

Comparación en materia de filiación por reproducción asistida entre los derechos español e italiano

Autor: *Agustín Luna Serrano*

Catedrático de Derecho Civil

Facultad de Derecho de ESADE

Resumen

Tras una breve indicación de los aspectos básicos sobre los que se articulan las legislaciones que se comparan, se examinan en concreto los distintos supuestos en que, en orden a la filiación, puede tener lugar la inseminación artificial de una mujer, ya esté casada con un hombre o con otra mujer, se halle unida establemente en pareja heterosexual u homosexual, permanezca soltera o sea viuda o sobreviviente al varón con el que ha estado casada o unida de manera estable.

Palabras clave: Filiación por reproducción asistida. Derecho comparado.

Abstract

After a brief description of the basic aspects that structure the laws subject to comparison, are examined in particular the different cases, with respect to filiation in which the artificial insemination of a woman can take place, being the woman

married with a man or a woman, joined in a heterosexual or homosexual couple, single, widow or she has survived to the man that was her husband or joined in a stable way.

Key Words: Filiation by assisted reproduction. Comparativa Law.

Recibido: 1-12-2011

Aceptado: 19-01-2012

I. La presente nota, de alcance fundamentalmente informativo, se propone señalar brevemente la diferencias, coincidencias o similitudes que, en relación a la determinación de la filiación de los nacidos por consecuencia de la aplicación a una mujer de la inseminación artificial o de otras técnicas de reproducción o procreación humana médicamente asistida, se presentan en las normativas civiles española e italiana, por lo que no pretende abordar otras cuestiones no menos interesantes que se suscitan a propósito de la utilización de las técnicas reproductivas.

En este sentido, y pese a su manifiesto interés -en cuanto que implican problemas morales fundamentales que superan los aspectos meramente jurídicos-, esta nota no se referirá a las previsiones legales existentes en la normativa de los referidos países sobre la obtención de gametos, sobre la producción de preembriones o embriones humanos, sobre su selección, sobre su manipulación, sobre su utilización, sobre su crioconservación o sobre su eventual destrucción o supresión o bien sobre el uso terapéutico o con fines de investigación de las llamadas células estaminales obtenidas a partir de los embriones.

II. Como indicación previa que facilita la apreciación comparativa de las diferencias o similitudes que median en materia de filiación por consecuencia de la reproducción asistida entre los derechos español e italiano, conviene señalar los planteamientos básicos que, sobre la prestación a una mujer de las actividades propias de la inseminación artificial y de las demás técnicas de reproducción o procreación asistida, inspiran a uno y otro de los respectivos ordenamientos.

En nuestro caso, la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida -que ha seguido a otras anteriores de 1988 y de 2003 y que ya ha sido reformada en aspectos que aquí interesan por la ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y por la ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad-, determina que la prestación de una de las técnicas de reproducción asistida puede ser interesada por cual-

quier mujer mayor de 18 años, que tenga plena capacidad de obrar y que, a dichos efectos y de manera consciente y libre, haga expresamente y por escrito la oportuna manifestación de consentimiento, sin que afecte a este derecho, de ejercicio discrecional por parte de la eventual “usuaria o receptora” de las mencionadas técnicas, “su estado civil” o su “orientación sexual” (art. 6.1). Esta amplia legitimación que la ley española confiere a la mujer para solicitar que se le proporcionen las prestaciones propias de estas técnicas de reproducción asistida encuentra una potencial limitación específica en el matrimonio de la misma, puesto que, en este caso, su solicitud de recibir dichas prestaciones precisa del previo consentimiento consciente, libre y formal de su marido, “a menos que los esposos estuvieren separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente” (art. 6.3); y encuentra también una restricción genérica en la exigencia de tener que reunir la solicitante de la recepción de las mencionadas técnicas unas condiciones personales que permitan apreciar que la aplicación las mismas tenga unas “posibilidades razonables de éxito” en orden a lograr el embarazo de la solicitante, así como en la constatación, por parte del centro médico dispensador de las técnicas, de que las actuaciones consistentes en la recepción de las repetidas técnicas “no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica” de la mujer o de la posible descendencia” (art. 3.1).

