

LA SUSTITUCIÓN DE LA VOLUNTAD DEL INCAPAZ EN LOS ACTOS DE NATURALEZA PERSONALÍSIMA

(A propósito de la incapacidad del marido en la reproducción asistida homóloga)

Viviana García Llerena*

1. INTRODUCCIÓN

Durante el mes de marzo de 2002 una noticia —más propia de la sociedad inglesa que de la española— irrumpió en el panorama informativo nacional: una mujer había solicitado que se autorizara judicialmente la extracción de esperma de su marido, desde hace varios años en estado de coma, con el propósito de lograr la concepción con su material genético a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida. La petición fue resuelta a mediados del mes de mayo de este año por el Juez BORT RUIZ, titular del juzgado de primera instancia núm. 13 de Valencia¹.

La resolución judicial en mención no es una sentencia sino un auto emitido por un órgano de primera instancia y que concluye un proceso de jurisdicción voluntaria². No cumple ninguno de los parámetros requeridos para que una resolución judicial pueda constituir ni siquiera lo que a veces se denomina jurisprudencia menor. La importancia de la citada resolución no proviene, pues, de su rango sino de la doble problemática que aborda. Por una parte, la reproducción asistida; materia en la que, pese a los múltiples problemas que pueden suscitarse a partir de su empleo, brillan por su ausencia los pronunciamientos judiciales. Por otra parte, la situación de incapacidad, y concretamente, la espinosa cuestión de la admisibilidad o inadmisibilidad de la sustitución del consentimiento de la persona incapaz en su esfera jurídica más íntima y personal; en este caso, la posibilidad de decidir por el incapaz acerca de su participación en las técnicas de reproducción asistida como donante de semen y, ulteriormente, sobre su propia paternidad. Este tema resulta además de suma actualidad. Como es sabido, la sustitución del consentimiento del incapaz en los actos personalísimos ha sido recientemente planteada ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional con ocasión del ejercicio de la acción de separación matrimonial por el tutor en representación del pupilo, con la peculiaridad de que uno y otro órgano han ofrecido soluciones distintas al

* Becaria predoctoral de la Universidad de A Coruña adscrita al área de Derecho civil, Departamento de Derecho privado. Quisiera dejar constancia de mi agradecimiento al profesor Miguel Angel Pérez Álvarez por la revisión de este trabajo y las sugerencias y correcciones que ha efectuado al mismo.

1 Véase, en el anexo final, el texto íntegro de la resolución de 13 de mayo de 2003 del Juzgado de 1ª instancia núm. 13 de Valencia. El texto ha sido extraído de la información proporcionada por el Consejo General del Poder judicial en su página web, y puede obtenerse en la dirección electrónica siguiente (fecha de consulta, 9 de junio) <http://www.poderjudicial.es/CGPJ/docuteca/ficheros.asp?intCodigo=1913&Idioma=SP>.

2 Expediente de jurisdicción voluntaria núm. 230/01 del referido Juzgado.

mismo problema partiendo de presupuestos y criterios opuestos³. A esto se debe añadir el dato de una legislación ambigua, carente de una solución legal aplicable y, por ello, propicia para el juego de los principios. Todas estas consideraciones —y, en menor grado, también la repercusión social que la noticia ha tenido en la opinión pública a través de los medios de comunicación— hacen que la decisión judicial en cuestión revista mayor trascendencia de que la que primera vista derivaría de su modesto estatus formal y merezca, por ello, ser objeto de análisis y comentario.

2. EL CASO

En marzo de 1991 la Sra. X y el Sr. A contrajeron matrimonio. En octubre de ese mismo año, el Sr. A sufrió un accidente de tráfico que lo dejó a partir de entonces y hasta la fecha en estado de coma vigil irreversible. Tal situación le impide tener de relaciones sexuales y en consecuencia procrear de modo natural. En febrero de 1993 el Sr. A recibió 600.000 euros como indemnización por el accidente⁴. A causa de su estado, fue judicialmente incapacitado y se designó a su cónyuge, la Sra. X, como tutora.

En diciembre de 2001, diez años y dos meses después del accidente y casi once años después de celebrado el matrimonio, la Sra. X solicitó al juzgado núm. 13 de Valencia la extracción de esperma de su marido para ser inseminada artificialmente con dicho material genético. Admitida la solicitud y tramitada a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, se dio audiencia al Ministerio fiscal y a los familiares más próximos del incapaz: sus padres y una hija del Sr. A —menor de edad, aunque próxima a cumplir la mayoría— fruto de un anterior matrimonio de éste. Tanto el Ministerio fiscal como los familiares manifestaron su oposición a la petición.

En el acto de la vista previa, la esposa precisó con más detalle el contenido concreto de su pretensión, modificándola en cierto modo. Añadió que, en caso de llegar a concederse la autorización y de concebir un hijo con el material genético de su cónyuge, renunciaba al establecimiento de la filiación paterna del nacido. Aducía que su único interés era sólo acceder a la maternidad mediante la reproducción asistida. Implícitamente, la solicitante negaba la existencia de cualquier otro propósito velado en su afán de ser fecundada con el semen de su marido, como pudiera ser el aseguramiento de la administración de su patrimonio⁵.

El Juez denegó la solicitud aduciendo que las decisiones del marido en coma implicadas en la pretensión de la solicitante constituyen un acto personalísimo, en virtud de lo cual no cabe sustituir la voluntad del incapaz. La resolución judicial no invoca ninguna disposición jurídica concreta en apoyo de su argumentación en este punto.

Además de la denegación, el auto señala que la solicitante tiene abierta la vía de las técnicas de reproducción asistida con donante anónimo y que, a tales efectos, su situación marital se considera equiparada a la separación de hecho, supuesto para el cual

3 Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1999 y de la Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000, de 18 de diciembre.

4 Este dato no aparece mencionado en la resolución judicial ni es objeto de controversia directa. No obstante ha sido dado a conocer a través de los medios de comunicación que han cubierto la noticia. *Vid.* las ediciones del diario *El Mundo* de 14 de mayo y 25 de junio de 2003.

5 Efectivamente, en caso de concederse la autorización, una vez nacido el hijo común, la situación de ella, como madre titular de la patria potestad de dicho hijo (heredero forzoso de su padre) y como tutora de su marido, dificultaría la posibilidad de que la otra hija, al cumplir la mayoría de edad, solicitara y obtuviera el cargo de tutora de su padre; a tenor de lo dispuesto por el art. 234.4 del Código civil.

la Ley de técnicas de reproducción asistida (en adelante, LTRA) no exige el consentimiento del marido.

Ante esto, tanto la solicitante como el Ministerio fiscal manifestaron su intención de no interponer recurso alguno contra la mencionada resolución.

3. EL MARCO LEGAL

No debe llamar la atención que en la resolución no se invocase norma jurídica alguna para solucionar la cuestión de fondo, puesto que no existe ninguna disposición o norma que contemple el supuesto de hecho planteado ante el juez. Sí, hay, sin embargo, normas de referencia para la solución del caso, que pueden agruparse en dos bloques. En primer lugar, están las disposiciones que, con carácter general, regulan el consentimiento de la persona incapaz para la práctica de intervenciones de carácter sanitario (entendiendo —aunque no de modo indiscutido— que la extracción de semen en el supuesto bajo examen revista esta naturaleza), y las disposiciones legales que específicamente regulan el consentimiento que debe otorgar el varón para la práctica de la reproducción asistida y sus consecuencias sobre la filiación. En segundo lugar, deben tomarse en cuenta las disposiciones relativas a la capacidad de la persona y a las posibilidades de actuación por sustitución de los órganos de guarda, así como los controles y límites que recaen sobre dicha actividad.

Por lo que se refiere al consentimiento del varón, dado que lo pedido por la solicitante es la extracción de semen en el marco de la relación matrimonial será preciso analizar tanto el consentimiento para la donación de gametos en abstracto (es decir, al margen del estado civil de la posible beneficiaria de la reproducción asistida) como el consentimiento que debe prestar el marido en el caso de que la usuaria de las técnicas esté casada y no separada. Al margen de la distinción que cabe establecer entre estos dos consentimientos en función de las distintas consecuencias a que cada uno de ellos puede dar lugar, la LTRA exige para ambos una capacidad que puede calificarse de «incólume»: será preciso que el varón tenga más de dieciocho años y plena capacidad de obrar (art. 5.6 y 6.3 en relación con el art. 6.1 de la LTRA). Como es sabido, la expresión plena capacidad de obrar evoca la ausencia de cualquier clase de limitación judicial a la capacidad de la persona. Como en el caso bajo análisis la capacidad de obrar del potencial donante está limitada —ha sido incapacitado de modo total—⁶ no puede prestar ninguno de los dos consentimientos exigidos por la ley⁷.

6 En otro lugar me he ocupado de indicar la inconveniencia (y más que discutible legalidad) de las sentencias que incapacitan a la persona afectada por una enfermedad o deficiencia psíquica de modo total o, como suele decirse, “para todos los actos de la vida civil”. El único supuesto en el que a mi juicio puede ser admisible tal clase de pronunciamiento es precisamente el estado de coma dado que, por su propia naturaleza, impide cualquier posibilidad de autodeterminación consciente. Cfr. GARCÍA LLERENA, V., *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*, Fundación Paideia, A Coruña, 2002, pp. 122.

7 A mi juicio, también en el supuesto de que el potencial donante en estado de coma no hubiere sido incapacitado se vería igualmente impedido de la posibilidad de prestar consentimiento válido. Para que exista un verdadero consentimiento informado será preciso no sólo la concurrencia de una capacidad de obrar determinada. El varón debe poseer, además, capacidad natural o de hecho. Ello se deduce de la exigencia legal de que el donante cuente con información suficiente sobre las técnicas de reproducción asistida (en adelante, TRA) y de que acepte conscientemente las consecuencias de todo orden —también jurídicas— que podrán derivar para él de su intervención en estas técnicas. Respecto de la donación de gametos el art. 2.2 de la LTRA señala que el donante deberá ser informado y asesorado “sobre los distintos aspectos e implicaciones de estas técnicas, así como los resultados y los riesgos previsibles” y sobre “cuantas consideraciones

Esta primera conclusión no soluciona en modo alguno el problema planteado. De hecho, la petición que se presenta al juez parte de la aceptación de esa premisa. Lo que realmente está en discusión es si la imposibilidad legal de que la persona incapaz consienta por sí misma (tanto la donación de esperma como el sometimiento de su mujer a las técnicas de reproducción asistida) impide, a su vez, que otra persona otorgue por él dichos consentimientos.

Esta última cuestión no es abordada por la LTRA. La actuación de los órganos de guarda —y por lo que aquí interesa la tutela y la representación legal, dada la clase de incapacitación recaída sobre el potencial donante— es regulada orgánicamente por el Código civil. Este cuerpo normativo tampoco contiene ningún artículo que dé respuesta a la cuestión suscitada. Como es sabido, a falta de previsión especial establecida por el juez en la sentencia de incapacitación que establece la tutela (que es lo que sucedería en este caso), las facultades de actuación del representante legal se regularán por lo previsto en los artículos 267, en relación con los artículos 271 y 272 del Código civil y concordantes de la Ley de enjuiciamiento civil. Ahora bien, el ámbito de aplicación de estas dos últimas disposiciones es fundamentalmente patrimonial, por lo que se muestran inadecuadas como criterio de solución cuando lo que está en juego es la esfera jurídica no patrimonial de la persona incapaz.

A nivel doctrinal se ha elaborado una regla para salvar este desfase. La doctrina mayoritaria entiende que el representante legal, para poder llevar a cabo aquellos actos que afectan al ejercicio de los derechos de la personalidad del incapaz carente de capacidad natural (en particular, los que afectan a su integridad física y a su libertad ambulatoria) deberá recabar previamente autorización judicial. A esta conclusión se ha llegado por una doble vía. A través de la interpretación *a fortiori* de lo dispuesto por los arts. 271 y 272 del CC: si en ellos se exige autorización judicial para asuntos de cierta relevancia patrimonial, *ad maius*, la autorización será exigible para realizar actos que afectan a algunos de los derechos fundamentales o de la personalidad del incapaz, los cuales, por su propia naturaleza, poseen mayor trascendencia que los de orden patrimonial. También se ha llegado a esta conclusión por analogía con lo previsto por la ley para la esterilización y el internamiento del incapaz, supuestos en los que resulta preceptiva la autorización judicial.

