988 con la Constitución, tratada por la generalidad de la doctrina, vid. especialmente el interesante artículo de BLASCO GASCÓ, Francisco de P., "La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación", en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, II, págs. 697 a 718.

(10) Ante esta cuestión el Informe Palacios, en su Recomendación 88 señalaba que "Podría autorizarse el test del hámster con fines positivos de investigación y experimentación, si bien debería regularse normativamente o en su defecto, ser autorizadas previamente por la Comisión Nacional de Fecundación". En la Recomendación 89 añadía que "Se prohibiría la unión de gametos humanos con los de otras especies, y las denominadas «desviaciones no deseables» de estas técnicas de reproducción humana asistida, que serán consideradas delito".

La ley 35/88, por su parte establece en su art. 14,4 que "Se autoriza el test del hámster para evaluar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos hasta la fase de división en dos células del óvulo del hámster fecundado, momento en el que interrumpirá el test. Se prohíben otras fecundaciones entre gametos humanos y animales, salvo las que cuenten con el permiso de la autoridad pública correspondiente, o, en su caso, de la Comisión Nacional multidisciplinar, si tiene competencias delegadas".

nacidos conforme a las técnicas de la reproducción asistida.

c) Estructura de la ley

Consta de los siguiente:

– Una exposición de motivos, muy interesante de leer, donde además de dar las pautas y justificaciones de la Ley, se dictan ideas que ayudan a comprender la misma.

– Siete Capítulos:

• Capítulo 1: Ámbito de aplicación de las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

• Capítulo 2: Principios generales.

• Capítulo 3: De los donantes. Las usuarias de las técnicas.

• Capítulo 4: Crioconservación y otras técnicas. Diagnóstico y tratamiento. Investigación y experimentación.

• Capítulo 5: Centros sanitarios y Equipos biomédicos.

• Capítulo 6: De las infracciones y sanciones.

• Capítulo 7: Comisión Nacional de Reproducción Asistida.

– una disposición transitoria, en la que se establece que "el Gobierno en el plazo de 6 meses, y según los criterios que informan la Ley General de Sanidad, regulará y armonizará los términos de esta Ley con respecto a las Comunidades Autónomas".

– 4 disposiciones finales, en la que se establece distintos desarrollos de la ley por el Gobierno, en unos casos atribuyendo el plazo de 6 meses (regulación de los requisitos para la autorización y homologación de los Centros y Servicios sanitarios, transporte de gametos y preembriones o sus células...) y en otros casos el plazo de 1

año (creación y organización de un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana).

Como podemos observar la Ley es una multidisciplinar: regula no sólo materias civiles, sino también administrativas. Los desarrollos previstos aún no han sido realizados.

La Ley recibió muchas críticas –y aún las sigue recibiendo– y plantea graves problemas de adecuación a la Constitución (*). Ciertamente en ella encontramos una serie de temas muy discutibles, como podrían ser: la fecundación "post mortem", la fecundación de mujer sola, la imposibilidad de que los hijos nacidos de donante llegaran a conocer la identidad del mismo (salvo casos excepcionales), la irrevocabilidad de la donación de gametos, deficiencias en la regulación de temas tan delicados como la investigación y experimentación en embriones, instrumentalización de los hijos en favor de los deseos e intereses de sus "padres", la falta de una absoluta prohibición de fecundación entre gametos humanos y animales (10), etc.

II. ELEMENTOS SUBJETIVOS "ACTIVOS INTERVIENTES EN LAS TÉCNICAS: DONANTES, APORTANTE DE GAME-TOS MASCULINOS EN LA FECUNDACIÓN HOMÓLOGA, USUARIA Y PERSONAL TÉCNICO

1. Introducción

Podemos distinguir varios sujetos intervinientes en el proceso de inseminación o fecundación artificial.

– usuaria de la técnica: mujer que se hace inseminar o fecundar artificialmente.

— varón aportante de los gametos masculinos: si estamos en presencia de una fecundación homóloga, será el marido o el conviviente de la mujer, y tratándose de una fecundación heteróloga, será un donante.

— es posible que exista una mujer donante de óvulo: El óvulo es fecundado artificialmente sea con semen del marido o conviviente de la mujer en el que se va a implantar el embrión, o con semen también de un donante.

— Personal técnico: centros sanitarios y equipos biomédicos; Bancos de recepción, conservación y distribución de material biológico humano.

Estos son los sujetos que intervienen "activamente" en el proceso de reproducción asistida; el resultado de tales técnicas será un nuevo ser. En las presentes notas, no estudiaremos el estatuto jurídico de los hijos, ni los problemas de filiación que el nacimiento de los mismos plantea. Tan sólo nos proponemos estudiar aquellos que podemos denominar elementos subjetivos "activos" que intervienen en la reproducción artificial.

Por tanto los sujetos intervinientes en el proceso de la reproducción asistida varían según los supuestos, mas siempre es necesaria la intervención o presencia de:

a) un hombre: que aporta gametos masculinos (espermatozoides).

b) una mujer: que aporta gametos femeninos (óvulo).

c) una mujer: "usuaria de la técnica" en terminología legal, que se hace fecundar artificialmente. (Las posiciones subjetivas b y c pueden coincidir en una misma persona).

d) el personal médico correspondiente.