En el sentido expuesto, y salvo los supuestos ahora indicados de restricción específica o genérica de su derecho a solicitar y recibir las prestaciones propias de las técnicas de reproducción asistida, puede, pues, ejercitar el mencionado derecho cualquier mujer mayor de edad y con plena capacidad de obrar, ya sea soltera, casada, conviviente *more uxorio* o viuda.

La legitimación para interesar la prestación a la mujer de las técnicas de inseminación artificial o, en general, de reproducción o procreación asistida se organiza, en cambio, de manera bastante diversa en el ordenamiento civil italiano, en el que esta materia se encuentra regulada por la ley 19 de febrero de 2004, núm. 40, sobre normas en materia de procreación médicamente asistida, emanada en dicho país después de un prolongadísimo debate social y político sobre las cuestiones de que trata y algunos de cuyos preceptos -su art. 14, 2 y 3-, relativos a las técnicas de producción de embriones y de su transferencia al útero y que, por tanto, no inciden en relación a las cuestiones examinadas en esta nota, han sido declarados ilegítimos por la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 8 de mayo de 2009, núm. 151.

En efecto, en el derecho del país transalpino, la legitimación para solicitar la prestación de las referidas técnicas y, en consecuencia, conseguir que pueda beneficiarse de las mismas una mujer, se contempla desde un planteamiento de fondo muy diferente al del derecho español, en cuanto que la mencionada normativa italiana se inspira, aparte de en la idea central de la tutela del embrión, en el principio de asegurar al nacido la doble figura de padre y madre, por la señalada importancia que la misma asume en el desarrollo armónico de la persona, y en la exigencia de propiciar la estabilidad de la pareja en el interior de la cual se realiza la procreación médicamente

asistida. En tal sentido, y al menos de principio, únicamente pueden solicitar legalmente la prestación de las técnicas de procreación asistida, de manera conjunta, los componentes de la pareja formada por personas mayores de edad y vivas que sean de diverso sexo, que estén casadas o convivan establemente y que se encuentren en edad potencialmente fértil (art. 5). Además, la posible solicitud de dicha prestación se circunscribe expresamente a los casos de esterilidad o infertilidad insuperables, comprobados médicamente (arts. 1.2 y 4.1), de manera, por otra parte, que “está prohibido el recurso a técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo”, es decir que utilicen con fines procreadores gametos de sujetos extraños a la pareja que solicita la prestación de las técnicas reproductivas (art. 4.3).

Es claro, con todo, que estas severas limitaciones que establece el derecho italiano para alcanzar legitimación para solicitar la prestación de las técnicas reproductoras pueden ser desconocidas por las personas interesadas y lograr éstas de un centro médico la prestación correspondiente en violación de las prescripciones legales, así en el caso de la utilización de gametos de procedencia heteróloga o de aplicación de las técnicas en el caso de parejas cuyos componentes no estén ambos vivos, o uno de ellos sea menor, o sus componentes sean del mismo sexo, o no estén casados o no convivan establemente. Por ello habrá que examinar, desde el punto de vista de la determinación de la filiación de la posible descendencia de la mujer receptora de las técnicas, cada uno de estos eventuales supuestos.

III. En el supuesto más habitual de que la inseminación artificial o la demás técnicas de reproducción asistida las reciba una mujer casada con persona de diferente sexo -único supuesto de vínculo o relación matrimonial admitido en el derecho italiano-, al hijo nacido de la misma le corresponde, en el caso español, la filiación matrimonial, por aplicación del art. 7.1 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, en relación con los arts. 113 y 116 del Código civil. Lo mismo ocurre en este supuesto en el derecho italiano, por consecuencia de lo dispuesto en el art. 8 de la ley núm. 40 del año 2004, en cuanto que el mismo precisa que los nacidos por consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción médicamente asistida tienen el estado de hijos legítimos -calificativo taxonómico de la filiación que no ha abandonado la legislación positiva italiana- de la pareja casada que ha expresado conjuntamente su voluntad de recurrir a las mismas.