A mi juicio, resulta más que discutible que una cuestión tan compleja como la planteada en el caso pueda ser solucionada con el mero recurso a la autorización judicial. Ciertamente, la necesidad de intervención del juez como regla general se presenta *prima facie* como idónea, en la medida que sirve a la protección del incapaz; pero ni soluciona todos los posibles casos que puedan llegar a suscitarse —como el ahora discutido— ni resiste fácilmente un detenido análisis de la aplicación del argumento *a fortiori*⁸, de la

de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas”. Tal información es aplicable también al consentimiento del marido que, a tenor del art. 6.3, será prestado “con las mismas características exigidas para el consentimiento de la mujer”; lo que implica que se prestará, como el de ella, “de manera libre, consciente, expresa y por escrito” (art. 6.1). Las expresas referencias legales a la información y a la decisión consciente y libre excluirían la posibilidad de que una persona no incapacitada pero incapaz de hecho para comprender la naturaleza del acto de la donación o de la aceptación del sometimiento de su mujer a las técnicas de reproducción asistida, pudiera consentir válidamente su participación en tales técnicas. Si llegara a prestarse en tales condiciones se trataría de un consentimiento inexistente.

8 Esta interpretación se presenta bastante discutible, desde el punto de vista de la lógica jurídica. Los artículos 271 y 272 del Código civil son normas que contemplan excepciones. La regla general (que permite la operatividad de la tutela) es que el representante actúe sin necesidad de autorización judicial. Ésta sólo se exige, de modo excepcional, en los supuestos más graves o de mayor trascendencia. No parece que pueda aplicarse tan fácilmente la interpretación extensiva de una norma que contempla excepciones.

interpretación analógica⁹, o de la interpretación sistemática¹⁰. En mi opinión, está muy lejos de ser evidente que un juez pueda autorizar, como se plantea en el caso, la participación de la persona incapaz en las técnicas de reproducción asistida sin su consentimiento, y convertirla en padre sin intervención alguna por su parte. En buena lógica, antes de discutir quién es la persona llamada a prestar el consentimiento en nombre del incapaz¹¹ ha de estudiarse, como paso previo, si ese consentimiento puede o no ser sustituido.

El contexto legislativo es, en este último aspecto, desalentador. Ninguna norma contempla expresamente la cuestión planteada por la solicitante. No obstante, el órgano judicial ha de dar una respuesta a la petición, y ha de hacerlo, además, ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código civil). En este caso, a falta de ley, y en defecto también de costumbre (dada la novedad de las nuevas tecnologías reproductivas), el problema ha de ser abordado desde la óptica de los principios generales del Derecho.

Al respecto, resultan aplicables dos grupos de principios generales: los que derivan de la estructura y dinámica de la LTRA (y particularmente lo que atañe a los consentimientos y a su naturaleza y efectos sobre la filiación); y los principios que operan en materia de incapacidad e instituciones tutelares, especialmente el principio de protección de la persona incapaz, también llamado beneficio del incapaz o mayor interés del incapaz.

A continuación se analizará e intentará proponer una solución para el problema a la luz de ambos grupos de principios. En primer lugar me ocuparé de los criterios que pueden deducirse de la LTRA cuando la reproducción asistida tiene lugar en el contexto de la relación matrimonial. En segundo lugar me ocuparé del carácter personalísimo del consentimiento para la intervención en la reproducción asistida y de la posibilidad

9 Tanto respecto de la esterilización como del internamiento es imposible apreciar la “identidad de razón” con el supuesto de la participación del incapaz en las técnicas de reproducción asistida, lo que impide el empleo de la analogía como método de solución jurídica al problema *ex art. 4.1 del Código civil*. El fundamento de la admisión de la esterilización es la consideración de que ella representa un beneficio para el incapaz, al permitirle la práctica de las relaciones sexuales sin el riesgo de la procreación. Lo único que la esterilización del incapaz tiene en común con la reproducción asistida es la necesidad de intervención de un equipo médico para practicar, en este segundo supuesto, la extracción de esperma. Incluso podría pensarse en la interpretación no analógica, sino a contrario, de la norma que permite la esterilización del incapaz. En efecto, si la procreación en situación de incapacidad es considerada como algo, en principio, perjudicial para el incapaz, difícilmente podrá recurrirse a la norma que regula la esterilización para permitir lo contrario. Por lo que se refiere al internamiento, ha de destacarse que su fundamento no es otro que la protección de la persona incapaz de su propia enfermedad o deficiencia para garantizar su adecuado tratamiento en un centro especializado y, en menor grado —y de modo mucho más discutible— la protección de la sociedad en caso de que la afección psíquica convierta a quien la padece en una persona potencialmente peligrosa. Poca identidad de razón se advierte al comparar el internamiento con la posibilidad de participación del incapaz en las técnicas de reproducción asistida.

10 En efecto, no en todos los supuestos en los que puede verse afectada la esfera jurídica más íntima y personal del incapaz resulta posible que el representante adopte una decisión, ni aun con la garantía formal de la intervención judicial. Ello ocurre, por ejemplo, con la extracción de tejidos u órganos de la persona incapaz. Por otra parte, existen actos regulados por leyes especiales en los que la decisión del representante legal puede verse legitimada y surtir todos sus efectos sin necesidad de que la decisión sea judicialmente autorizada, como ocurre con el consentimiento para los actos que afectan al derecho a la imagen o la intimidad del incapaz, si no hay oposición del Ministerio fiscal (art. 3 de la L. O. 1/1982) y con el consentimiento médico genérico (art. 10.6 y 10.9 de la Ley general de sanidad, y actual art. 2.2 en relación con el 8.1, 9.3.a y 9.3.b de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica —ley 41/2002—).

11 Lo único que sí queda claro, a primera vista, es que la esposa no está legitimada para adoptar la decisión en nombre de su marido incapaz. La conjunción de las situaciones de representante legal y de beneficiaria potencial de las técnicas de reproducción asistida lo impide.

jurídica de que, en virtud del beneficio del incapaz, tal consentimiento sea adoptado por sustitución. Las referencias a la jurisprudencia aparecerán, dentro del esquema que acabo de enunciar, cuando a través de ella se pongan de manifiesto algunos de los principios en juego. En definitiva, el consentimiento del incapaz en orden a su participación en las técnicas de reproducción asistida se analizará desde una doble vertiente: en función del acto y en función de la situación de incapacidad de la persona.

4. PROBLEMAS RELATIVOS AL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO

El empleo de las TRA ha introducido notables modificaciones en el plazo en el que naturalmente se lleva a cabo el proceso reproductivo humano; secuencialmente, el aporte de gametos, la fecundación, la implantación, el embarazo y finalmente, el parto. En la reproducción humana natural este proceso —en especial el que media entre la aportación de las células reproductoras y la implantación del embrión en el útero materno— se cumple en un breve lapso de tiempo, aproximadamente catorce o quince días. La congelación y el almacenamiento de gametos y embriones en las TRA permiten el alargamiento del proceso reproductivo, al introducir en él un periodo de tiempo adicional que no se presenta en la fecundación *vera copula* y que puede llegar a ser, además, bastante prolongado. En el contexto de la relación matrimonial, la procreación a través de las TRA deberá enfrentarse a los avatares que durante tal periodo de tiempo adicional pueden afectar tanto a la relación matrimonial como al consentimiento prestado por el marido. Puede ocurrir que éste, habiendo otorgado previamente consentimiento para el acceso a estas técnicas, fallezca o devenga en situación de incapacidad, o puede suceder también que se produzca la separación (legal o de hecho) de los cónyuges. Estas circunstancias pueden igualmente acontecer antes de que el varón haya prestado consentimiento alguno (como ocurre en este caso).

Sorprendentemente, la LTRA contiene escasas previsiones sobre los supuestos fácticos descritos. Sólo regula específicamente la filiación *post mortem*, limitándose en los otros dos supuestos a exigir el consentimiento del marido no separado legalmente o de hecho y la plena capacidad únicamente al inicio del proceso reproductivo. En nuestro caso esta situación hace preceptivo que la eventual incapacidad sobrevenida del marido sea analizada a la luz de la importancia que reviste esa voluntad inicial del varón para la participación en las TRA, desde la perspectiva de los efectos que produce en su esfera jurídica la emisión del consentimiento.

En este punto, y en atención a los presupuestos del caso bajo comentario, resulta conveniente examinar, separadamente, tanto el consentimiento para la donación de gametos en abstracto (con independencia del estado civil de la posible beneficiaria de la reproducción asistida), como el que debe prestar el marido cuando la usuaria de las técnicas está casada y no separada¹².

12 Atendiendo a un criterio puramente cronológico habríamos de ocuparnos primero de la extracción de semen y sólo en un segundo momento del consentimiento del varón en cuanto cónyuge de la mujer que aspira a someterse a las TRA. En primer lugar se abordará aquí este último aspecto, porque la procedencia de los gametos resulta irrelevante por lo que al consentimiento del marido concierne; y porque este orden refleja asimismo la variación sufrida por la petición de la mujer, quien solicitó primero la autorización sin especificación alguna respecto de la paternidad y después pidió usar los gametos de su marido incapaz con renuncia expresa al establecimiento de la filiación paterna.

4.1. El consentimiento del incapaz en cuanto marido

La veracidad biológica es el eje sobre el que se erige la determinación de la filiación en el actual régimen general del Código civil, introducido por la reforma de 1981¹³. Ciertamente el Código admite en algunos casos la escisión de los datos biológico y jurídico. Así ocurre con la adopción, como resultado de la caducidad de las acciones de filiación, o cuando el hijo es el fruto de relaciones sexuales incestuosas cuya constatación es entendida nociva para el menor, etc. Pese a la existencia de estos supuestos en los que el principio general no resulta de aplicación, cabe entender que lo querido por el ordenamiento —al menos por el conjunto de normas de 1981— es que los deberes jurídicos que componen la paternidad se estructuren sobre la base de la procreación biológica y que sólo de manera excepcional se admita la divergencia entre las condiciones de progenitor natural y padre en sentido jurídico.

Hasta la aparición de las TRA se ha aceptado que la paternidad y maternidad no derivan de un acto de voluntad (de querer concebir y tener un hijo) sino de un hecho: el vínculo biológico entre los padres (progenitores), y el nacido (hijo). De hecho, no todos los hijos nacidos a través de la reproducción *vera copula* son, en la terminología en auge, «deseados», y ello no obsta en absoluto a la atribución de la filiación una vez que la procreación se ha llevado a cabo. En la filiación natural, la realización de la cópula como acto que da lugar —de modo previsible— a la procreación (aunque de manera relativamente evitable) da fundamento al principio de veracidad biológica como criterio de determinación de la filiación. En efecto, una vez habidas las relaciones sexuales se impone el deber de asumir la paternidad de los hijos que de ellas puedan resultar, con independencia de que esta consecuencia sea o no querida de modo directo. En este sentido, la veracidad biológica ha constituido una verdadera conquista social (trasunto del principio de igualdad, en especial respecto a la regulación inmediatamente precedente). En definitiva, a través de la reforma del Código civil de 1981 se restó relevancia a la voluntad del progenitor en la determinación de la filiación para dar primacía al hecho biológico de la generación.

Ahora bien, el principio de la veracidad biológica como criterio determinante de la filiación se ha aceptado e introducido en el Código civil sin tener en cuenta el fenómeno de la reproducción asistida, que ha surgido, con su propia dinámica y regulación de modo paralelo. El régimen de determinación de la filiación del Derecho común se ha estructurado en función de la reproducción natural¹⁴ y, por ello, no se ajusta siempre a las peculiaridades propias de las nuevas tecnologías reproductivas¹⁵.