No trataremos el problema de la maternidad subrogada (madres de al-

quiler), puesto que, si bien es cierto que aparece un nuevo sujeto en escena, no lo es menos que se trata de un supuesto no admitido por la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida ⁽¹¹⁾.

Trataremos los siguientes elementos subjetivos: 1) Donante, 2) Aportante de gametos masculinos en la fecundación homóloga, 3) Mujer usuaria y 4) Personal médico.

2. Donantes

Comencemos destacando como la Exposición de motivos de la Ley 35/1988 señala "la colaboración de donantes de material reproductor en la realización de estas técnicas supone la incorporación de personas ajenas a las receptoras y a los varones a ellas vinculados en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entredicho cuestiones del máximo interés relacionadas con el derecho de familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión...".

Lo cierto es que dada la diversidad de modos de fecundación artificial, dentro de concepto donante podemos distinguir tanto un donante masculino, como un donante femenino, e incluso podrían coexistir ambos ⁽¹²⁾: a) donante masculino: La Ley de reproducción habla de la donación en aquellos supuestos de fecundación heteróloga, es decir en los casos en que una mujer es fecundada con gametos de un tercero extraño a la misma. Tratándose de fecundación homóloga, mujer fecundada con semen de su marido o de su conviviente, —quienes asumirán la paternidad del hijo que nazca—, la ley no los denomina donantes, ni les aplica el mismo régimen jurídico; b) puede existir un donante femenino, una mujer que done óvulos: existen casos en que una mujer incapaz de producir óvulos acude a estas técnicas de reproducción, de modo que le será implantado en su útero un preembrión, producto de un

⁽¹¹⁾ La LTRA en su art. 10 establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución. Si, no obstante la prohibición legal, se llegase a celebrar algún contrato de este tipo, la Ley establece que "la filiación —materna— de los hijos así nacidos será determinada por el parto".

⁽¹²⁾ Lo cierto es que la Ley parece estar pensando exclusivamente en la donación de gametos masculinos tal y como se deduce de dos puntos: por una parte, siempre habla de "el donante", nunca habla de "la mujer donante" o "de la donante" y por otra parte a mi juicio se deduce claramente del párrafo 5,8 que luego veremos.

(13) En relación al concepto de preembrión, la Exposición de motivos de la Ley 35/1988 señala que "generalmente se viene aceptando el término de 'preembrión'—también denominado 'embrión preimplantatorio', por corresponderse con la fase de preorganogénesis—, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero—acabado el proceso de implantación que se inició días antes— y aparece en él la línea primitiva".

(14) En la donación regulada por la Ley 35/1988 son identificables los siguientes elementos:

- 1) Elementos subjetivos:
 - donante.

— donatario: el donatario será el Centro autorizado receptor de los gametos o embriones donados (art. 5,1). No es donataria la mujer "usuaria" de las técnicas que lleguen a ser receptoras. La Ley niega toda relación jurídica, incluso el mero conocimiento de identidades entre donantes y usuaria de la técnica.

- 2) Elementos objetivos: Cabe donación de gametos masculinos, de gametos femeninos y de preembriones. (La donación de embriones se regula por la Ley 41/1988).

- 3) Elementos formales: se trata de un "contrato... formal", Art. 5,1.

(15) La recomendación n.º 38 del Informe Palacios tras señalar que "la donación de gametos y embriones humanos nunca tendrá carácter lucrativo o comercial" añadía que no obstante "deberán compensarse a los donantes los gastos que pudieran originarse por aquéllas, tales como la pérdida de ingresos ocupacionales o los gastos de desplazamiento". Esta última idea no pasó a la Ley.

(16) En este sentido Vid. GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel. *La familia, el Derecho y la libertad*. Publicaciones del Monte de Piedad y Caja Provincial de Ahorros de Córdoba. Córdoba, 1987, pág. 61. Respecto a este tema vid. las interesantísimas apreciaciones de VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, en la obra *Las nuevas formas de repro-*

ducción extraña fecundado con semen sea de su marido, de su conviviente o de un donante.

Antes de ver las condiciones que ha de reunir el donante, veamos, la naturaleza jurídica y caracteres de la aportación de material reproductor.

Respecto a la naturaleza jurídica de la dación, la Ley 35/88, señala en su art. 5 lo siguiente:

Art. 5,1: "la donación de gametos y preembriones (13) para las finalidades autorizadas por esta ley, es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro autorizado (14) (15)".

Por tanto vemos que la Ley califica a la dación de gametos—o en su caso de preembriones— de "donación". Entendemos que no es muy correcto jurídicamente el uso de una categoría jurídico-patrimonial como es la donación, cuando el objeto material de tal atribución gratuita son células humanas (16). Más correcto estimamos sería haber hablado de atribución o dación gratuita que hablar de donación. De todas formas no nos extraña tal denominación pues ya la Ley de extracción y trasplante de órganos de 27 de octubre de 1979 (17), habla de donación (cf. arts. 2; 4; 5 de la Ley de 1979) y se habla igualmente de donación de sangre.