Con disciplina coincidente en sus soluciones a la ahora señalada para el derecho general español y para el derecho italiano, el art. 235-8.1 del libro II del Código civil de Cataluña, aprobado por la ley autonómica 25/2010, de 29 de julio, establece que “los hijos nacidos por consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento”, precepto que recoge con ligeras variantes el texto del art. 92.1 del anterior Código de familia aprobado por la Ley autonómica

9/1995 de 15 de julio, sustituyéndose la expresión de este último de que los hijos de la esposa tratadas con las técnicas de reproducción asistida “se considerarán” hijos matrimoniales del marido por la más directamente constitutiva de que dichos hijos “son” hijos matrimoniales del esposo.

Es evidente que la técnica de procreación asistida ha podido llevarse a cabo mediante la utilización de gametos masculinos o femeninos procedentes de persona extraña a la pareja casada de la que forma parte la mujer receptora de la inseminación artificial o de otra técnica de reproducción o procreación asistida. En este caso, para el derecho español, “ni la mujer progenitora ni el marido, que 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” (art. 8.1 de la ley 14/2006, de 26 de mayo). En el derecho italiano -en el que la aplicación de las técnicas reproductivas heterólogas está prohibida, pero cuya realización únicamente es sancionable con una multa respecto del centro médico que la practica-, el marido que ha dado su consentimiento para la fecundación de la esposa -consentimiento que se puede deducir de hechos concluyentes- no puede ejercitar, salvo en caso de adulterio de la mujer o de ocultar ésta su embarazo, la acción de desconocimiento de la paternidad legítima en los casos legalmente previstos de eventual legitimación para la misma (art. 9.1, de la ley núm. 40 de 2004, en relación con el art. 335.1 del Código civil italiano). Por su parte, la mujer -siempre en el caso del derecho italiano- no podrá en caso alguno, si ha dado su consentimiento para la recepción de las técnicas -consentimiento que puede deducirse de hechos concluyentes-, pedir no ser nombrada en la inscripción del nacimiento del hijo, tal como se prevé en las normas generales sobre la toma de razón del estado civil.

Así pues, en el caso de ser casada la pareja en cuyo ámbito se aplican a la esposa las técnicas de reproducción asistida, los hijos tendrán, en el derecho español, la condición de hijos matrimoniales y en el derecho italiano, la condición de hijos legítimos. Hay que tener en cuenta, de todas formas, que, en el caso de que las técnicas aplicadas tengan carácter heterólogo con gametos masculinos de tercero, la filiación así determinada no deja de ser, en cuanto a la paternidad se refiere, sino una pura ficción legal, establecida con el plausible fin de dar lugar, en beneficio del hijo, a una filiación matrimonial o legítima.

Cuando, como ocurre en la fecundación denominada heteróloga, el material genético proceda de una tercera persona, ésta, sea hombre o mujer, no adquiere relación jurídica alguna con el nacido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de procreación asistida. Esto, que es de sentido común, se deduce también claramente, en el derecho español, de los arts. 5.5 y 8.3 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, al establecer el primero de ellos el anonimato de la donación del material genético por parte del tercero y consentir únicamente en casos extraordinarios la revelación de la correspondiente identidad y determinar el segundo que ni siquiera en tales

casos la revelación de la identidad del donante puede implicar en manera alguna determinación legal de la filiación. La misma adecuada solución se propone en el derecho italiano, en el cual el art. 9.3 de la ley núm. 40 de 2004 dispone de manera tajante que el eventual donante de gametos, en caso de violación de la prohibición de las llamadas técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo, “no adquiere relación jurídica parental alguna con el nacido y no puede hacer valer en relación al mismo derecho alguno ni ser titular de obligaciones”.