13 Como indica la exposición de motivos del proyecto de ley referente a la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, presentado por el Gobierno a las Cortes, que dio lugar a la Ley de 13 de mayo de 1981, la facilitación de la verdad biológica tiene por finalidad el que “siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos”; fin que guarda directa relación con lo dispuesto por el artículo 39 de la Constitución. A pesar de esta expresa declaración de intenciones en el texto de la ley, no todos los autores están de acuerdo con que la veracidad biológica constituya el soporte central de la reforma del Código civil de 1981. Cfr., entre otros, MONTES PENADES, V. L., “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco, Universidad del País Vasco, Trivium, Madrid, 1988, p. 184.

14 Cfr., DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “De la paternidad y filiación”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, ALBALADEJO, M. (Dir.), T. III, vol. I, Edersa, Madrid, 2000, pp. 6. También en este sentido, SERRANO ALONSO ha señalado que: “en la normativa general del Código civil en materia de filiación se parte del hecho inicial de la concepción del nacido por la previa unión carnal de hombre y mujer; circunstancia que es precisamente la que no existe en la reproducción asistida” (“Aspectos de la fecundación artificial”, en *Actualidad Civil*, 1989, T. I, p. 393).

15 En este sentido SERRANO ALONSO critica que el artículo 7.1 de la LTRA para solucionar los aspectos relativos a la filiación de los nacidos a través de las nuevas tecnologías, remita —salvo las especialidades que establece la propia ley— al régimen general del Código civil. *Ibidem*.

Los mecanismos y características propios de la reproducción no natural —en la cual la cópula y la procreación se separan y aquélla como acto previo y necesario para ésta, se suprime, y en la cual, además, el elemento biológico es reemplazado por el volitivo— hacen que la veracidad biológica no resulte un criterio útil para la determinación de la filiación de los nacidos a través de la reproducción asistida. Si ésta se lleva a cabo en el marco de la relación matrimonial, la determinación de la filiación paterna del nacido se basa en la voluntad del varón, manifestada a través del consentimiento: será padre no quien aporta el material genético, sino quien presta el consentimiento para que su cónyuge sea usuaria de las técnicas¹⁶.

Aunque la ley proclama la relevancia del consentimiento del marido como requisito para el acceso de la mujer casada a las técnicas de reproducción asistida y lo protege con formalidades solemnes (art. 6.3, en relación con los arts. 6.1 y 6.2 de la LTRA), no prevé cuáles serán los efectos (respecto del marido) de la reproducción asistida llevada a cabo por su mujer pero no consentida por él. Si la procreación mediante estas técnicas se lleva a cabo sin el conocimiento del marido, o incluso contra su consentimiento expreso, nada establece la ley sobre qué filiación paterna deberá ser atribuida al nacido, ni sobre su carácter matrimonial o no matrimonial. Existe en este extremo un vacío legal, que debe ser solucionado —en virtud de la reconducción establecida por el art. 7.1 de la LTRA—, de acuerdo con lo dispuesto por el régimen general del Código civil.

Cuando la reproducción asistida se produce en tales circunstancias con el material genético de un tercero, la doctrina se inclina de modo unánime por la determinación de la filiación sólo materna del nacido, sin que su filiación paterna quede establecida respecto del marido (que ni es su progenitor biológico ni ha prestado consentimiento). En este caso la filiación del hijo quedaría determinada como si se tratase del acceso de la mujer sola a las técnicas de reproducción asistida con donante anónimo —pues en definitiva es de lo que se trata—.

Distinta es la solución que ofrece la doctrina si la reproducción asistida se realiza igualmente en el marco de la relación matrimonial, también sin el consentimiento del marido pero con su propio material genético (piénsese, por ejemplo, en la reproducción realizada con mala fe de la mujer en connivencia con el equipo médico, en la conservación de semen del marido con fines puramente diagnósticos o de investigación, o el no tan impensable supuesto de hurto de semen¹⁷). En este caso, también a falta de regulación expresa en la LTRA, la doctrina mayoritaria considera que el nacido debe ser tenido por hijo matrimonial del marido (y, para el caso de que hubiere existido mala fe en el logro de la fecundación, queda al marido —como último remedio— la posibilidad de ejercitar una acción de indemnización tanto contra su mujer como contra el personal sanitario que hubiere participado en el proceso reproductor; amén de la separación por

16 *Vid.*, por todos —con el mérito de pronunciarse al respecto con anterioridad a la normativa que luego así lo recoge—, RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial”, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, cit., p. 146: “El elemento más relevante en la determinación de la filiación, como categoría jurídico-formal, del niño nacido por la fecundación artificial es [...] el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera: no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos biológicos pueden ser sustituidos todos”.

17 Esta última posibilidad no es tan inimaginable como pudiera pensarse. Recientemente se ha difundido a través de los medios de comunicación la siguiente noticia: una mujer, tras realizar una felación a un famoso y adinerado deportista durante un encuentro esporádico, conservó el semen y se inseminó con él posteriormente, con el presumible propósito de solicitar la filiación paterna de su hijo tras el nacimiento (y, con ella, los correspondientes alimentos y derechos hereditarios). Evidentemente, en este caso estamos fuera del contexto de la relación matrimonial, pero el ejemplo permite poner de relieve la relativa facilidad con que la inseminación no consentida por el varón puede llevarse a cabo.

incumplimiento de los deberes conyugales y otros posibles efectos, sanciones administrativas, etc.)¹⁸. Con esta solución, el consentimiento previo y formal cuya relevancia ha sido tan solemnemente proclamada por la ley, en la práctica, se reduce a la nada cuando falta efectivamente¹⁹. Tal posición, aunque respaldada por la doctrina mayoritaria con fundamentos suficientes²⁰, no está exenta de problemas y no puede, por ello, aceptarse sin adoptar una posición crítica al respecto. A mi juicio, bajo estas circunstancias, pareciera que no debería determinarse la filiación paterna matrimonial del nacido²¹.

Pero en definitiva —y al margen de los efectos del consentimiento en el supuesto límite que acaba de exponerse—, la especial relevancia del consentimiento del marido para la participación en las técnicas de reproducción asistida proviene del hecho de que a través de él va a determinarse la filiación paterna de quien, en el seno del matrimonio, es concebido con intervención de las TRA (siempre que no exista separación

18 Una exposición exhaustiva de los diferentes criterios doctrinales sobre este punto, en PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pp. 109 y ss.

19 Para BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO esta paradójica situación es razonable. A su juicio, la falta de consentimiento del marido en la reproducción asistida practicada a su mujer con su propio semen “es irrelevante para cuestionar el carácter matrimonial de la filiación en cuestión”. Para él, “el consentimiento de los sujetos directamente vinculados en la reproducción es irrelevante a los efectos de la calificación y atribución de la filiación. Así es cuando la reproducción tiene lugar naturalmente y así lógicamente tendrá que ser también cuando la reproducción derive de la aplicación de las técnicas de la fecundación asistida”. *Vid.* “La filiación inducida y las clasificaciones legales”, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, cit., p. 125.

20 Tres son las razones que se esgrimen para avalar la determinación de la paternidad del marido respecto del hijo habido por su mujer a través de la reproducción asistida sin su consentimiento pero realizada con sus gametos: 1) la vigencia de la presunción de paternidad del marido; 2) la primacía de la veracidad biológica —pues la acción de impugnación de la paternidad, en caso de ejercitarse, conduciría precisamente a la constatación del hecho de que el marido es el progenitor del nacido—; y, 3) la primacía del principio del *favor filii* o interés del menor, pues se considera que lo más favorable para éste es que tenga padre (en el supuesto descrito, el marido, a falta de cualquier otra posibilidad de determinación de la filiación respecto de otra persona).

21 Aunque se trata de una cuestión carente de solución legal —y, por ello, no cerrada y opinable— entiendo que la posición contraria a la sostenida por la doctrina mayoritaria se aviene mejor con la propia dinámica de la reproducción asistida y con los principios que la rigen. Los argumentos principales de la posición doctrinal mayoritaria se estructuran sobre dos principios: la veracidad biológica y el *favor filii* (la presunción de paternidad se subordina a la veracidad biológica y ha de seguir, en consecuencia, la misma suerte que ésta). Por lo que respecta al primer punto ha de destacarse que la LTRA ha optado por la voluntad del varón (por el consentimiento de quien desea ser padre) como elemento determinante de la filiación paterna del nacido. El problema de la falta de dicho consentimiento —cuestión que, por otra parte, sólo puede presentarse en la reproducción asistida y nunca en la natural— difícilmente puede ser solucionado desde los principios que informan el régimen común, y menos aún desde el principio que la ley especial quiebra como criterio de determinación de la filiación (la veracidad biológica). Ante la falta del elemento central para la determinación de la filiación paterna de quien nace a través de las nuevas tecnologías reproductivas (esto es, en el seno del matrimonio, la voluntad del marido), la filiación del hijo deberá determinarse como si se tratase del acceso de la mujer sola con los gametos de un donante anónimo. Cuestión distinta es que el varón que inicialmente no consintió en la procreación pueda, con posterioridad, asumir voluntariamente la condición de padre del hijo de su mujer para lo cual no encuentro obstáculo legal alguno. No creo que el segundo argumento señalado —el interés del menor— sea suficiente para restar importancia a la ausencia del elemento volitivo en este caso. En este punto no puede desconocerse que si la LTRA permite el acceso de la mujer sola a la reproducción asistida sin que quede determinada la filiación paterna del nacido y sin que tal consecuencia sea considerada contraria al *favor filii* (de lo contrario tal posibilidad no estaría permitida por la ley), no es posible presumir —al menos en la inteligencia de la ley— que la ausencia de determinación de la filiación paterna del hijo sea, en principio y necesariamente, perjudicial, para él. Puede que ésta parezca una solución poco justa (en especial desde la perspectiva del hijo); más injusta parece, empero, la opción contraria, que no es otra que admitir que los actos de la mujer ordenados a la procreación, incluso con mala fe y en contra los deseos expresos de su marido, tengan como consecuencia la modificación de la esfera jurídica de su cónyuge. Aceptar esto último implicaría admitir implícitamente que la mujer tiene derecho a concebir un hijo de una persona concreta y a determinar, por su sola voluntad, la filiación del hijo sólo por ella querido.

legal o de hecho)²². Tal filiación será además de carácter matrimonial y no podrá en ningún caso ser impugnada (art. 8.1 de la LTRA). Es de esta consecuencia de donde derivan todas las cautelas incluidas en la LTRA acerca del escrupuloso respeto al libre consentimiento y plena capacidad de quien por el hecho del consentimiento verá afectada su esfera jurídica de modo grave, al introducirse en ella todos los deberes y obligaciones que acompañan inexorablemente a la relación paterno-filial.

En el caso objeto de comentario, de haberse concedido la petición tal como fue planteada en un primer momento por la solicitante, la autorización judicial habría surtido los mismos efectos que si el consentimiento hubiera sido otorgado por el incapaz: se habría determinado respecto de él la filiación —inimpugnable— del nacido.

4.2. El consentimiento del incapaz en cuanto mero donante (no anónimo) de gametos

Corresponde estudiar ahora si, conforme a la LTRA, puede o no autorizarse la petición de la solicitante planteada durante el acto de la vista; esto es, que se permita la extracción del material genético de su marido incapaz pero sin el consecuente establecimiento de la filiación paterna del nacido.

Al abordar este punto, el juez de la causa ofrece una argumentación tan compleja como curiosa. Afirma que la ley contempla dos sistemas de acceso a las técnicas de reproducción asistida²³. A su juicio, estos modelos son, además, cerrados y constituyen los únicos legalmente permitidos. En función de estas premisas, ante la imposibilidad de subsumir la solicitud en alguno de los dos modelos preestablecidos —dada la naturaleza «híbrida» de la petición— el juez finalmente la deniega.