A tal "donación", por seguir la terminología legal, la Ley 35/1988 le atribuye los siguientes caracteres: 1) Es un contrato gratuito; 2) Se trata de un contrato formal; 3) Es un contrato secreto y 4) Es un contrato irrevocable.

1) la ley señala que es un contrato "gratuito". Es decir no cabe recibir contraprestación por la donación de gametos o en su caso preembriones.

Se trata de una idea, que con escasa técnica jurídica, reitera la Ley señalando en su art. 5,3 que "la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial". Llama la atención tal afirma-

ción por los siguientes motivos: a) En primer lugar, es totalmente innecesaria, porque el carácter gratuito, además de haber sido ya expresado en el art. 5,1, va implícito en la naturaleza de la donación como contrato a título gratuito; b) en segundo lugar la ley dice que "la donación nunca tendrá carácter lucrativo" cuando jurídicamente toda donación es un contrato a título lucrativo. La Ley emplea la palabra "lucrativo" en sentido vulgar no jurídico, en sentido de lucrarse u obtener beneficio. Jurídicamente, hablar de un contrato a título gratuito es equivalente a hablar de un contrato a título lucrativo, por contraposición a los contratos onerosos, y precisamente lo que la ley impide es que el contrato sea a título oneroso.

2) Se trata de un contrato "formal", aclarando la ley en su art. 5,4 que "el contrato se formalizará por escrito entre el donante y el centro autorizado". En el art. 19.3 se habla de "consentimiento firmado".

3) Es un contrato secreto, en el que no hay publicidad de la identidad del donante, ni siquiera para las usuarias o para los hijos que lleguen a nacer (18). Este carácter se desarrolla en el art. 5,5 estableciéndose los siguiente:

Art. 5,5: "La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de donantes.

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

No obstante añade la Ley que "sólo excepcionalmente, en circunstancias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales (19), podrá revelarse la identidad del

donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el art. 8 apartado 3⁽²⁰⁾. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso, publicidad de la identidad del donante”.

Obviamente la Ley establece este régimen secreto en los supuestos de fecundación con aportación de donante extraño, no, claro está, en los casos en que la fecundación sea homóloga, en los que por definición falta el carácter secreto del varón que aporta los gametos masculinos.

Este tema de la identificación — anonimato del donante ha sido uno de los más discutidos y estudiados por la doctrina jurídica española. Nos encontramos ante un supuesto de intereses contrapuestos: 1) Por una parte, el de la persona que llegue a nacer por aplicación de estas técnicas, que conforme al art. 39 de la Constitución tiene derecho a la investigación de la paternidad; y 2) por otra parte, los intereses del donante, sea de esperma o de óvulo, que realiza tal donación sin desear ser padre y que por tanto está interesado en que tal donación no conlleve las obligaciones inherentes a la filiación. La Ley ante estos dos intereses, ha primado el del donante, optando por el principio de anonimato del mismo. La identidad es conocida por el Centro Médico receptor pero no por la mujer usuaria de la técnica, ni por los hijos que nazcan como consecuencia de la misma.

4) Es, finalmente, un contrato irrevocable, si bien con excepciones. Tal carácter se regula en el art. 5,2 que señala que “La donación sólo será revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al Centro receptor”. Esta norma, chocha a mi juicio, con el respeto a la dignidad humana, y ha sido ob-

jeto de dura crítica por la doctrina⁽²¹⁾.

Pasemos seguidamente a analizar la figura del donante de gametos en la Ley 35/1988:

Ya hemos visto como donantes pueden ser tanto hombres (donación de gameto masculino - semen), como mujeres (donación de óvulos - gameto femenino).

Como requisitos de capacidad se establece en el art. 5,6, que “el donante deberá tener más de 18 años y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que tendrá carácter general e incluirá las características fenotípicas del donante, y con previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles”.

Por tanto se requiere: 1) Tener 18 años; 2) Plena capacidad de obrar y 3) Salud y sanidad de estado.

1) El donante debe tener más de 18 años, es decir, debe ser mayor de edad.

En derecho español la mayoría de edad se alcanza a los 18 años cumplidos (Const. art. 12 y Código Civil art. 315). Conforme al art. 322 del Código Civil, “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

Podría surgir la duda con respecto a los menores emancipados. El Código Civil en su art. 323, establece que “la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor...” estableciendo a continuación una serie de supuestos en los que es necesario el complemento de capacidad del menor por los padres y a falta de ambos por el curador⁽²²⁾. ¿Podrían los menores emancipados ser donantes por sí solos, podrían serlo con el complemento de capacidad de los padres o del curador? Lo cierto es que dados los

ducción humana, Civitas, Madrid 1988, págs. 71 y ss.

⁽¹⁷⁾ Desarrollada por R.D. de 22 de febrero de 1980.

⁽¹⁸⁾ También se hace referencia al carácter secreto en el art. 2,5 de la Ley: “Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en Historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las reservas exigibles, y con estricto secreto de identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurren en el origen de los hijos así nacidos”.