IV. Admitido en nuestro ordenamiento el matrimonio contraído civilmente por personas del mismo sexo, por consecuencia de la modificación del art. 44 del Código civil por la ley 13/2005, de 1 de julio, el art. 7.3 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en la redacción que le ha dado la ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la mención registral relativa al sexo de las personas, dispone ahora que “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”.

La determinación así establecida de la filiación del hijo nacido de mujer casada con otra mujer comporta, en su caso, la existencia de un evidente supuesto de ficción legal, en cuanto que se atribuye por una decisión opcional, permitida por una previsión de la ley, una filiación que, por contradecir a la naturaleza de las cosas, ni existe ni puede existir en la realidad: la solución adoptada por nuestra legislación no observa en este sentido la vieja idea de que la autoridad de la ley no puede superar la verdad natural y acoge, en cambio, la ulterior consideración de que *fictio legum veritate potior est* o de que la ficción *plus potest quam veritas* o la convicción, expresada en tiempos más cercanos, de que la ficción *tantum valet in iure quantum veritas*. Como ya se ha sugerido, una solución de este tipo no puede tener parangón en el derecho italiano, en cuyo ordenamiento, en el que la Constitución reconoce a la “familia como sociedad natural fundada en el matrimonio” (art. 29.1), no parece imaginable la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo.

V. A propósito de la filiación del hijo nacido de mujer unida establemente en pareja heterosexual, serían de aplicar, en el derecho español codificado, las reglas generales sobre determinación de la filiación no matrimonial contenidas en los arts. 120 y ss. del Código civil, por consecuencia de la remisión que hace a las mismas el art. 7.1 de la ley 14/2006, de 26 de mayo. En este sentido, el conviviente con la mujer que da a luz por consecuencia de serle aplicadas técnicas de reproducción asistida puede reconocer al hijo nacido en dichas circunstancias como hijo no matrimonial.

El derecho civil catalán resulta ir más allá, en este concreto supuesto, de la solución adoptada por la disciplina del derecho civil estatal, en el que el establecimiento

de la filiación paterna no matrimonial se previene básicamente, a parte de los supuestos del ejercicio de la acción de reclamación, a través del reconocimiento. Hay que tener en cuenta, en efecto, que, en Cataluña, el art. 235-10.1, a), del libro II del Código civil autonómico, dispone, en la línea del anterior art. 94.1, a) del ya mencionado Código autonómico de familia de 1998, que “se presume que es padre del hijo no matrimonial el hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de la concepción”, por lo que, respecto del hijo que la mujer da a luz por consecuencia de la fecundación asistida, se establece directamente -en principio, ya que la presunción que la norma establece es *iuris tantum*- que es hijo no matrimonial del varón que convive establemente con aquélla.

Las soluciones del derecho italiano relativas a la determinación de la filiación del hijo nacido por consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida de mujer unida en pareja estable de carácter heterosexual son congruentes con los condicionantes que dicho ordenamiento establece de corresponder la solicitud de dicha aplicación, de manera conjunta, a la propia mujer y al varón que con ella convive. En consecuencia de esta exigencia, los hijos nacidos de la mujer conviviente, como determina el art. 8 de la ley núm. 40 de 2004, “tienen el estado de hijos reconocidos de la pareja que ha expresado la voluntad de recurrir a las técnicas” de la procreación asistida.

Es de señalar que en caso de inseminación artificial heteróloga -o con contribución de donante del material del material genético- consentida por el varón no casado, el art. 8.2 de la ley española 14/2006, de 26 de mayo, considera como “escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la Ley de registro civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento” a dicha fecundación. Según el precepto últimamente citado, como se sabe, el escrito indubitado del varón en que expresamente se reconozca la filiación dará lugar a la inscripción de la filiación no matrimonial mediante expediente gubernativo aprobado por el juez de primera instancia, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal.

