

Límites a la utilización de las técnicas
de reproducción asistida.
Reflexión a propósito del auto del Juzgado
de Primera Instancia número 13 de Valencia
de 13 de mayo de 2003

MARINA PÉREZ MONGE
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. *Pretensión inicial de la promotora: Solicitud de autorización judicial para la obtención de espermatozoides de su esposo y con ellos proceder a la inseminación artificial de la solicitante.*—II. *Finalidad de la promotora manifestada en el acto de la vista: ser madre:* A) Naturaleza del consentimiento del marido. B) ¿Se puede solicitar la utilización del semen del marido sin que el nacido sea, jurídicamente hijo del marido ni pueda ostentar tampoco ninguna clase de derechos hereditarios?—III. *Inscripción en el registro civil del nacido vigente la presunción de paternidad:* A. Hijo no matrimonial de la madre.—B. Hijo matrimonial dejando actuar la presunción de paternidad. ¿Quién puede impugnar?: 1. Los herederos del marido. 2. En vida del marido, él mismo no puede impugnar porque está incapacitado.—3. ¿Podría impugnar el representante legal del marido?: a) Jurisprudencia y doctrina tradicional: Doctrina de los actos personalísimos. b) STC 311/2000, de 18 de diciembre.c) Opinión personal.—IV. *Inscripción en el Registro Civil del nacido no vigente la presunción de paternidad.*—V. *Conclusión.*

Este comentario tiene por objeto el estudio del Auto del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valencia de 13 de mayo de 2003. Reviste importancia respecto de la utilización de las técnicas de reproducción asistida. En él se resuelve acerca de si una mujer puede solicitar autorización judicial para la obtención de

espermatozoides de su esposo en coma desde hace once años para la posterior inseminación artificial. La mujer, a su vez es la representante legal de su marido, incapacitado judicialmente. Ante la negativa de la familia del varón (padres e hija de su primer matrimonio, representada por su madre) a esta petición, la promotora matiza que lo único que pretende es tener un hijo biológico de su marido, renunciando a los derechos hereditarios que el nacido pudiera tener en la herencia del marido. Se plantean las siguientes cuestiones: ¿Puede un varón ser padre jurídicamente sin su consentimiento? ¿Qué relevancia tendría la exclusión de efectos respecto del marido? En el hipotético supuesto de que en la realidad se produjese tal nacimiento e inscripción del nacido como hijo matrimonial del marido ¿se podría impugnar en vida del marido tal paternidad? A estas cuestiones se trata de dar respuesta en el presente trabajo.

El supuesto de hecho de este Auto se contiene en el antecedente de hecho primero: D. P. S. M. contrae segundo matrimonio con doña M. J. B. L. el 9 de marzo de 1991. A los siete meses de la celebración del matrimonio, el marido sufre un accidente y queda en coma vigil irreversible. Por ello, se solicita la incapacidad judicial, y es declarado –según consta en el referido antecedente– «totalmente incapaz en virtud de sentencia judicial, en la que se procedió además a designar tutora del incapaz a su esposa».

Pasados diez años, el 12 de diciembre de 2001, la esposa solicita autorización judicial para la obtención de espermatozoides de su marido y con ellos proceder a la inseminación artificial de la solicitante.

Se da audiencia al Ministerio Fiscal y a los siguientes parientes del incapaz: sus padres y su hija –fruto del primer matrimonio–, representada por su madre. Todos se oponen a la pretensión.

Posteriormente, doña M. J. B. L. se ratifica en su solicitud de autorización judicial para ser inseminada con gametos de su marido, matizando en el antecedente de hecho tercero 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 interesaba 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».

El Juez autoriza inseminación artificial con semen de donante (en adelante, IAD), entendiéndose que existe separación de hecho a estos solos efectos, y la filiación únicamente se determinará respecto de la madre.

Las cuestiones jurídicas que se plantean son las siguientes:

a) De forma directa, en un supuesto en que el marido no prestó su consentimiento, se pretende que el Juez sustituya dicha voluntad, a lo que se opone la familia del marido (hija del primer matrimonio y los padres).¹

b) De modo colateral, en el Auto se alude a la posibilidad de que una vez producido el nacimiento, la mujer inscribiese al nacido como hijo matrimonial «por descuido o por malicia», en cuyo caso los herederos podrán impugnar la paternidad. Creo que debe plantearse la posibilidad de que el representante legal del incapacitado, o en su caso, el defensor judicial², pueda impugnar la paternidad en vida del incapacitado. En caso contrario, mientras viva el incapacitado, constará que el nacido es hijo jurídicamente del marido, con los consiguientes deberes que derivan de la filiación; y la doctrina de los actos personalísimos, pensada para proteger al incapacitado, surtirá efectos contrarios (desproteger la persona y bienes del mismo). La cuestión es problemática y se verá más adelante.