⁽¹⁹⁾ Con relación a esta segunda excepción, DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, IV, 6.ª edición, Tecnos, Madrid 1992, pág. 279, señalan que es un “supuesto que no se comprende muy bien a qué se refiere”.

⁽²⁰⁾ El art. 8,3 de la LTRA señala que “La revelación de la identidad del donante en los supuestos que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de filiación”.

⁽²¹⁾ Valga en este sentido, la siguiente cita de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1989, pág. 489, nota 3) se pregunta “¿por qué no impedir al donante la libre revocación si indemniza lo gastado? Los gametos no son como otras piezas, órganos o tejidos del cuerpo humano: aun separadas de la persona, mantienen una especial conexión con ella, en cuanto potencialidades de nuevas vidas que biológicamente serán hijos. El respeto de la dignidad de la persona impone admitir la revocación de la llamada «donación de gametos». Al modo que ocurre al respecto de la obra intelectual cuando el autor ejercita su derecho a retirar la del comercio (cf. art. 14-6 Ley Propiedad Intelectual); o al modo que ocurre respecto del consentimiento para intromisiones que afectan al honor, la intimidad o la propia

imagen, que «será revocable en cualquier momento» (art. 2,3 L.O. 5 mayo 1982 sobre protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen). El cambio de voluntades puede deberse a razones de conciencia personal (cambio de convicciones morales o religiosas) que un estado de Derecho debe respetar al máximo. Es señaladamente injusto no permitir, en la «donación de preembriones», la revocación por acuerdo de ambos donantes».

(22) El CC se refiere al «tutor». No obstante, tras la Reforma del CC en materia de tutela de 24 de octubre de 1983, debemos entender tal referencia hecha al «curador».

(23) El CC en su art. 210 señala que «la sentencia que declare la incapacidad determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado».

(24) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *op. cit.*, pág. 500, n.º 25.

(25) El art. 1914 del CC dice lo siguiente: «La declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquiera otra que por ley le corresponda...».

(26) El art. 13,2 del C de C, señala que no podrá ejercer el comercio el quebrado (salvo rehabilitación o autorización de Junta de acreedores aprobada judicialmente), el art. 878 señala que «declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes...».

(27) LTRA art. 2,3: «La aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que expresarán todas las circunstancias que definen la aplicación de aquélla».

términos literales de la ley —no olvidemos que exige 18 años—, habrá que estar a esta edad, de modo que los menores emancipados, ni por sí solos ni con intervención de los padres o curadores, podrán ser donantes.

¿Se establece una edad máxima para ser donante? No, no se establece una edad máxima. El Informe Palacios en su Recomendación n.º 45 establecía como edad máxima la de 35 años.

2) Debe tener plena capacidad de obrar, es decir, no debe haber sido incapacitado. Surgen a nuestro entender una serie de cuestiones:

a) ¿El incapaz de hecho podría ser donante? Lógicamente se impone una respuesta negativa, si bien desde un punto de vista jurídico no olvidemos cómo la capacidad de obrar de una persona va unida a su estado civil, y el estado civil de incapacitado se obtiene con la sentencia judicial de incapacitación. En principio mientras la misma no se obtenga, jurídicamente hay que presumir en los sujetos plena capacidad de obrar. Sin embargo para poder actuar en Derecho, se debe tener además capacidad natural de entender y querer. La cuestión no ofrece dudas no sólo desde una perspectiva general del consentimiento en los actos y negocios jurídicos, sino también porque como seguidamente veremos, la ley exige un buen estado psicofísico para ser donante.

b) Respecto a los incapacitados judicialmente, surge la cuestión de qué ocurrirá en aquellos supuestos en los que la sentencia de incapacitación no haya hecho referencia a la posibilidad o imposibilidad de ser donante en las técnicas de reproducción asistida (23). En tales casos los incapacitados, ya sean sometidos a tutela o curatela, no podrán en modo alguno ser donantes.

c) El pródigo (CC 294 y ss.) ¿podría ser donante? No encontramos obstáculo para ello. Tras la Reforma de CC por Ley de 24 de octubre de 1983, está cla-

ro que la prodigalidad no es considerada como un tipo de incapacidad en sentido estricto. El declarado pródigo sufrirá restricciones en el ámbito patrimonial (CC 298), sin embargo no sufrirá restricciones en su esfera personal o extrapatrimonial. No sería por tanto la prodigalidad una situación que impidiese al sujeto ser donante (24).

d) El concurso de acreedores (CC 1913 y ss. (25)) o de quiebra (Código de Comercio 13,2 y 878 (26)) ¿son situaciones que impiden a los sujetos ser donantes conforme a la Ley 35/1988? Entendemos que no, ya que tales sujetos no son jurídicamente incapacitados, sino que tan sólo sufren restricciones en materia patrimonial. De tal forma que el concursado o el quebrado, aun cuando no haya sido rehabilitado, podrá ser donante.

3) Salud y sanidad de estado: Como hemos visto se hacen estudios para evitar que una persona cuyo estado psicofísico no sea correcto, pueda ser donante (art. 5,6).