En el derecho catalán, es claro que, por consecuencia de lo dispuesto en el hace un momento recordado art. 235-10.1, a), del libro II del Código civil autonómico, la circunstancia de ser heteróloga la fecundación de la mujer no altera la transcendencia de la presunción de paternidad no matrimonial que directamente establece dicho precepto, por lo que de nuevo se puede considerar que, en este aspecto, son también más avanzadas o radicales que en el derecho civil estatal las previsiones del derecho civil catalán.

Aunque el derecho italiano prohíbe, como ya sabemos, el recurso a técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo, de acuerdo con la norma que establece el art. 4.3 de la ley núm. 40 de 2004, es claro que la ilegal aplicación de dichas técnicas específicas -que daría lugar a una sanción administrativa pecuniaria a cargo del centro médico que las practica- no puede ser consentida válidamente por el

varón unido en pareja estable con la mujer a la que las técnicas reproductoras en cuestión son aplicadas. Por ello no podría plantearse en el ámbito del ordenamiento italiano una norma paralela a la del art. 8.2 de la ley española 14/2006, de 26 de mayo. Es verdad, sin embargo, que el varón conviviente con la mujer a la que se han aplicado las técnicas reproductoras de tipo heterólogo podría siempre reconocer como hijo suyo, aunque en realidad no lo es, al hijo que da a luz la mujer que con él convive, de acuerdo con cuanto indicado en el art. 454.1 del Código civil italiano, cuyas previsiones se corresponden con las del art. 120, 1º de nuestro Código civil y con las del art. 235-9.1, a), del libro II del Código civil de Cataluña.

VI. En relación al supuesto de la mujer receptora de inseminación artificial o de otra técnica de reproducción humana asistida que esté unida a otra mujer en relación estable de pareja homosexual no existe en el derecho español, a diferencia de cuanto previene el ya examinado art. 7.3 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, respecto de la mujer casada con otra mujer que da a luz un hijo como consecuencia de la aplicación de las mencionadas técnicas de reproducción asistida, normativa alguna. En este sentido, parece que se debe concluir que no cabe en este caso que la mujer conviviente con la mujer de la que nace un hijo concebido mediante la aplicación de las referidas técnicas pueda ostentar, por hipótesis, relación jurídica alguna de carácter materno-filial.

Lo mismo se debe decir, para este caso particular, respecto del derecho italiano.

En relación al supuesto ahora considerado, no es este el lugar adecuado para examinar la eventualidad del establecimiento de una relación de filiación adoptiva entre una mujer y el hijo dado a luz, por consecuencia de las técnicas de procreación asistida, por otra mujer que sea su conviviente homosexual.

VII. En el supuesto del hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida de mujer soltera no unida en pareja estable heterosexual, se aplicarán en el derecho español las reglas generales establecidas en materia de determinación de la filiación no matrimonial a que se remite el art. 7.1 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, y que se contienen en los ya referidos arts. 120 y ss. del Código civil. En este sentido, el hijo nacido de la mujer soltera, independientemente de los problemas que suscita la determinación de la maternidad no matrimonial en relación con el contenido de los arts. 120, 4º del Código civil y 47 de la Ley de registro civil, en los que no puede entrarse en este lugar, podrá ser reconocido, en razón de lo dispuesto en el art. 120, 1º del Código civil, por cualquier varón y, desde luego, también por aquél que haya consentido la fecundación asistida por consecuencia de la cual ha nacido el hijo de la mujer soltera.