En este extremo, la argumentación judicial parece criticable. En efecto, los modelos de acceso que menciona el juez no aparecen como tales en la ley de reproducción asistida, sino que son el resultado de una interpretación sistemática de la LTRA (entre otras posibles), llevada a cabo, en este caso, por el Juez. Tal clasificación puede llegar a ser aceptada desde una perspectiva sistemática; sin embargo, no ocurre lo mismo con las características atribuidas por el juez a los modelos que la integran. En rigor, de la ley no cabe derivar en modo alguno que los dos modelos referidos sean los únicos permitidos, ni consecuentemente que de ello emane de modo implícito la prohibición general de practicar una reproducción asistida que no se ajuste a los mismos. Si resulta difícil aceptar que los dos modelos que integran la clasificación elaborada por el juzgador posean de modo indiscutido las categóricas connotaciones de «únicas» y

22 El concurso del consentimiento del marido en el acceso de la mujer casada a las TRA sirve también a la finalidad de evitar “la determinación legal de paternidades matrimoniales subrepticamente constituidas a través del uso, a espaldas del marido, de las técnicas de reproducción asistida”, como indica el juez en el auto objeto de comentario (f. j. 4).

23 Para el juez estos modelos son los siguientes: A) la reproducción asistida practicada a mujer (no casada o, en su caso, separada legalmente o de hecho) sin la concurrencia de un concreto y conocido varón que haya hecho donación de semen “para esa específica fecundación”, a los efectos de “adquirir la correspondiente paternidad”. En este primer modelo (que la doctrina conoce como el de “la mujer sola”), la reproducción asistida se ha de realizar “forzosamente con el material genético de un donante anónimo” y no se establecerá la determinación de la filiación paterna del nacido. B) El segundo modelo es el de la reproducción asistida practicada a una mujer que, o bien esté casada y no separada (en cuyo caso se requerirá el consentimiento del marido) o bien no esté casada o se encuentra separada y respecto de la cual “un concreto y conocido varón [...] haya contribuido a la correspondiente donación de semen y consentido la realización de esa específica fecundación” [énfasis añadido]. Dentro de este segundo modelo, la determinación de la filiación paterna del nacido se determina siempre: “el así nacido —puntualiza el juez— tiene en todo caso la condición jurídica de hijo del esposo de la madre o del referido varón donante”. Cfr. f. j. 3.

«cerradas» que el juez les atribuye —sin justificación al respecto—, menos aún parece asumible que se recurra precisamente a ellas como *ratio decidendi*, para derivar una consecuencia práctica (en este caso la denegación de lo pedido).

Lejos de las pretendidas clasificaciones de los modelos de acceso a las TRA y de las características que se les atribuyen en la resolución bajo comentario, la respuesta a esta cuestión ha de centrarse —en abstracto— en la posibilidad de emplear el material genético de un donante conocido y cierto sin el consecuente establecimiento de la filiación (interrogante que, a mi juicio, debió ser abordada directamente por el juez).

Para dar respuesta a esta última cuestión resulta oportuno tomar en consideración las disposiciones de la LTRA relativas a la reproducción asistida *post mortem*, pues respecto de ésta, y ante el incumplimiento de los requisitos que la ley prevé para su realización, puede plantearse en la práctica dicho problema, como de hecho ha sucedido.

En el caso de producirse el fallecimiento del marido durante el proceso de fertilización de la mujer, la LTRA establece con carácter general la imposibilidad de practicar la reproducción asistida *post mortem*, a menos que el material reproductor del varón se halle dentro del útero de la mujer (art. 9.1 de la LTRA)

Como excepción a esta regla general, la ley admite el empleo del material reproductor del marido premuerto si se cumplen dos condiciones: 1) que éste último hubiere manifestado previamente por escrito tal voluntad en escritura pública o testamento; y 2) que la fecundación de la mujer con dicho material se produzca dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento (art. 9.2 de la LTRA). Si se respetan el plazo y la formalidad del consentimiento, la mujer podrá ser fecundada con los gametos de su cónyuge ya fallecido y, en tal caso, la filiación paterna matrimonial del hijo respecto del fallecido quedará determinada.

En relación al tema que nos ocupa, cabe cuestionarse cuál es la naturaleza de los dos requisitos que contempla la ley para admitir la reproducción asistida *post mortem*; es decir, si se trata de requisitos para que la mujer pueda emplear los gametos de su difunto cónyuge, o si sólo son condiciones de necesario cumplimiento para la determinación de la filiación entre el marido fallecido y el hijo «postumísimo». No existe unanimidad en la doctrina sobre este punto²⁴. La cuestión, empero, ha sido abordada por la Audiencia Provincial de A Coruña en el auto de 3 de noviembre de 2000 que resolvía la apelación elevada por el fiscal contra el auto de fecha 22 de noviembre del Juzgado de primera instancia núm. 3 de Ferrol, órgano ante el cual una mujer —incumpliendo los dos requisitos formales del art. 9.2 de la LTRA— instó autorización para ser fecundada con el semen crioconservado de su marido premuerto.

En este proceso, el juez de primera instancia autorizó a la viuda a emplear los gametos de su marido fallecido. A su juicio, los requisitos legales del art. 9.2 de la LTRA son de necesario cumplimiento si lo pretendido por la mujer es declarar la filiación paterna del *concepturus*, de modo que su incumplimiento no impide autorizar a la mujer a emplear el material genético de su difunto marido si la filiación paterna del hijo que llegue a nacer no queda determinada. La decisión del juez de primera instancia fue apelada por el Ministerio fiscal, y la Audiencia revocó la autorización concedida por el *a quo*. A juicio del tribunal, el plazo y el consentimiento previo y formal del cónyuge fallecido en la reproducción asistida *post mortem* son requisitos no para la determinación de la filiación, sino para propia la utilización del material genético del fallecido. Según la Sala, “la ley no puede permitir que, en contra del anonimato que preside su régimen jurídico, sea factible la utilización de material orgánico identificado y que la filiación no quede determinada”.

24 Cfr. al respecto la detallada exposición que realiza PÉREZ MONGE, *op. cit.*, pp. 310-312.

En efecto, cuando la reproducción se produce con los gametos de un donante anónimo, la filiación entre éste y el nacido no queda establecida precisamente en función del anonimato del aportante; en este caso, el origen del material genético —y en definitiva, la identidad y el nombre del donante— es desconocido tanto por el hijo engendrado como por la mujer que lo emplea. Por el contrario, en el contexto de la relación matrimonial el empleo del material genético del marido sin la correlativa determinación de la filiación atentaría contra las reglas establecidas y se llegaría, según afirma el tribunal, a situaciones «paradójicas»²⁵. Como establece el mencionado tribunal, no cabe admitir que, a falta del cumplimiento de los requisitos establecidos, la viuda emplee el material genético del cónyuge fallecido sin que la filiación paterna matrimonial del nacido quede determinada. Si los dos requisitos contemplados en el art. 9.2 de la LTRA no se satisfacen, simplemente la mujer no puede emplear los gametos del marido fallecido. Si persistiera en su deseo de ser madre, podría, sin traba alguna, acceder a las TRA haciendo uso de los gametos de un donante anónimo²⁶; y si, pese a lo anotado, la reproducción con el material genético del marido fallecido se produce, con incumplimiento de los requisitos contemplados en el art. 9.2 de la LTRA, la filiación paterna de hijo «postumísimo» no deberá quedar determinada respecto del cónyuge fallecido. De esta última cuestión se ha ocupado también la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 24 de septiembre de 2002, ratificando el criterio seguido en su día por la Audiencia Provincial de A Coruña²⁷.

Conforme al tenor y a los principios que rigen la LTRA, no se admite la escisión de las condiciones jurídicas de «progenitor» y de «padre» cuando no se está en el supuesto de un donante anónimo sino ante un donante de gametos conocido y cierto. En nuestro caso, lo solicitado por la mujer en un segundo momento es justamente esto, únicamente el empleo del material genético del incapaz sin la correlativa determina-

25 Como indica la Sala, en caso de mantenerse la solución dada por el juez de primera instancia, “pese a la constancia de que biológicamente se diera a luz a un hijo con el material genético del cónyuge fallecido [...] sin embargo no sería legalmente su hijo, los hijos que tuviera legalmente su progenitor biológico de otra relación no serían biológicamente sus hermanos, podría contraer matrimonio con éstos, carecería de derechos hereditarios, conocería quién es su padre biológico, y así se deduciría de una resolución judicial, y sin embargo no podría utilizar sus apellidos, entre otras situaciones semejantes”.

26 La solución que finalmente adopta la Sala (equiparación del supuesto al de la mujer fecundada con el material genético de un donante anónimo) ha sido sostenida en la doctrina por HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, “La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada”, en *Actualidad Civil*, 1988, II, p. 3034.

27 En este caso, la viuda solicitaba la inscripción de su hijo nacido a través de las técnicas de reproducción asistida como hijo matrimonial de su difunto cónyuge (fallecido casi un año y un mes antes del nacimiento), quien en su día había consentido la reproducción asistida en vida con transferencia de embriones crioconservados pero sin pronunciarse expresamente sobre la eventual reproducción *post mortem*. Al tratarse de crioconservación de embriones, se discute si la «fecundación» se había producido en vida del marido, en cuyo caso no se trataría propiamente de una reproducción asistida *post mortem*. Al respecto, la DGRN en la resolución citada, indica que “no cabe argumentar interpretaciones literales sobre el significado de la palabra fecundación para que el supuesto que ahora se plantea quede fuera de la ratio de la ley”. A juicio de la DGRN “no cabe duda que la voluntad del legislador, teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas de todo orden que tiene el hecho de la muerte, es clara en exigir consentimiento expreso del marido para este supuesto [el de la reproducción con sus gametos tras su muerte], sin que pueda deducirse, sin más de su consentimiento —efectuado en vida—, a que la fecundación asistida tenga lugar”. Para la DGRN si el consentimiento del marido prestado en vida se entendiera también válido para el caso de la muerte “no tendría sentido que la ley exigiera requisitos más rigurosos para este supuesto excepcional” (f. j. 4). En atención a estos argumentos es confirmada la resolución de origen, que había denegado la filiación paterna matrimonial del nacido (por no constar el consentimiento específico del marido para la reproducción asistida *post mortem* de modo fehaciente y por no ser aplicable tampoco la presunción de filiación matrimonial, pues el nacimiento se había producido después de transcurridos los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges).

ción de la filiación paterna del nacido; posibilidad que tampoco sería admisible de acuerdo con lo expuesto.

Conforme a lo anterior, cabe concluir que a usuaria de las TRA no tiene derecho a elegir al donante ni tampoco a aportar su propio donante, a menos que éste último asuma voluntariamente tal condición y asuma al propio tiempo todas las obligaciones derivadas de la paternidad²⁸. Bajo la dinámica de la ley, la filiación paterna del nacido a través de la reproducción asistida ha de quedar siempre determinada cuando se pretenda lograr la procreación con el material genético de un donante concreto y voluntariamente elegido. En este último supuesto, la donación de los gametos y la asunción de la condición legal de padre constituyen dos elementos inseparables en el consentimiento del varón; o, lo que es lo mismo, la LTRA rechaza la posibilidad de que exista una paternidad biológica de origen conocido y cierto a la que no vaya acompañada necesariamente la determinación de la filiación, con todas las obligaciones y cargas que derivan de la paternidad.

Esta conclusión no da lugar a que la imposibilidad natural de procrear del cónyuge incapaz se erija como una limitación a las posibilidades de procrear de su mujer capaz. O mejor, sí da lugar a ello, pero sólo de modo relativo. En el supuesto bajo comentario la incapacidad del marido sólo es una limitación para la práctica de la procreación asistida homóloga (con los gametos del marido incapaz). Nada impide que la mujer pueda, en cambio, acceder a la reproducción asistida con la aportación de gametos de un donante anónimo, pues la situación de incapacidad del marido es considerada por el juez como una situación análoga a la separación de hecho, caso para el cual el art. 6.3 *in fine* de la LTRA excepciona la necesaria concurrencia del consentimiento del marido.

Además de lo dicho, y acaso como criterio por sí solo suficiente para dilucidar la interrogante planteada en este epígrafe, parece obvio que la solicitante no puede renunciar en nombre del *concepturus* al establecimiento de su filiación paterna. Siendo la filiación una materia en la cual el juego de la autonomía de la voluntad se encuentra considerablemente limitado por razones de orden público, tal manifestación de voluntad (que no emana, además, de quien se verá afectado por ella —el hijo—) carecería de efectos, aunque la resolución judicial hubiese concedido la autorización en el sentido querido por la mujer, por tratarse de un acto personalísimo²⁹.