La persona que cumpla los requisitos señalados, puede ser donante, para lo que deberá prestar su consentimiento a tal donación. Tal consentimiento debe prestarse de manera libre, consciente, expresa y por escrito: a) «de manera libre» (analogía art. 2.º, 1.b). Lo cierto es que este requisito es innecesario especificarlo o aclararlo, pues si no existe libertad no existiría tal consentimiento. Un consentimiento forzado no es un consentimiento, b) debe ser «consciente», no viciado. Producto de una reflexión y decisión adoptada después de ser «informado de los fines y de las consecuencias del acto» (art. 5,4); c) debe ser «expreso», no tácito ni presunto; d) y finalmente debe prestarse «por escrito» (art. 5,4). Basta que el escrito sea privado. Se expresará en formularios uniformes (27).

Cabría preguntarse si tratándose de donante casado o unido de hecho es necesario el consentimiento de la pareja para la donación de gametos? Tal con-

sentimiento se contemplaba en la Recomendación 46 del Informe Palacios. No está recogido en la Ley 35/1988, por lo que cada individuo, viva o no en pareja o en matrimonio, actúa libre e individualmente en la donación de gametos.

Para terminar con el donante hagamos referencia a dos normas:

— art. 5,7 “los Centros autorizados y el Registro Nacional adoptarán las medidas oportunas y velarán para que de un mismo donante no nazcan más de 6 hijos”.

— art. 6,6: “la elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de Reproducción Asistida. Se deberá garantizar que el donante tiene la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar”.

¿Qué significa esta última expresión de compatibilidad con el “entorno familiar”? ¿qué fundamento tiene?

3. Aportante de gametos masculinos en la fecundación homóloga

Ya sabemos que en la fecundación homóloga el varón aportante de los gametos será el marido o el conviviente de la mujer que se somete a las técnicas.

La Ley no lo somete al régimen del art. 5 visto, que establece los requisitos y régimen jurídico de los donantes ⁽²⁸⁾.

Señala el art. 5,8 lo siguiente: “Las disposiciones de este artículo serán de aplicación en los supuestos de entrega de células reproductoras del marido, cuando la utilización de los gametos sobrantes tenga lugar para fecundación de persona distinta de su esposa ⁽²⁹⁾”.

¿Qué requisitos se exigen para ser aportante de gametos masculinos en la fecundación homóloga? En concreto se

exige: 1) Tener más de 18 años; 2) Tener plena capacidad de obrar y 3) Buen estado de salud.

1. Se requiere, en primer lugar, tener al menos 18 años; se debe por tanto ser mayor de edad.

Tal y como se deduce por analogía de los artículos 2,1,b —que regula la capacidad para ser mujer usuaria de la técnica— y 6,1 —que regula la capacidad para ser donante—.

¿Podría aportar gametos un menor emancipado? En principio habrá que entender aquí reproducidas las consideraciones ya hechas con respecto al donante de gametos. Sin embargo aquí las cosas se complican puesto que, tratándose de fecundación homóloga, por definición nos encontramos ante un varón que es esposo o conviviente de la usuaria. Pues bien, si nos centramos en el supuesto de pareja casada, encontramos una clara disparidad difícil de solucionar entre la Ley 35/1988 y la capacidad exigida por el Código Civil para contraer matrimonio. El CC permite el matrimonio de menores en dos supuestos: tratándose de menores emancipados (CC 46) o aun tratándose de menores no emancipados, siempre que tengan más de 14 años y sean dispensados por el Juez de Primera Instancia (CC 48,2). Así podemos imaginar el supuesto en que un menor de edad emancipado —o menor no emancipado autorizado en base al art. 48,2— contraiga matrimonio civil —sea con un mayor de edad o con otro menor— y que por un problema de infertilidad la pareja no pueda tener hijos. Pues bien, nos encontramos con que la Ley 35/1988 les está negando la posibilidad efectiva de ser padres cuando por otro lado el Código Civil les reconoce plena capacidad para fundar una familia. Algo totalmente criticable a mi juicio.

No se establece edad máxima para ser aportante de gametos masculinos.

2. En segundo lugar, se necesita tener plena capacidad de obrar.

⁽²⁸⁾ Debemos aclarar que la Ley establece este régimen secreto en los supuestos de fecundación con aportación de donante extraño, no claro está en los casos en que la fecundación sea homóloga, en los que por definición falta el carácter secreto del varón que aporta los gametos masculinos.

⁽²⁹⁾ Como es lógico, se aplicará tal art. cuando el material reproductor, inicialmente previsto para la fecundación homóloga, sea utilizado en una fecundación heteróloga.

(30) El Informe Palacios era clarísimo sobre este asunto: Así señalaba en su Recomendación n.º 118 lo siguiente. "Podrá autorizarse la gestación en la mujer sola por medio de estas técnicas, si padece una esterilidad irreversible que las justifique, y con cargo al erario público". En la Recomendación n.º 120 añade que "La mujer sola no estéril podría beneficiarse de estas técnicas. Se autorizará únicamente la inseminación artificial con semen de donante, sin que los gastos de su realización se hagan con fondos públicos". La Proposición de Ley de 1987 seguía este mismo criterio. La Ley de 1988 suprime la distinción entre mujer sola estéril y mujer sola no estéril.