La misma solución cabe también adoptar en el derecho catalán, a tenor de cuanto dispone el art. 235-9.1, a), de su Código civil, debiéndose tener en cuenta, además, con regla que supera dichas previsiones, que el art. 235-10.1, c), del mismo Código

establece que “se presume que es padre del hijo no matrimonial el hombre que ha reconocido la paternidad tácitamente o de una manera diferente a la indicada en el art. 235-9”, que se refiere al testamento o codicilo, a la escritura pública o a la manifestación hecha ante la persona encargada del registro civil. En este sentido, podría acaso considerarse reconocimiento tácito de paternidad el hecho de acompañar habitualmente a la mujer soltera en sus visitas al centro dispensador de la inseminación artificial o de las otras técnicas de reproducción asistida,

En el derecho italiano la solución a adoptar debe considerarse coincidente, por aplicación de la normativa contenida en el art. 254. 1 de su Código civil, con la que se deriva de la aplicación de las ya aludidas normas de nuestro derecho civil codificado.

En su caso y para nuestro derecho, parece posible sostener, aunque el art. 8.2 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, está acaso pensado en función del varón conviviente, que el documento en que consiste el consentimiento previo del varón no casado con anterioridad para la fecundación asistida heteróloga o con gametos de donante o donantes terceras personas de una mujer puede alcanzar la consideración de escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la Ley de registro civil. La genericidad con que está redactado el precepto consentiría plausiblemente defender tal solución.

En el derecho italiano, parece que debería pensarse en la eventual aplicación al supuesto últimamente indicado de las normas codificadas en dicho ordenamiento sobre el reconocimiento de los allí llamados hijos naturales reconocidos, si bien en este caso se trataría de un evidente supuesto de filiación ficticia, asimilable a la de los supuestos en que la misma se deriva del habitualmente denominado, entre nosotros, “reconocimiento de complacencia” de la paternidad.

VIII. En principio, para el derecho español y respecto de la filiación matrimonial del hijo nacido de mujer viuda anteriormente casada con un varón, establece el art. 9.1 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, para este caso de premoriencia del marido, que “no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas” de reproducción asistida “y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”. De este modo, al hijo nacido de la mujer viuda le serían de aplicar, fuera del caso previsto en la norma y en cuanto a la determinación de la filiación, las mismas soluciones indicadas respecto del hijo nacido por consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida a una mujer soltera y no unida en pareja estable con persona de distinto sexo.

Sin embargo, como excepción a la transcrita regla general, establece el propio precepto, en su ap. 2, que “el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3 -escrito fehaciente de consentimiento para que su mujer reciba la técnica solicitada de reproducción-, 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”. Dicho consentimiento se presume otorgado, según precisa la misma regla, “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”, en cuanto que tal circunstancia constituye un claro indicio de consentimiento tácitamente prestado por el esposo, que, por lo demás, acoge seguramente el supuesto de la fecundación heteróloga.

En el supuesto considerado en este apartado la normativa civil catalana se corresponde básicamente con los parámetros acogidos en la legislación estatal, al disponer el art. 235-8.2 del libro II del Código civil autonómico, en práctica coincidencia con lo que antes disponía el art. 92.2 del Código de familia de 1998 que “en la fecundación asistida practicada después de la muerte del marido con gametos de éste, el nacido se tiene por hijo suyo, si se cumplen las condiciones siguientes: a) que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después de la muerte; b) que se limite aun solo caso, comprendido el parto múltiple; y c) que el proceso de fecundación se inicie en el término de 270 días a partir de la muerte del marido”, plazo que puede ser prorrogado por la autoridad judicial, por una causa justa y por un tiempo máximo de 90 días.