Por otra parte, en caso de haberse concedido la autorización en el sentido de la pretensión tal y como fue modificada en el acto de la vista —esto es, con renuncia de la solicitante a la filiación paterna— se habría producido indudablemente un vínculo biológico entre el incapaz y el nacido: aquel sería el progenitor de éste. Ahora bien, pese a la previsión contenida en la LTRA sobre el mantenimiento del anonimato del donante, la doctrina no es unánime sobre si *a posteriori* será siempre imposible establecer la filiación entre el nacido y el donante anónimo que es su progenitor. Tal duda se presenta a tenor de lo dispuesto por el art. 39 de la Constitución, que consagra el derecho al conocimiento del propio origen, la libre investigación de la paternidad, la protección integral de los hijos y el deber de los padres de prestarles asistencia de todo orden³⁰. Si

28 ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 248.

29 Un análisis más detenido sobre esta categoría de actos se efectuará *infra*, epígrafe 5.1.

30 De esta posibilidad se ha ocupado, para criticarla, LACRUZ BERDEJO. Cfr. “La constitución y los hijos artificiales”, en *Actualidad Civil*, 1987, T. II, pp. 2031 y ss. Al analizar el art. 39 del texto constitucional español, LACRUZ concluye que “de la constitución no se puede deducir [...] el derecho de cada uno a tener un padre, sino la responsabilidad del procreador por los actos de procreación” (p. 2035). A su juicio esta disposición constitucional ha sido redactada (en cuanto al objeto al que se refiere) “pensando en la

el establecimiento futuro de la filiación entre el donante anónimo y la persona nacida a partir del empleo de su material genético no resulta una posibilidad disparatada, menos aún lo será en nuestro caso, puesto que si se autorizase el empleo del material genético del incapaz, no se trataría de una donación anónima; por el contrario, el donante sería en este caso conocido y determinado.

En definitiva, si se hubiera autorizado a la solicitante sólo a emplear el material reproductor del marido —sin que el nacido tuviera respecto de él la condición de hijo— éste podría, en el futuro, ejercitar la acción de reclamación de la paternidad respecto de su progenitor incapaz de identidad cierta. La autorización de la petición de la mujer en tal caso, aunque dirigida a proteger —aquí y ahora— al incapaz de los efectos de una filiación no consentida por él, no lograría impedir en el futuro que el incapaz se viera compelido a asumir la paternidad de quien ha nacido, sin su consentimiento, a partir de sus gametos.

5. PROBLEMAS RELATIVOS A LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD

5. 1. Sobre los actos personalísimos: un intento de romper la tautología

Existe un relativo consenso doctrinal sobre cuáles son los actos concretos que integran la categoría de los actos personalísimos. Tradicionalmente, el matrimonio, el testamento y el reconocimiento han sido considerados como sus paradigmas. Más recientemente se han añadido a la lista aquellos actos que afectan al ejercicio de los derechos de la personalidad y derechos fundamentales, el ejercicio de las acciones que

cópula carnal y no en las otras posibilidades actuales de procreación” y (en cuanto a su origen concreto y finalidad práctica) a la vista de los problemas que ofrecía el anterior régimen jurídico de la filiación, para superarlos. Para este autor, el hecho de que el artículo 39 de la constitución halle su fundamento “en motivaciones nacidas de un marco histórico muy concreto”, “limita su posible alcance”. De aceptarse otra solución, continúa LACRUZ, “se llegaría al absurdo de que un donante podría ser el padre de centenares o miles de hijos, responsabilidad que aun cuando se le impusiera carecería de toda eficacia por no poder el interesado hacer frente a ella. Nótese, no obstante, que la limitación contenida en el art. 5.7 de la LTRA impide que de un mismo donante anónimo puedan nacer más de seis hijos, lo cual facilitaría, en la práctica, el cumplimiento de los deberes paternos (aunque es razonable pensar que tal limitación pueda obedecer a causas de otra índole; v. gr. evitar la futura e inconsciente endogamia, entre otros). Véase, a favor del derecho del hijo a conocer la identidad del donante anónimo a partir de cuyo material genético ha nacido (aunque sin el establecimiento de la filiación), RIVERO HERNÁNDEZ, J., “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial”, cit., pp. 155 y ss. Si bien este análisis se centra en el nacido que, al margen de la averiguación de la identidad del progenitor, ya tiene un padre en sentido jurídico, al cuestionarse sobre la situación del nacido de donante anónimo mediante el acceso de la mujer sola (o en los demás supuestos en que el nacido carece de padre en sentido jurídico), RIVERO acepta el establecimiento de la relación paterno-filial entre el donante anónimo y la persona que, sin tener padre, ha nacido a partir de sus gametos. *Ibid.*, p. 167.

Sobre este extremo, la STC de 18 de junio de 1999 ha indicado de modo explícito que la disociación entre progenitor biológico y padre legal es perfectamente lícita desde el punto de vista constitucional (f. j. 13) y que en la Constitución no existe una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (*ibidem*); para concluir, finalmente, que “no puede afirmarse [...] que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una efectiva desprotección de éstos” (f. j. 15). No obstante, el problema relativo a la determinación de la filiación paterna del nacido de un donante anónimo puede resurgir cuando, al alcanzar la mayoría de edad, el nacido pretenda por sí mismo conocer su propio origen y aspire a la determinación de la filiación paterna de que carece. No ha de perderse de vista que lo que ha sido objeto de análisis constitucional directo es sólo el art. 5.5 de la LTRA que consagra el anonimato de los donantes y no el art. 8.3 de la LTRA que sí consagra la imposibilidad de determinación de la filiación entre el nacido y el donante anónimo ya identificado.

inciden en el estado civil y la filiación de la persona y, más ampliamente, aquellos otros que constituyen negocios de derecho de familia. Se acepta también pacíficamente que la representación legal no opera en esta clase de actos³¹. En estas dos ideas puede resumirse la posición tradicional de la doctrina sobre los actos personalísimos.

El panorama que acaba de describirse se presentó como problemático al aplicarse a un caso concreto carente de regulación: el ejercicio de la acción de separación matrimonial del incapaz por el tutor en representación del pupilo. El caso llegó, por diferentes vías, tanto al Tribunal Supremo como al Tribunal constitucional³². Para dilucidar la cuestión el Tribunal supremo aplicó la posición tradicional descrita: después de calificar al ejercicio de la acción de separación matrimonial como un acto personalísimo³³, derivó de esa naturaleza la consecuencia de la absoluta imposibilidad de sustitución de la voluntad del incapaz por la de su representante legal. Por el contrario, el Tribunal Constitucional prescindió de cualquier pronunciamiento basado en el carácter personalísimo de la acción de separación matrimonial (categoría a la que, con cierto tono peyorativo, denomina “construcción doctrinal”) y se centró en la eventual vulneración de alguno de los derechos fundamentales de la persona incapaz —la tutela judicial efectiva y la igualdad— derivada de la imposibilidad de que la tutora pudiera ejercitar la acción por representación.

Estas dos sentencias han dado lugar a pronunciamientos de la doctrina a partir de los cuales se ha replanteado y cuestionado la categoría de los actos personalísimos en cuanto tal y, en especial, la imposibilidad de que en ellos pueda tener cabida la actuación del representante legal sustituyendo la voluntad del incapaz³⁴. El acto personalísimo es

31 Por todos, DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, T. II (reimpresión de la ed. de 1952), Civitas, Madrid, 1984, p. 315: “Conforme al criterio general de nuestra legislación, podría sentarse el principio de que el tutor no podrá disponer por el incapacitado sobre: facultades o acciones de naturaleza estrictamente personal, derechos de la personalidad, familiares, facultades o acciones respecto al propio estado civil; en cambio el tutor deberá ejercitar las facultades y acciones necesarias para defender la persona, los derechos de la personalidad y sus consecuencias patrimoniales [...]. La razón de este principio es que *un grupo de actos, por ser personalísimos, no admiten su ejercicio por otro (representación), mientras que el segundo grupo se refiere a facultades y acciones que no son personalísimas*” [énfasis añadido].

32 Al Tribunal Supremo, llegó el caso en virtud de un recurso para unificación de la doctrina ejercitado por el Ministerio fiscal (ante la diversidad de posiciones de las dos salas: la que autorizó a la tutora para ejercitar la acción y la que en el proceso de separación le denegó la legitimidad pese a haber recabado previamente la autorización judicial). La sentencia del Tribunal Supremo, al ser en interés de ley, carecía de efectos para la solución del caso concreto, pero revestía enorme trascendencia de cara al futuro, pues sentaba la doctrina que en casos posteriores habría de aplicarse para dar respuesta a la posibilidad de intervención del tutor en la esfera jurídica personalísima del incapaz. Ante el Tribunal Constitucional el caso llegó en virtud de un recurso de amparo contra la resolución que denegaba la legitimación de la tutora (autorizada judicialmente para ejercitar la acción) en el proceso de separación matrimonial, aduciendo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la igualdad.

33 El Tribunal entendió que si el matrimonio es un acto personalísimo, el ejercicio de las acciones de divorcio o separación —que lo disuelven o modifican considerablemente— revisten también esa misma naturaleza.

34 Cfr., entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Separación matrimonial de un incapaz”, en *Aranzadi Civil*, 1999, núm. 4, Tribuna, pp. 9 y ss.; DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M., “La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación matrimonial en representación del pupilo”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2001, núm. 6, pp. 13 y ss.; ESTRADA ALONSO, E., “La legitimación del tutor para interponer demanda de separación del incapacitado”, en *Actualidad civil*, 1999, T. I, marginales 293-301; VALLADARES RASCON, E., “La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999)”, en *Derecho privado y Constitución*, 1999, núm. 13, pp. 273 y ss.; ALVAREZ LATA, N., “¿Está facultado el tutor para instar la acción de separación legal de su pupilo (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999)”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1999, núm. 3, pp. 663 y ss.; y “El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada (comentario y alcance de la STC 311/2000, de 18 de diciembre)”, en *Derecho Privado y Constitución*, 2001, núm. 15, pp. 7 y ss.; y LÓPEZ FRÍAS, M. J., “El ejercicio de los derechos personalísimos en los enfermos psíquicos”, en *RDP*, 2000, pp. 296 y ss.

ahora un tema directa y crecientemente abordado. No obstante, prácticamente no existen pronunciamientos en la doctrina española ni sobre el concepto de acto personalísimo ni sobre su fundamento. Son pocos los autores que se aventuran a dar una definición o al menos un criterio sobre ellos. Cuando encontramos alguna idea al respecto — expresa o velada— es frecuente constatar una argumentación circular: se afirma que el acto es personalísimo cuando a falta de voluntad de la persona implicada no cabe la sustitución de su voluntad y, como si de un palíndromo se tratase, se dice —a continuación— que no cabe la sustitución porque el acto es personalísimo³⁵. Ninguna de estas afirmaciones es útil ni rigurosa. Para ser útil debería dar respuesta a la pregunta de en qué casos no cabe la sustitución; para ser rigurosa debería poder explicar por qué en tales casos la sustitución de la voluntad resulta inoperante. Tampoco puede admitirse que la naturaleza personalísima de un acto sea definible en función de que la ley permita o rechace expresamente la sustitución de la voluntad. Una solución legalista resulta igualmente de escasa utilidad, pues la noción de acto personalísimo ha de servir, sobre todo, como pauta para optar entre la admisión o rechazo de la sustitución de la voluntad del incapaz precisamente en aquellos actos para los que ley no establece límites a la actuación del representante legal (como ocurre en el caso objeto de comentario).