(31) La palabra "fundamental" ciertamente significa por tanto que la finalidad señalada no es excluyente, de tal modo que pueden existir otras finalidades. Pero esas otras finalidades entiendo que no son la fecundación de mujer sola no estéril, sino las señaladas a continuación por el propio art. 1.º de la Ley: "Estas técnicas podrán usarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario...".

(32) En este sentido RODRÍGUEZ CASTRO, Justo. "La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y el Registro Civil", en *Actualidad Civil*, 1990-3, XLVII, pág. 752: "La única limitación al uso de estas técnicas por la mujer sería la genérica comprendida en el art. 1,2...".

Por tanto no puede aportar gametos en la fecundación homóloga un incapacitado —cualquiera que sea el grado de su incapacitación (CC 210). Entendemos, por las razones vistas al tratar del donante de gametos, que un incapaz de hecho tampoco podrá aportar gametos en la fecundación homóloga. Si podrá hacerlo por el contrario una persona que haya sufrido una declaración de prodigalidad o que se encuentre en situación de concurso o de quiebra. De tal forma que el concursado o el quebrado, aun cuando no haya sido rehabilitado, podrá aportar gametos para la fecundación de su cónyuge o de conviviente de hecho.

3. Y finalmente es requisito a cumplir, el poseer un buen estado de salud psicofísico (Salud y sanidad de estado).

La persona que cumpla los requisitos vistos puede prestar su consentimiento a la extracción o dación de material genético. Tal consentimiento debe cumplir las siguientes condiciones: a) debe prestarse "de manera libre" (analogía art. 2.º, 1,b); b) debe ser "consciente", no viciado. Producto de un reflexión y decisión adoptada después de ser informado de las técnicas y sus resultados; c) debe ser "expreso" y d) finalmente debe prestarse "por escrito". Basta que el escrito sea privado. Se expresa en formularios uniformes (ex. art. 2,3).

4. Usuaría de la técnica

Regulada en el art. 6 del Ley, que establece en su párrafo 1 que "toda mujer podrá ser receptora de las técnicas reguladas en la presente Ley..."

Por tanto en principio debemos comentar como no ha quedado limitado el uso de estas técnicas a las mujeres casadas, como algún sector doctrinal propuso, sino que es admisible sean usuarias tanto las mujeres no casadas sino unidas extramatrimonialmente, como las mujeres solas, las mujeres que no formen pareja.

La posibilidad de que una mujer sola sea usuaria de las técnicas de reproducción asistida es a mi juicio muy criticable, fundamentalmente por el hecho de que nuevamente prima el interés de la mujer que va a ser madre, —y un supuesto derecho absoluto a la maternidad— sobre el bienestar de los hijos, y la conveniencia de que todo hijo tenga padre. Se hace nacer artificialmente a hijos sin padre. La admisibilidad de la fecundación de mujer sola, no está expresamente regulado en la Ley, si bien resulta claramente de la Exposición de Motivos de la Ley (III) y también se deduce de su articulado: fundamentalmente del art. 6 que establece como usuarias de la técnica a "toda mujer". Surge inmediatamente una cuestión ¿puede ser fecundada toda mujer sola —sea o no estéril— o es necesario que la mujer sea estéril? Lo cierto es que tanto el Informe Palacios como la Proposición de Ley de 1987 contemplaban expresamente la posibilidad de fecundación de mujer sola fuese o no estéril (30). La Ley, no soluciona expresamente la cuestión, por lo que habrá que entender que juegan los límites generales de aplicación de la Ley; así en concreto el art. 1,2: "Las técnicas de Reproducción asistida tiene como finalidad fundamental (31) la actuación médica ante la esterilidad humana" (32).

Con respecto a los requisitos que debe reunir la usuaria de estas técnicas señalemos, teniendo en cuenta los arts. 2 y 6 de la Ley los siguientes: 1) debe tener al menos 18 años; 2) debe tener plena capacidad de obrar; y 3) buen estado de salud psicofísica.

1) deberá tener 18 años al menos.

La ley exige una edad mínima: 18 años, la mayoría de edad civil. No podrían por tanto, al igual que vimos con relación al donante o al aportante de gametos masculinos, someterse las mujeres menores de edad emancipadas. Sin embargo, esta norma que si bien en abstracto parece que no plantea más problemas, entiendo que es altamente criticable si la relacionamos con la ca-

pacidad que el Código Civil exige para contraer matrimonio, tal y como ya hemos visto anteriormente.

No se establece una edad máxima para someterse a estas técnicas, a diferencia de la Proposición de Ley de 1987 que señalaba la edad máxima idónea para la mujer en 35 años. No obstante con relación a esta idea no debemos olvidar los arts. 2,1,a) y 6,2. En el primero se señala que "las técnicas de Reproducción Asistida se realizarán solamente: a) cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la madre o la posible descendencia", y en el 6,2 que "la mujer que desee utilizar estas técnicas de reproducción asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada".