En este punto, la legislación estatal contiene una previsión normativa poco precisa, en cuanto que el indicado art. 9.2 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, establece, respecto del consentimiento del marido para que su material reproductor pueda ser recibido por su esposa en los doce meses siguientes a su fallecimiento, que “el consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas”. Si el consentimiento ha de referirse necesariamente, como requiere la ley, a que el material reproductor del esposo pueda utilizarse en los doce meses siguientes a su fallecimiento, es claro que cualquier revocación del mismo sólo puede realizarse por el esposo mientras viva, de modo que la misma tiene que ser, por definición, anterior al periodo de los doce meses siguientes a su muerte en relación al cual ha dado el esposo precisamente su consentimiento para que durante dicho término temporal se fecunde con su material reproductor a la que ya será su viuda. Por ello, mejor que señalarse que la revocación puede hacerse “en cualquier momento anterior a la realización” de la fecundación, hubiera sido más correcto, tratándose de la inseminación artificial *post mortem* de su viuda, indicar simplemente que puede hacerla el esposo en cualquier momento.

En el derecho italiano no está prevista expresamente la cuestión de la determinación de la filiación del hijo nacido de mujer viuda, en cuanto que la aplicación de la inseminación artificial o de las demás técnicas de procreación médicamente asistida ha de ser solicitada conjuntamente, según expresa el art. 5 de la ley núm. 40 de 2004, por dos personas vivas, mayores de edad, de diverso sexo y casadas o convivientes.

Es cierto, sin embargo, que, en violación de la prohibición que del indicado precepto se deriva, puede acontecer que dichas técnicas se apliquen a una mujer viuda. En este supuesto, en el que el centro sanitario en que se lleva a cabo la prestación de las técnicas de reproducción asistida será sancionado con una multa, la determinación de la filiación natural materna del hijo -según la terminología tradicional que se conserva en el ordenamiento italiano- tiene lugar a través del parto y la paterna se podrá determinar por aplicación, en su caso, de las normas civiles generales.

IX. Por lo que se refiere a la filiación del hijo concebido después de la muerte del varón con el que la mujer que lo da a luz estaba unida establemente, este preciso supuesto está expresamente previsto en la ley estatal española sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo art. 9.3 establece, en términos generales, que el varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el ap. anterior del mismo art. 9, por la que se permite al marido prestar su consentimiento para que su material reproductor pueda ser utilizado para fecundar a su mujer en los doce meses siguientes a su fallecimiento. La norma ahora recordada del art. 9.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, se refiere, según se acaba de sugerir, en general, al varón no unido por vínculo matrimonial, pero parece pensada por el legislador -colocada como está en un precepto que lleva por rúbrica “premoriencia del marido”- para el caso, en cierto modo equiparable, de la premoriencia del varón conviviente con la mujer, cuya fecundación ha de llevarse a cabo precisamente con los gametos procedentes de un varón fallecido que la ley quiere equiparar, de alguna manera al marido premuerto.

El consentimiento de dicho varón ya fallecido podrá servir, según previene el precepto comentado, como escrito indubitado apto para iniciar el expediente previsto en el art. 49 de la Ley de registro civil, relativo a la determinación por reconocimiento de la filiación no matrimonial.

En el derecho propio de Cataluña, se atiende de una manera más precisa al supuesto considerado en este lugar, en cuanto que, en la línea de lo que ya disponía el art. 92.2 del Código de familia de 1998, el art. 235-13.2 del libro II de su vigente Código civil estatuye ahora que “en la fecundación asistida después de la muerte del hombre que convivía con la madre, el nacido se considera hijo de éste si se cumplen las condiciones que establece el art. 235-8.2 -ya anteriormente transcrito-, en cuanto sea aplicable”, atribuyendo así a dicho hijo la filiación paterna no matrimonial.

En el derecho italiano el caso ahora examinado no puede estar legalmente previsto, puesto que, como ya se ha indicado, la solicitud de la prestación por parte de un centro autorizado de las técnicas de procreación médicamente asistida ha de formularse conjuntamente por una pareja de convivientes vivos, mayores de edad y de diferente sexo.

Ello no obstante, el centro dispensador de las técnicas indicadas podría hacer caso omiso de dichas exigencias, siendo multado por esta contravención. En este

supuesto de violación de las exigencias legales, la filiación materna del hijo se determinaría por el parto y la paterna, en su caso, en virtud de lo dispuesto en las reglas civiles generales. Dicha filiación tendría, respecto del padre, el carácter de filiación natural reconocida.