A partir de esta nueva revisión del tema en algo sí que ha cambiado la posición de la doctrina. Ahora, la mayoría de los autores conviene en que la proclamada imposibilidad de sustitución de la voluntad en los actos personalísimos ha dejado de ser una regla absoluta para pasar a ser sólo en una regla general que, como las demás, es susceptible de excepciones. El criterio generalmente aceptado para admitirlas no es otro que el empleado por el Tribunal Constitucional en la STC 311/2000: el eventual perjuicio que de la aplicación rígida de la regla pueda derivar para la persona incapaz³⁶. Tales excepciones, no obstante, son admitidas por la doctrina sólo respecto de algunos actos, pero no de todos aquellos a los que se reconoce carácter personalísimo, sin que quede explicado el porqué de tal distinción³⁷, ni tampoco si por el hecho de admitirse la representación el acto deja de ser personalísimo; ni, en definitiva, qué actos concretos son personalísimos y cuales no³⁸. Incluso se ha llegado a postular que la intervención del representante legal en el ejercicio de los derechos y acciones personalísimas del incapaz carente de capacidad natural no constituye una excepción sino la regla general³⁹.

35 La tautología en la definición de acto personalísimo puede encontrar algún remoto asidero en la ley. La expresión «acto personalísimo», introducida en el art. 670 del Código civil en 1889, establecía — y establece— que “el testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario”. Desde su aparición, la noción de acto personalísimo ha estado directamente vinculada con la idea de imposibilidad de sustitución de la voluntad.

36 En efecto, BÉRCOVITZ ha afirmado que el carácter personalísimo de la acción de separación matrimonial no debe mantenerse hasta el extremo de perjudicar los intereses del incapaz (art. cit., p. 10). En igual sentido, DE SALAS MURILLO Y MAYOR DEL HOYO sostienen también que el carácter personalísimo del acto debe verse relajado “en determinados casos en los que la inactividad produciría perjuicios aún mayores que la ausencia de una decisión personal, consciente y libremente tomada”. Cfr. art. cit., p. 25.

37 BÉRCOVITZ, por ejemplo, admite la quiebra de la imposibilidad de representación en la acción de separación matrimonial, pero la niega para el ejercicio de la acción de divorcio; posición que adoptan igualmente DE SALAS MURILLO y MAYOR DEL HOYO (*ibid.*, pp. 24-25).

38 Además de los ejemplos del matrimonio, el testamento y el reconocimiento como actos personalísimos ÁLVAREZ LATA califica de cómo tales a los derechos de la personalidad, algunos derechos familiares y a las acciones relativas al estado civil. Cfr., “El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada”, cit., p. 21. No parece tampoco haber consenso sobre si lo que reviste carácter personalísimo son “los derechos” o “los actos”.

39 Cfr. ÁLVAREZ LATA, *ibid.*, p. 28. Para esta autora la intervención del representante legal en la esfera jurídica personalísima del incapaz habrá de cumplirse siempre, a menos que exista una prohibición legal expresa o implícita en la regulación concreta de algún derecho o acción personalísima. Cfr. *ibid.*, p. 34. Sin entrar ahora en la más que discutible existencia de prohibiciones legales tácitas, ha de resaltarse que, si se admite

En un intento de solución al problema, LÓPEZ FRÍAS ha propuesto una distinción teórica entre «acto personal» y «acto personalísimo»⁴⁰. El primer grupo estaría integrado por los derechos de contenido personal respecto de los cuales la sustitución de la voluntad del incapaz por la de su representante legal es posible (siempre que se cumplan determinadas condiciones). El segundo grupo de actos —los propiamente personalísimos—, lo formarían aquellos actos respecto de los cuales no resulta admisible en ningún caso la sustitución⁴¹. Ahora bien, esta reclasificación tampoco ofrece una salida a la circularidad anteriormente descrita, pues el carácter personalísimo del acto se acaba reconduciendo, en última instancia, a la posibilidad o imposibilidad de sustitución de la voluntad⁴², posición que se aprecia también en otros autores⁴³.

Tampoco parece posible que el acto personalísimo sea definible, como se ha sugerido, en función de la materia u objeto a que se refiere (de índole personal). A mi juicio, la inadmisibilidad de la sustitución del consentimiento del incapaz puede presentarse también respecto de actos de contenido patrimonial, por lo que es preciso concluir que, aunque el objeto o materia sirve para distinguir los actos personales de los patrimoniales, no basta para diferenciar los personalísimos de los que no lo son. En rigor, ni siquiera puede afirmarse que los actos personalísimos sean una subespecie de los actos personales, dado que dentro de dicha categoría se admite pacíficamente la inclusión de actos de naturaleza tanto personal como patrimonial (v.gr., el testamento, la donación).

Frente a este nuevo panorama, se hace preciso analizar, de una parte, las características del acto personalísimo en abstracto (a partir de las características que cumplen todos aquellos actos concretos a los que se suele reconocer tal naturaleza) y, de otra, el fundamento de la imposibilidad de la actuación por sustitución en caso de incapacidad. Sólo dando respuesta a estas dos cuestiones será posible determinar, en nuestro caso, si

este punto de vista, en el caso bajo análisis el tutor podría prestar consentimiento por sustitución para la participación del incapaz en la reproducción asistida (con autorización judicial); y en otros supuestos imaginables (en el plano patrimonial, por ejemplo) al no existir prohibición legal, el tutor podría también donar en representación del pupilo. Ambas conclusiones parecen poco sostenibles si no se aportan más argumentos. Quizá en esta línea, quepa situar también a ESTRADA ALONSO a cuyo juicio “por más que se ha tratado de fundamentar que el tutor no tiene legitimación para ejercitar los derechos y acciones personalísimas del incapacitado, no hay ninguna limitación para que el tutor pueda ejercitarlos en nombre del tutelado y su privación supone una falta de igualdad impropia de un Estado social de Derecho”. Cfr., art. cit., epígrafe, I.

40 LÓPEZ FRÍAS, M. J., art. cit., p. 299.

41 *Ibidem*. Dentro del primer grupo esta autora incluye el consentimiento médico para operaciones quirúrgicas, el contrato de trabajo y las prestaciones personales, los actos referidos a la nacionalidad y vecindad civil y las actuaciones relativas a los derechos al honor, intimidad e imagen. Dentro del segundo grupo incluye la donación de órganos, la esterilización, el ejercicio del derecho de sufragio, el matrimonio, la separación y el divorcio, las capitulaciones matrimoniales, el reconocimiento y el testamento. Cfr. LÓPEZ FRÍAS, M. J., art. cit., *passim*.

42 A su vez, LÓPEZ FRÍAS reconduce la posibilidad de sustitución a lo previsto en cada caso por la ley, aunque bajo una perspectiva crítica con la posición legal. En concreto, esta autora se pronuncia contra la admisión legal de la esterilización del incapaz. Cfr. *Ibid.*, p. 306-308.

43 Así, BÉROVITZ afirma, al analizar la naturaleza personalísima o no de la acción de separación, que “algunos actos personalísimos en verdad no lo son tanto”. Cfr. art. cit., p. 10. Al comentar la posibilidad de actuación del representante legal en los actos relativos a los derechos al honor, intimidad e imagen ALVAREZ LATA concluye que la intervención del representante “hace pensar que no estamos en realidad ante un consentimiento personalísimo, ya que en última instancia opera el mecanismo de la representación”. *Vid.*, “¿Está facultado el tutor para instar la acción de separación legal de su pupilo?”, cit., p. 669. La misma conclusión puede apreciarse en esta autora, cuando sostiene que “en realidad, existen pocos derechos personalísimos (en los que no cabe la representación)”. *Vid.*, “El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada”, cit., p. 23.

la participación de la persona incapaz en las técnicas de reproducción asistida, es un acto personalísimo, y si puede ser adoptado por sustitución, al menos de modo excepcional. Ciertamente, algunos autores han atribuido naturaleza personalísima a la decisión de participar en las técnicas de reproducción asistida —ya sea de modo expreso o tácito—, aunque en ninguno de ellos es posible encontrar una justificación del porqué de tal posición⁴⁴. La misma caracterización, y la misma falta de justificación, puede apreciarse tanto en la única resolución judicial existente sobre reproducción asistida con anterioridad a la que es objeto del presente comentario⁴⁵ como en ésta última⁴⁶.

En una primera aproximación a los actos que reciben el calificativo de personalísimos cabe advertir que en ellos suelen cumplirse dos presupuestos. El primero de ellos es que la causa de la decisión de llevar a cabo el acto o negocio es el puro *desideratum*, los deseos, la mera voluntad de la persona de autorregular o modificar su propia esfera jurídica. El segundo es que en ningún caso se trata de un acto debido a terceros o jurídicamente exigible⁴⁷. Estas dos características parecen cumplirse en los actos a los que la doctrina reconoce la condición de personalísimos, v. g., el matrimonio, el reconocimiento, el testamento, la donación, las acciones de separación o divorcio, las de reclamación o impugnación de la filiación, la adquisición de la nacionalidad o de una vecindad civil concreta, el consentimiento médico, etc. Al hilo de estos dos presupuestos, entiendo que la intervención en la reproducción asistida, y en concreto los consentimientos que el varón ha de prestar para su puesta en práctica (en este caso, tanto el consentimiento para la extracción de semen como el consentimiento para que su mujer se someta a las técnicas de reproducción asistida) poseen carácter personalísimo.

44 Para DELGADO ECHEVERRÍA el consentimiento del varón para la extracción de semen y para la posterior inseminación “es personalísimo” y en él “no cabe representación voluntaria ni legal” (Cfr. “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, cit., p. 208). GARCÍA CANTERO hace la misma afirmación pero respecto del consentimiento prestado por la mujer (Cfr. GARCÍA CANTERO, G., “La filiación en las técnicas de reproducción asistida”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. X, núm. 39, 1999, p. 483). CÁRCABA FERNÁNDEZ sostiene a su vez que el consentimiento prestado por el donante de semen “constituye un acto personalísimo, que no puede ser sustituido ni en cuanto a su formación ni en cuanto a su emisión” (*Vid.*, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 105). También en opinión de RIVERO HERNÁNDEZ “no parece posible —ni oportuno, por razones genéticas, dada su condición de enfermo mental, situación mayoritaria del incapacitado— que nadie pueda sustituir su voluntad ni que pueda ser eficaz el consentimiento del representante legal, ni siquiera con autorización judicial”. *Vid.* “Los derechos humanos del incapacitado” en MARZAL, A., (ed.), *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 95.

45 En efecto, el auto de 3 de noviembre de 2000 de la Audiencia Provincial de A Coruña afirma que el consentimiento para la utilización *post mortem* del material genético masculino, esté o no unido el varón por vínculo matrimonial “es un acto personalísimo, que no puede ser suplido por los herederos del cónyuge o pareja premuerta”. Para la mencionada resolución, de no aceptarse la índole personalísima del acto se llegaría a la consecuencia de tener que autorizar la inseminación incluso cuando el cónyuge premuerto hubiera exteriorizado su voluntad contraria a la misma (f. j. 4 y 5).

46 El auto que nos ocupa indica que la decisión de tener un hijo es un acto de carácter personalísimo y que “no es jurídicamente factible que la voluntad de un varón incapacitado y en estado de coma pueda ser suplida mediante autorización judicial, en orden a prestar su consentimiento para tener descendencia con su esposa a través del sometimiento de ésta [...] a técnicas de reproducción asistida” (f. j. 2).

47 Pudiera pensarse que la segunda característica que señalo no es más que una consecuencia de la primera, o que va implícita en ella. Sin embargo, hay algo en ella que la distingue y particulariza. Esta segunda condición, más que a la voluntad en cuanto causa del acto se opone sólo al carácter voluntario del mismo; y sirve para analizar el acto personalísimo no ya respecto del sujeto que normalmente lo lleva a cabo, sino, sobretodo, respecto de terceros.

La conjunción de estas particularidades en los actos personalísimos, y en especial la mera voluntad de la persona como causa de la decisión⁴⁸, hacen que la intervención de un tercero en este conjunto de actos carezca de legitimidad. De ahí deriva la regla de la inadmisibilidad de la sustitución de la voluntad en los actos personalísimos. Con ello se rompe la circularidad denunciada *supra*, y queda claro que la imposibilidad jurídica o inadmisibilidad de la sustitución de la voluntad no es lo que define al acto personalísimo, ni mucho menos su causa, sino su consecuencia operativa por excelencia⁴⁹.