2) Debe tener plena capacidad de obrar.

Reiterando lo ya señalado en relación con los otros sujetos intervinientes, digamos que no podrá ser usuaria una mujer incapacitada, ni una mujer incapaz de hecho. Sí podrá serlo, sin embargo, la que haya sufrido una declaración de prodigalidad o de concurso o quiebra, aun cuando en estos dos últimos supuestos no haya sido rehabilitada.

3) Debe encontrarse en buen estado de salud psicofísico.

Se deberá proceder a un estudio médico de la mujer que desea someterse a estas técnicas.

La mujer que reúna las condiciones señaladas podrá ser usuaria. Para ello debe prestar su consentimiento a las técnicas. Así art. 6,1: "Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito". Es lógico, ninguna mujer puede ser forzada a someterse a las mismas. El con-

sentimiento señala el art. 6,1 debe tener 4 condiciones: 1) debe prestarse "de manera libre" (art. 2.º,1,b); 2) debe ser "consciente" (art. 2.º,1,b), producto de una reflexión y decisión adoptado después de ser informada de "los distintos aspectos o implicaciones de las técnicas, así como los resultados y los riesgos previsibles" (33). 3) Debe ser expreso y 4) debe manifestarse por escrito. Basta que el escrito sea privado. Se expresará en formularios uniformes (art. 2,3).

Tal consentimiento es revocable. En este sentido el art. 2,4 dice lo siguiente: "La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición". Lógicamente existe un límite temporal para la revocación de tal consentimiento. Así es claro, que no podrá revocarse una vez que se haya realizado la inseminación artificial o que tratándose de fecundación "in vitro" el preembrión se encuentre ya implantado en el seno materno (34). Pero ¿qué ocurre si tratándose de fecundación "in vitro", la revocación del consentimiento de la usuaria, de la mujer en cuyo seno va a ser implantado el preembrión se produce en el momento que media entre la fecundación del óvulo y la implantación del mismo en el útero? Creo que si nos atenemos a la literalidad del art. 9,4, no sería válida tal revocación de consentimiento. Notemos que tal art. habla de revocación "en cualquier momento anterior a la realización" de las técnicas y en nuestro caso las técnicas ya han comenzado a realizarse —lo que significa que se han realizado siquiera sea parcialmente—, y han afectado a la mujer especialmente en el caso de fecundación de óvulo propio. De todos modos, y prescindiendo de interpretaciones literales, debemos llegar a la conclusión de que, una mujer que se negase a que le fuese implantado un óvulo fecundado "in vitro", no podría claro esta ser forzada a someterse a tal implantación. El destino a dar al preembrión, sería el mismo que se da a "los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferi-

(33) Respecto de este requisito de información y del contenido de la misma véanse los siguientes artículos de la LTRA: 2,1,b; 2,2; 6,2. En especial se señala en el art. 6,2 como "la mujer que desee utilizar estas técnicas deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada".

(34) CORRAL TALCIANI, *op. cit.*, pág. 199, señala que "No obstante, los términos categóricos del precepto legal es de estimar que esta facultad no procedería si ya se ha dado inicio al embarazo, pues de lo contrario nos encontraríamos frente a una nueva causa legal de despenalización del aborto; la que, dada su gravedad, no podría haber sido establecido de este modo indirecto".

(³⁵) Se refiere en verdad, no al art. 6,2 sino al 6,1, donde se determinan las características que debe tener el consentimiento de la mujer "usual".

(³⁶) La mujer que conviva *more uxorio* podría someterse a las técnicas de reproducción asistida, sin necesidad del consentimiento de su conviviente, y la mujer sola, por definición no necesitará el consentimiento de ningún varón.

(³⁷) Soy consciente de la gravedad de tal afirmación. Yo personalmente, preferiría que tratándose de matrimonio, el uso de las técnicas fuese indefectiblemente "un acto de pareja", pero el razonar jurídico partiendo de presupuestos tan criticables —pero adecuados a la ley— como es la fecundación de la mujer sola, nos lleva a tales conclusiones.

(³⁸) Vid. SERRANO ALONSO, Eduardo, "Aspectos de la fecundación artificial", en *Actualidad Civil*, 1989, 1, 107, pág.

(³⁹) En este sentido, GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, en *op. cit.*, en pág. 61, dice este autor que, "si se trata de inseminación artificial heteróloga de mujer casada, sin consentimiento de su marido, yo pienso que se podría hablar de causa de separación matrimonial y si cabe la separación es también posible el divorcio conforme a lo dispuesto en el art. 86".

dos al útero", los cuales se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de 5 años".

Hemos visto como la mujer debe prestar el consentimiento y como es admisible la reproducción artificial asistida en mujer casada o no. Sin embargo y en esta materia del consentimiento existe una especialidad tratándose de mujer casada: la Ley exige el consentimiento del marido.

Ley art. 6,3: "si estuviere casada se precisará además el consentimiento del marido, con las mismas características expresadas en el apartado anterior (³⁵), a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente".