X. Las intervenciones en las que se utilizan técnicas dirigidas a la clonación en seres humanos con fines reproductivos, mediante la transferencia de un núcleo, por escisión precoz del embrión o por ectogénesis, están rotundamente prohibidas en los ordenamientos civil e italiano. Tal prohibición, castigada en el Código penal de 1995, se conmina, en nuestro derecho en el art. 1.3 de la ley 14/2006, de 26 de mayo; y, en el derecho italiano, en el que también se castiga severamente (art. 13.4 de la ley núm. 40 de 2004), en el art. 13.3, b) de la ley que se acaba de recordar, que extiende la prohibición de la clonación no sólo a los fines reproductivos sino también a efectos de investigación.

Cabe también señalar en este apartado, aunque se trate de un supuesto diferente, que el derecho español considera sancionable como infracción muy grave la producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, salvo en los casos de ensayos permitidos (arts. 26.2, c), 7 y 27.1 de la ley 14/2006, de 26 de mayo). De manera semejante, el derecho italiano se ha cuidado igualmente de prohibir y castigar la fecundación de un gameto humano con un gameto de especie diversa -admitida recientemente, con fines experimentales, en algún ordenamiento europeo-, así como la producción de híbridos o de monstruos, es decir, en italiano, de *chimere*, también traducible por quimeras (art. 13.3, d), y 4 de la ley núm. 40 de 2004).

XI. Aunque se trata de un supuesto distinto a los examinados en esta breve comunicación, parece oportuno hacer alguna referencia a la llamada gestación por sustitución, en cuanto que la misma se contempla en las propias normas que regulan la reproducción o procreación humana asistida.

Siendo nulo de pleno derecho el contrato denominado de gestación por sustitución, por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna del hijo que da a luz a favor del contratante o de un tercero (art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo), de dicha nulidad se deriva, consecuentemente, que “la filiación de los hijos por gestación de sustitución será determinada por el parto” (art. 10.2). Ello significa que, de estar casada la mujer gestante, se atribuirá la paternidad del hijo a su marido, por aplicación de cuanto dispuesto en las leyes civiles generales, en razón de lo cual se explica la previsión contenida en el ap. 3 del mismo art. 10, en el que se dispone, para su caso, que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico -acaso el contratante del convenio nulo de gestación por sustitución- conforme a las reglas generales”.

Sin embargo, cabe señalar que, en relación a un supuesto reciente, se ha dado una sorprendente solución por parte de la Dirección General de los Registros

mediante la Resolución de 18 de febrero de 2008. En ella se consiente, en efecto, la inscripción como hijos de los solicitantes -dos hombres españoles que contraen en España matrimonio civil- de dos niños engendrados mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en California y que está prohibido, según ya se ha dicho, por el derecho español. Como es de apreciar fácilmente, se da en este caso un supuesto de doble paternidad, evidentemente falsa desde el punto de vista biológico.

La que denomina subrogación de maternidad también está prohibida en el ordenamiento italiano, en el cual el contrato que la contempla es igualmente nulo, comportando su celebración para los que lo pactan la pena de reclusión de 3 meses a 2 años y la multa de 600.000 a un millón de euros. En relación a la determinación de la filiación del hijo que nazca de la madre gestante, habrá de darse la misma solución hace un momento indicada para el derecho español.

Bibliografía

- LLEDÓ YAGÜE, F. (1988). *Fecundación artificial y derecho*. Madrid: Tecnos.
- HERRERA CAMPOS, R. (1991). *La inseminación artificial*. Granada: Universidad de Granada.
- GÓMEZ DE LA TORRE, M. (1993). “Filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida”, en AC, 1993-1: 89 y ss.
- PALAZZO, A. (2007). *La filiazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, Recomendable para análisis del derecho italiano.