Si una persona es capaz (me refiero a la capacidad natural o de hecho), nadie puede adoptar por ella una decisión de naturaleza personalísima como la de contraer matrimonio, testar, donar, reconocer hijos, ejercitar una acción de separación o divorcio, impugnar la filiación, optar por una determinada nacionalidad o vecindad civil, etc. Para la persona capaz la naturaleza personalísima de un acto se presenta como una barrera infranqueable a la actuación de un tercero sin su consentimiento.

Si se trata de una persona incapaz, la intervención de un tercero en los actos que posean naturaleza personalísima será también, en principio, ilegítima. Ahora bien, en los casos de incapacidad la actuación de un *alter* puede verse legitimada si encuentra otra causa que la justifique⁵⁰. Concretamente, dicha intervención sólo será legítima, a mi juicio, si la adopción de la decisión resulta, por las circunstancias del caso, necesaria⁵¹ y sirve, por sus efectos, a la protección de la persona⁵². La admisión de la actuación del tercero bajo estas condiciones se fundamenta en la presunción de que la persona incapaz, si fuera capaz y se viera en la tesitura de decidir, adoptaría la decisión más conveniente para ella.

Ahora bien, la intervención del representante así cumplida no neutraliza la naturaleza personalísima del acto; sólo enerva la consecuencia que deriva de tal naturaleza en atención a la primacía de otros intereses, siempre referidos al beneficio y protección de la persona que no puede decidir por sí misma⁵³.

48 Al respecto, el auto comentado afirma que la decisión de tener un hijo “es de todo punto de vista discrecional y subjetiva” (f. j. 2).

49 En este extremo, he modificado mi anterior posición al respecto. Cfr. GARCÍA LLERENA, V., *op. cit.*, p. 291.

50 Algunos autores han propuesto un catálogo de pautas para la actuación del representante en los actos personalísimos del pupilo. LÓPEZ FRIAS señala las siguientes: 1) que el incapaz carezca de capacidad natural; 2) que la pasividad sea claramente desaconsejable; y 3) que la actuación por sustitución sea objetivamente beneficiosa para el incapaz. ALVAREZ LATA ofrece las siguientes: 1) tomar en cuenta las circunstancias del acto; 2) tener en cuenta la relevancia del derecho que se ejercita; y 3) tomar en consideración el criterio del mayor interés del incapaz. (Cfr. “¿Está facultado el tutor para instar la acción de separación matrimonial de su pupilo?”, *cit.*, p. 669).

51 En definitiva será preciso que, bajo los presupuestos y circunstancias del caso, la imposibilidad de sustituir la voluntad del incapaz pueda ser equiparada en la práctica a la adopción de una decisión (al modo en que, en el Derecho penal, ocurre con la comisión por omisión).

52 Aunque conceptualmente es posible separar los requisitos para que la sustitución sea posible de los criterios con arreglo a los cuales la decisión de sustitución ha de ser tomada, en el conjunto de actos de naturaleza personalísima, esta frontera se desdibuja y la consecución del beneficio del incapaz —que es propiamente un criterio para la actuación— se presenta al mismo tiempo como un requisito para la admisión de la propia sustitución. Ello es así porque la intervención en la esfera jurídica personalísima del incapaz se justifica sólo en función de su finalidad.

53 No parece acertado que, por admitirse la sustitución, se niegue o ponga en duda la naturaleza personalísima de un acto. Por ejemplo, respecto del ejercicio de la acción de separación matrimonial, el Tribunal Constitucional finalmente admitió la sustitución; pero a partir de ese hecho no es posible afirmar que el ejercicio de la acción de separación no posea carácter personalísimo (y que en consecuencia el representante pueda ejercerla sin traba alguna). El acto seguirá siendo personalísimo, pero la consecuencia de la imposibilidad de sustitución se verá enervada cuando exista un grave motivo para actuar en lugar del incapaz, siempre basado en su efectiva protección, como de hecho sucedía en el caso.

5.2. Una propuesta de fundamentación jurídica para la solución del caso analizado

Aplicadas las consideraciones anteriores al caso bajo examen ha de analizarse si la participación del incapaz como donante de semen en la reproducción asistida resulta para él necesaria y si atende, en cuanto a sus efectos, a su beneficio.

En el caso examinado desde un punto de vista puramente objetivo, el carácter sanitario de la extracción de semen plantea serias dudas, por diversas razones. En primer lugar, porque la intervención de extracción de semen no resulta en sí misma necesaria para conservar la vida, mejorar la salud, evitar un daño para la vida o la salud de la persona, ni tampoco indispensable —o al menos conveniente— para mejorar sus condiciones de vida. En segundo lugar, porque la esterilidad en cuanto hecho físico sólo puede ser considerada como una disfunción necesitada de intervención médica cuando a ella se unan necesariamente los deseos de procrear. El solo dato biológico no es un problema si no va necesariamente unido al ánimo de tener descendencia. Esta situación hace que cuando la esterilidad se predique de una persona imposibilitada de expresar tales deseos, resulte más que discutible la naturaleza “patológica” de la esterilidad y el consecuente carácter “terapéutico” de la reproducción asistida. Vinculado con esto ha de destacarse que en el marco de la relación de pareja (sea ésta conyugal o no), la infertilidad es un concepto relativo; es decir, que se reputa de la pareja en cuanto tal y no de cada una de las personas que la componen de forma aislada, aunque el tratamiento, según los casos, se aplique sólo a uno de ellos. En el caso examinado la extracción de semen como parte del tratamiento se realizaría precisamente en quien no puede expresar sus deseos, por lo que la procreación sería, no una decisión y actuación conjunta de la pareja como tal, sino únicamente la cristalización de las aspiraciones de uno de sus miembros, en concreto de la mujer que formula la petición.

Desde un punto de vista meramente subjetivo cabría pensar que la participación del incapaz en la reproducción asistida tiene al menos una ventaja para él: el nacimiento de un hijo. Ahora bien, es evidente que el incapaz en estado de coma no podrá disfrutar de los beneficios y satisfacciones espirituales propios de la paternidad, dado su estado de permanente y, en principio, irreversible inconsciencia. Para él, la paternidad se presenta en el caso que nos ocupa sólo y únicamente como una fuente de obligaciones.

Siguiendo con el análisis del caso desde el punto de vista subjetivo, conviene destacar asimismo la imposibilidad de establecer cualquier suposición razonable sobre cuál era la voluntad del marido en coma antes del accidente en lo relativo a su eventual participación en la reproducción asistida, pues no se tiene ninguna constancia fehaciente al respecto⁵⁴. De la aceptación de la procreación como uno de los fines naturales (o, cuando menos, socialmente aceptados) del matrimonio no es tampoco posible inferir la existencia de una voluntad tácita en la persona que ha devenido en situación de incapacidad para la utilización de su material genético y la procreación a través de las TRA. Ello es así porque el acceso a estas nuevas tecnologías implica una serie de facetas de la vida íntimamente ligadas a los aspectos más personales, como la aceptación o repudio de la actuación de la biotecnología en la procreación humana, la posición personal

⁵⁴ Es más, incluso en el caso de existir algún indicio sobre cuál hubiera sido su voluntad, no puede pasarse por alto que los deseos manifestados con anterioridad a la situación de incapacidad que no toman en cuenta de modo expreso la eventual incapacidad futura, no pueden considerarse una verdadera manifestación de voluntad (sería necesario que los deseos manifestados hubieran hecho referencia expresa a la decisión en la situación de incapacidad); entender lo contrario equivale a presumir una voluntad que no tomó en cuenta todos los datos los elementos de juicio que están presentes en la situación a la que se pretende aplicarla.

sobre el valor de la vida humana en sus primeras fases de desarrollo, las convicciones éticas, las creencias religiosas, etc.⁵⁵. Se trata, en suma, de toda una serie de cuestiones que, en el umbral de la decisión relativa al uso o no de tales técnicas, cada individuo ha de plantearse y darse respuesta en un plano íntimo, desde la autorreflexión, y por sí mismo. Difícilmente la conjunción de los hechos del matrimonio y de la infertilidad pueden servir de base suficiente para dar por saldadas todas estas cuestiones.

En el caso bajo examen la participación del incapaz en las técnicas de reproducción asistida no resulta necesaria y no atiende a su efectiva protección. Tampoco podría encontrar sustento en una voluntad anterior que conste fehacientemente. Por el contrario, esta decisión adoptada por sustitución introduciría en su esfera jurídica graves obligaciones. En atención a todas estas particularidades, el principio general de la inoperatividad de la representación legal en los actos personalísimos no deberá verse excepcionado, por no concurrir ninguna circunstancia que justifique su quiebra. En consecuencia, el representante no podrá, ni aún con autorización judicial, adoptar esta decisión en lugar del incapaz.

6. CONCLUSIÓN

A partir del análisis anteriormente expuesto, la valoración de la resolución judicial bajo comentario ha de ser necesariamente positiva. El juez BORT RUIZ da al caso una solución salomónica. Por lo que se refiere a la solicitante, le permite satisfacer sus aspiraciones de ser madre, sin que resulte necesario consentimiento alguno por parte de su marido incapaz. Por lo que se refiere al incapaz, lo protege de las cargas que representaría para él la sustitución de su consentimiento (tanto si éste se presta para la participación de su cónyuge en las TRA como si se presta para que el incapaz actúe únicamente como donante de gametos).

Al haberse planteado la petición de forma condicionada —es decir, entendiendo la solicitante que su acceso a la reproducción asistida con el empleo de los gametos de un donante anónimo no era posible dado su estado civil de mujer casada—, el juez huye de toda posibilidad de sustitución del consentimiento del marido incapaz, tanto en sentido positivo como en sentido negativo; pero ofrece una vía jurídica para la satisfacción del interés de la solicitante que salva la imposibilidad que la petición entiende como inexorable, mediante el recurso a la analogía, apreciando identidad de razón entre la situación personal del marido y la separación de hecho. La procedencia de este razonamiento analógico aparece reforzada, según el juez, por el hecho de que en uno y otro caso resulta imposible cualquier confusión acerca de la paternidad del hijo (dado que, por su estado, el marido no puede mantener relaciones sexuales con su esposa).

55 Lo reconoce así la exposición de motivos de la LTRA. En ella se afirma que los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos en el ámbito de la reproducción humana “se acompañan de una inquietud e incertidumbre sociales ostensibles en relación con las posibilidades y consecuencias de estas técnicas”. No extraña, por ello, que se trate de una materia en la cual se expresan “desde una perspectiva ética, el pluralismo social y la divergencia en las opiniones”; pues “estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y la transmisión de la vida humana”. Ciertamente, la exposición de motivos de la ley huye de la aceptación de una ética única (ya sea ésta de connotaciones confesionales, ideológicas o partidistas) y opta por una “ética de carácter cívico o civil”. No ha de perderse de vista que ello se hace para justificar, en abstracto, la posibilidad de regular materias tan delicadas como las que son objetos de la norma. Ahora bien, la opción personal de emplear o no las técnicas concretas que la ley ofrece se presenta para el potencial usuario como una decisión cuyo carácter ético no puede ser ignorado, y de ahí las cautelas y formalidades que, con respecto al consentimiento, establece la LTRA.

Ciertamente, la resolución no contiene ninguna referencia a otras sentencias que se han pronunciado sobre la posibilidad de sustitución de la voluntad del incapaz en los actos de naturaleza personalísima; en particular las ya citadas del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre el ejercicio de la acción de separación matrimonial por el tutor en representación del pupilo; o la sentencia de éste último sobre la constitucionalidad de la norma penal que permite la esterilización de los incapaces. Ello habría sido muy oportuno en el caso. Tampoco profundiza en la naturaleza personalísima del acto. Sin embargo, esto último no puede ser criticado, pues constituye una labor más propia de la doctrina que de los jueces.

Como es sabido, la LTRA, en su exposición de motivos, indica de modo expreso que “no pretende esta ley abarcar todas y cada una de las múltiples implicaciones a que pueda dar lugar la utilización de estas técnicas [...] y se ciñe por ello a la realidad y a lo que ésta refleja y señala como urgente, orientando las grandes líneas de interpretación legal, para dejar a las reglamentaciones que lo desarrollen o al criterio de los jueces la valoración de problemas o aspectos más sutiles”. En este caso, el juez BORT RUIZ ha resuelto satisfactoriamente una de aquellas sutiles implicaciones, especialmente problemáticas, no reguladas expresamente por la ley.