Este artículo me sugiere los siguientes comentarios:

1) Al exigirse el consentimiento del esposo, ¿se hace a la mujer casada de peor condición que la que no lo esté, para usar estas técnicas? ¿Podría una mujer casada ser usuaria de estas técnicas sin el consentimiento de su cónyuge?

Creo que es una cuestión delicada y que presenta argumentos tanto en sentido positivo como negativo: Respecto a los argumentos que impiden a la mujer casada el uso por sí sola de las técnicas de reproducción artificial encontramos: el art. 6,3 y la obligación de cumplimiento del mismo por parte de los Centro médicos los cuales, parece que no podrían —en principio— obviar el consentimiento del marido sin incurrir en responsabilidad (arts. 19,2 y 19,3). Como argumentos a favor de permitir el uso de las técnicas a la mujer casada por sí sola, está el hecho de que de otra forma la mujer casada resultaría discriminada frente a la que simplemente conviva extramatrimonialmente (³⁶) e incluso frente a la mujer sola, lo que desde luego no es admisible.

Entiendo por ésto último que la mujer casada debería poder usar estas téc-

nicas sin necesidad de consentimiento del marido, si no queremos crear discriminaciones por razón de matrimonio (³⁷). Claro está que tratándose de mujer casada, los efectos de existir o no consentimiento del marido tendrán repercusión jurídica tanto en lo que se refiere a aspectos de filiación de los hijos, como en cuanto al propio cumplimiento de las obligaciones del matrimonio: a) Por lo que se refiere a la filiación de los hijos nacidos conforme a las técnicas, es razonable exigir el consentimiento del marido, ya que existiendo matrimonio, jugará la presunción de paternidad del marido (CC 116) por lo que, llegado el caso de mujer casada que se somete a esta técnica sin consentimiento de marido, el marido podrá impugnar la presunción de paternidad (³⁸). B) Por lo que respecta al cumplimiento de los deberes del matrimonio, entendemos que el deber de fidelidad matrimonial resulta afectado por el sometimiento de la mujer a estas técnicas sin el consentimiento del marido, de modo que serán en su caso aplicables las sanciones que por vulneración se permiten: es causa de separación matrimonial (CC 82,1) (³⁹) y de desheredación (CC 855,1).

Tratándose de mujer no casada se contempla por la ley como un varón pueda prestar su consentimiento al uso de las técnicas, lo que servirá como base para la declaración de la paternidad extramatrimonial del mismo (art. 8,2).

2) Se establecen excepciones a la necesidad de consentimiento del marido, pues tal consentimiento será necesario a menos que "estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente".

El legislador comete una grave incorrección al hablar de mujer casada separada por sentencia firme de divorcio. Si hay divorcio es claro que no hay matrimonio, por lo que no se trata de una excepción al principio general establecido.

Llama también la atención, el que se establezca como excepción el estar separados "de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente". Esta frase debe llevar a preguntarnos, si el legislador está pensando verdaderamente en que toda separación de hecho exime en principio de prestar el consentimiento del marido o sólo las separaciones de hecho consensuales que consten por mutuo acuerdo: En favor de la primera interpretación encontramos la literalidad del precepto que habla de separación "de hecho 'o' por mutuo acuerdo...", los arts. 116 in fine del CC y 118, y matizadamente, el 82, 1.^ª, 2.-decimos matizadamente, porque sólo servirá como argumento en este sentido en aquellos casos en que la separación de hecho no consensual haya sido impuesta por el marido-; mientras que en favor de la segunda interpretación postula el hecho de que si se admitiese toda separación de hecho, sobraría aclarar "o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente", pues ésta sería un puesto ya incluido en el genérico "separación de hecho", de tal modo que la 'o' disyuntiva que separa ambos conceptos no es sino un error de redacción y que en el fondo se está pensando exclusivamente en separaciones de hecho consensuales que consten fehacientemente (Tal vez pudiese también ayudar a esta segunda interpretación la redacción del CC 945 al decir "o separa-

do de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente").

5. Personal técnico: centro sanitarios y equipos biomédicos

El régimen jurídico de los Centros sanitarios y Equipos biomédicos se realiza en el Capítulo V de la Ley, arts. 18 y 19. Tan sólo destacaremos como el art. 18 remite a la Ley General de Sanidad⁽⁴⁰⁾, a sus normas de desarrollo y a las normas autonómicas correspondientes.

Queremos dejar claro, como ya apuntamos anteriormente, que en el contrato de "donación" (por seguir la terminología legal) de gametos o de embriones, el donatario será el Centro autorizado receptor de los gametos o embriones donados (art. 5,1). No podemos considerar como donataria a la mujer usuaria de la técnica. Ésta será en todo caso un tercero beneficiario de tal donación, beneficiario designado por el donatario (art. 6,6). La Ley niega toda relación jurídica, incluso el mero conocimiento de identidades entre donantes y usuaria de la técnica. Ya hemos visto como lo máximo a que puede aspirar las usuarias en este punto es a obtener información general del donante que no incluya su identidad.

(40) Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, de 25 de abril, modificada parcialmente por la Ley 22 de diciembre de 1990.