7. APÉNDICE

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA TRECE - VALENCIA

Expediente de Jurisdicción Voluntaria nº 230/01

AUTO

En la Ciudad de Valencia a trece de Mayo de dos mil tres.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado la solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria formulada en fecha 12 de Diciembre de 2001 por la representación procesal de D^a M.J.B.L., en la que después de alegar que la misma cuenta en ese momento con 32 años de edad y no ha sido nunca madre, que el 9 de Marzo de 1991 contrajo matrimonio con D. P.S.M., y que éste, a raíz de un accidente sufrido el siguiente 28 de Octubre de ese mismo año, se encuentra desde entonces en estado de coma vigil irreversible, habiendo sido a causa de ello declarado totalmente incapaz en virtud de sentencia judicial, en la que se procedió además a designar tutora del incapaz a su esposa, la ahora promovente, se interesaba autorización judicial para la obtención de espermatozoides de su referido esposo y con ellos proceder a la inseminación artificial de la solicitante.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la solicitud y concedida audiencia a los padres del incapaz, a la hija de éste –fruto de un anterior matrimonio del mismo–, E.S.M., menor de edad y actuando por ello a través de su madre, y al Ministerio Fiscal, se acordó ante la oposición manifestada por los mismos, y después de diversas vicisitudes procesales, el señalamiento de vista a los fines previstos en los arts. 1813 a 1816 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.- En el acto de la vista la parte promovente se ratificó en sus pretensiones, si bien puntualizando que el único interés perseguido en el presente expediente es el solo hecho de poder ser madre a través de la reproducción asistida, de modo tal que, al no ser ello factible por medio de semen procedente de donante anónimo, en razón de precisarse legalmente para dicho sistema el consentimiento del esposo, se inte-

resaba entonces que la inseminación se le realice con semen de este último, pero sin que el fruto de ello sea ni pueda ser tenido por hijo de su esposo incapaz ni, consecuentemente, que pueda ostentar tampoco ninguna clase de derechos hereditarios respecto del mismo. Por su parte, la representación procesal de la hija del incapaz y el Ministerio Fiscal ratificaron también su oposición a la petición objeto del expediente, si bien aquélla alegó además con carácter previo una cuestión prejudicial. Y con ello quedó el procedimiento concluso para resolver, al no haber solicitado ninguna de las partes en dicho acto la realización de ulteriores actuaciones o diligencias probatorias.

II.-FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Frente a la petición formulada en el presente expediente por la promovente, de autorización judicial para la extracción de espermatozoides a su esposo incapacitado y en estado de coma vigil y para, con ellos, poderse la misma someter a técnicas de reproducción asistida, en el acto de la vista la representación procesal de la menor E.S.M., hija de aquél, ha alegado con carácter previo una cuestión prejudicial civil, que además de resultar muy difícilmente inteligible, es de todo punto inconsistente, ya que por mucho que en alguna ocasión en el lenguaje de la jurisprudencia se haya podido calificar a la incapacitación judicial como una muerte civil, es evidente empero que ello no va más allá de su mero carácter retórico, de modo tal que en ningún caso la incapacidad puede entenderse comprendida en el ámbito del art. 85 del Código Civil como causa de disolución “ex lege” del matrimonio, amén de que, en última instancia, no concurriría en el presente caso la exigencia esencial impuesta en el art. 43 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil para que pueda decretarse la suspensión del presente expediente por razón de prejudicialidad civil, de que la cuestión prejudicial constituya el objeto de otro proceso ya pendiente.

SEGUNDO.- Entrando ya en el fondo del asunto, aunque todas las partes están contestes al respecto en que no es jurídicamente factible que la voluntad de un varón incapacitado y en estado de coma pueda ser suplida, mediante autorización judicial, en orden a prestar su consentimiento para tener descendencia con su esposa a través del sometimiento de ésta –ya sea con utilización de semen extraído de aquél o ya recurriéndose al procedente de donante anónimo– a técnicas de reproducción asistida, de cualquier forma, no está de más hacer hincapié aquí en que la suplencia judicial de la voluntad de un incapaz en aquellos supuestos que, por su naturaleza o entidad, excedan del ámbito competencial propio de los tutores no puede en ningún caso extenderse a la realización de un acto de carácter tan personalísimo como es la decisión de tener un hijo, ya que la misma es de todo punto discrecional y subjetiva, de un orden absolutamente ajeno a lo que constituye la finalidad esencial que preside y justifica el ejercicio de todas las instituciones tutelares, que no es otra que la búsqueda del beneficio del propio incapaz, y que conlleva además la creación a cargo de éste de una situación jurídica, la de la paternidad, que no sólo no implica per se y en cuanto tal ningún provecho ni mejora para el que la asume, sino que, antes al contrario, genera unas cargas y responsabilidades de tal magnitud y transcendencia que, desde luego, sólo en virtud del personal consentimiento o actuación del afectado, y nunca por otra vía sustitutoria, puede admitirse la constitución de la paternidad.

TERCERO.- No obstante, como ya se ha relatado en los antecedentes de hecho, en el acto de la vista la parte promovente ha venido a modificar o, si se quiere, puntualizar el contenido y alcance de la petición objeto del presente expediente, en el sentido de manifestar que el único interés perseguido por ella aquí es el de poder ser madre a través de la reproducción asistida, de modo tal que, al no ser ello factible por medio de semen procedente de donante anónimo, en razón de precisarse legalmente para dicho sistema el consentimiento del esposo, ha interesado entonces que la inseminación se le realice con semen de este último, pero sin que el fruto de ello sea ni pueda ser tenido

por hijo de su esposo incapaz ni, consecuentemente, que pueda ostentar tampoco ninguna clase de derechos hereditarios respecto del mismo.

Sin embargo, no es posible acceder tampoco a esta pretensión ya que la Ley 35/1988, de 22 de Noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, únicamente contempla y permite los dos siguientes sistemas cerrados de uso por parte de una mujer de las técnicas en ella reguladas, sin que quepa en absoluto ningún tercer género híbrido como el postulado por la actora:

- A) Uno, en que la reproducción asistida se practica o bien a una mujer casada que no se encuentre separada legalmente, de hecho ni por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, debiendo concurrir forzosamente entonces el consentimiento del marido, o bien a una mujer no casada cuando un concreto y conocido varón, tampoco unido por vínculo matrimonial, haya contribuido a la correspondiente donación del semen y consentido la realización de esa específica fecundación, y en el cual el así nacido tiene en todo caso la condición jurídica de hijo del esposo de la madre o del referido varón donante, según así resulta de la combinación de lo establecido en los siguientes preceptos de la ley: a) art. 6-3, que impone la necesidad del consentimiento del esposo para la utilización de las técnicas por parte de mujer casada, salvo que los cónyuges estuviesen separados por sentencia firme, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente; b) arts. 6-4 y 8-2, que para los ya referidos casos de fecundaciones consentidas por el esposo o, tratándose de mujer no casada, por un determinado varón tampoco unido por vínculo matrimonial que haya contribuido a la correspondiente donación del semen, vienen a establecer, por un lado, que “queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad” y, por otro, que el documento extendido ante el centro o establecimiento autorizado que refleje el consentimiento de los mismos tiene la condición jurídica de escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49-2-1º de la Ley de Registro Civil para la inscripción de la filiación; c) art. 7-1, que declara que “la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, salvo las especialidades contenidas en este capítulo”; d) art. 8-1, que establece que “ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación”.
- B) El otro, en que las técnicas de reproducción se aplican a mujer no casada o separada legalmente, de hecho o por mutuo acuerdo fehacientemente consignado y sin existencia tampoco de ningún concreto y conocido varón que, a efectos de adquirir la correspondiente paternidad, haya hecho donación del semen para esa específica fecundación, y en el cual ésta se ha de realizar forzosamente con material procedente de donante anónimo –“la donación de gametos ... es un contrato ... secreto” y “será anónima” (art. 5, números 1 y 5); “la elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de Reproducción Asistida” (art. 6-5)–, y sin que, como señala el art. 8-3, la revelación de la identidad del respectivo donante anónimo pueda implicar en ningún caso determinación legal de la filiación.

Por lo demás, tampoco por vía de la aplicación analógica del art. 9-1 de la ley es factible conceder lo solicitado en el presente expediente, ya que este precepto no contempla ni autoriza propiamente ningún supuesto de inseminación con semen procedente de un esposo fallecido, sino que se limita simplemente a prever el efecto de exclusión de cualquier posibilidad de paternidad para la eventualidad excepcional de que, iniciado en una mujer casada el proceso de aplicación de las técnicas de reproducción asistida y realizada ya por parte del esposo tanto la prestación del preceptivo consenti-

miento como la aportación del correspondiente material reproductor, el marido fallezca antes de que éste llegue a ser introducido en el útero de la mujer, pero, sin embargo, por ignorancia u ocultamiento malicioso de la muerte se lleve a cabo la inseminación.

CUARTO.- Ahora bien, teniendo en cuenta que, según ya se ha referido anteriormente, el único interés perseguido por la promovente es el de poder ser madre a través de la reproducción asistida, y que su esposo se encuentra desde hace más de once años en estado de coma vigil irreversible, no se aprecia sin embargo la concurrencia en el presente caso de obstáculo legal alguno para que la misma pueda libre y lícitamente ser usuaria de técnicas de reproducción asistida con semen procedente de donante anónimo, ya que es lo cierto que aquí, evidentemente, se da la situación de separación de hecho del matrimonio contemplada en el ya citado art. 6-3 de la ley. En este sentido, desde la perspectiva del fin de la norma, el estado de coma del marido cuadra perfectamente con la situación de separación de hecho aludida en el art. 6-3, ya que este precepto no pretende otra cosa que evitar la determinación legal de paternidades matrimoniales subrepticamente constituidas a través del uso, a espaldas del marido, de las técnicas de reproducción asistida, de ahí que la necesidad del consentimiento marital resulte eliminada para los casos en que, por no haber convivencia conyugal, no pueda generarse duda alguna sobre la eventual paternidad del esposo, y correlativamente, que esa misma falta de necesidad del consentimiento es aplicable al supuesto de autos, en el que, evidentemente, el hijo que pueda tener la promovente no podrá nunca serlo también de su esposo, al encontrarse el mismo en estado de coma vigil irreversible desde hace más de once años. Por lo demás, y a pesar de la presunción de paternidad matrimonial que con carácter general rige en el ordenamiento civil español, no se aprecia empero la concurrencia en el supuesto planteado de ninguna especial dificultad para que, en caso de llegar a tener un hijo la promovente, el mismo no resulte inscrito en el Registro Civil como hijo también de su marido, ya que bastará para ello, al tiempo de comunicar el nacimiento ante dicho Registro, con aportar además un testimonio de la presente resolución o cualquier documentación médica fehaciente de la que resulte la situación en que se encuentra el esposo de la madre. Y finalmente, en la hipótesis de que, por descuido o por malicia, el así nacido fuese inscrito como hijo también del esposo, al amparo entonces de lo dispuesto en el art. 136-3 del Código Civil, una vez fallecido este último y dentro del año siguiente a ello, sus herederos podrían siempre impugnar judicialmente dicha paternidad.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto, ACUERDO: A) Declarar que a los solos y exclusivos efectos previstos en el art. 6-3 de la Ley 35/1988, de 22 de Noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, D^a M.J.B.L., parte promovente del presente expediente, se encuentra incurso en situación de separación de hecho respecto de su esposo D. P.S.M., pudiendo en su consecuencia la misma someterse a técnicas de reproducción asistida sin necesitar para ello del consentimiento de su referido esposo. B) No haber lugar a lo restante postulado en la solicitud instauradora del procedimiento.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, con la advertencia de que, contra la misma, cabe interponer RECURSO DE APELACION, que deberá prepararse ante este mismo Juzgado en el plazo de CINCO días.

Así lo acuerda, manda y firma, el Ilmo Sr. D. JOSE MIGUEL BORT RUIZ, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia num. Trece de Valencia.