En otro supuesto, una mujer que ha tenido su hijo, –tras la transferencia del embrión de los cónyuges una vez fallecido el marido–, pretende la determinación de la filiación respecto del marido fallecido. En este caso –incumpliendo los requisitos previstos en el artículo 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante LTRA), ella y el equipo médico, en su caso, y quizás por la omisión de información–, ha pasado el plazo previsto por el artículo 116 CC., que regula la presunción de paternidad y no se ha prestado el consentimiento en la forma exigida para la fecundación *post mortem*. Lo deniega el Encargado del Registro y también la DGRN en la Resolución de 24 de septiembre de 2002, que ordena: «En consecuencia, sólo puede inscribirse la filiación no matrimonial de la madre.»

¹ Un caso parecido se suscitó en 1999 ante el Juzgado de El Ferrol: los cónyuges habían prestado consentimiento para congelar el semen para que el marido pudiera ser padre cuando se curase, y posteriormente falleció por otra causa, sin prestar su consentimiento para la fecundación *post mortem*, y la viuda pretende que el Juez supla dicha voluntad. En este caso estaban de acuerdo todos los parientes llamados en su momento: padres y hermana. En el Auto del Juzgado de Primera Instancia de El Ferrol se autoriza la realización de la fecundación *post mortem*, pero apeló el Ministerio Fiscal y la Audiencia de La Coruña denegó tal autorización, como se indica más adelante.

² El representante legal del marido y del nacido, sería la madre, y un representante no puede defender los intereses de dos personas, que pueden resultar contradictorios.

I. PRETENSIÓN INICIAL DE LA PROMOTORA: SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA OBTENCIÓN DE ESPERMATOZOIDES DE SU ESPOSO Y CON ELLOS PROCEDER A LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL DE LA SOLICITANTE

La promotora, inicialmente solicita autorización judicial para la obtención de espermatozoides de su esposo, con la finalidad de proceder posteriormente a la inseminación artificial de la solicitante (en adelante, IAC). Parece que lo que pretendía era tener un hijo de su marido, con todos los efectos que derivan de la filiación (apellidos, derechos hereditarios, etc.).

Conviene recordar que la incapacitación se promueve en interés del incapaz, y se le nombra un representante para protegerlo. Con la misma finalidad, el Código Civil, exige, en ocasiones la autorización judicial para la realización de determinados actos relevantes (artículo 271 CC). Ahora bien, en este supuesto, se pretende que dicha autorización supla la voluntad del incapaz. Como se argumenta en el Fundamento de Derecho Segundo del Auto objeto de comentario, «la suplencia de la voluntad del 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 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 trascendencia 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.»

Así, parece que el juez no puede suplir el consentimiento del incapaz para tener descendencia. Como muy bien se justifica en el Fundamento de Derecho segundo, «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 precedente de donante anónimo– a técnicas de reproducción asistida.»

II. FINALIDAD DE LA PROMOTORA MANIFESTADA EN EL ACTO DE LA VISTA: SER MADRE

Tras la oposición de los parientes del marido en el acto de la vista, la promotora se ratifica en sus pretensiones, pero matiza que el único interés es ser madre a través de la reproducción asistida, indicando que hace esta solicitud, al no ser ello factible por medio de donante anónimo (en cuanto la mujer casada necesita el consentimiento del marido). Ha de advertirse que el nacimiento de un hijo cambiaría la distribución de los bienes en la sucesión del incapacitado.

El artículo 6.3 LTRA establece: *Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.*

De ello, se deducen los siguientes temas objeto de reflexión: A) Naturaleza del consentimiento del marido y, B) ¿Se puede solicitar la utilización del semen del marido sin que el nacido sea, jurídicamente hijo del marido ni pueda ostentar tampoco ninguna clase de derechos hereditarios?

A) NATURALEZA DEL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO

Es preciso distinguir si la autorización que la LTRA exige para que la mujer casada se someta a estas técnicas de reproducción asistida con semen de donante, es una «licencia marital»³, que impide que la mujer casada se someta a estas técnicas, o simplemente es un consentimiento que presta el marido de modo que impedirá que éste posteriormente pretenda impugnar su paternidad respecto del nacido.⁴ De la dicción del referido artículo 6.3 LTRA parece que entiende que una mujer casada no puede someterse a estas técnicas heterólogas sin el consenti-

³ GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 96.

⁴ Cfr. más extensamente PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2002, pp. 135 ss.

miento del marido. En este sentido, considero que el consentimiento tiene un doble carácter:

- «a) por una parte, supone autorización del marido para que se realicen las técnicas, ya que de ellas nacerá, en su caso, un niño, cuya paternidad, en principio, la ley atribuye al propio marido por la presunción de paternidad.
- b) por otro lado, el consentimiento del marido produce efectos no en la determinación de la paternidad, sino en la prohibición de impugnación de dicha paternidad.»⁵

A mi juicio, se trata de un consentimiento dirigido a proteger la relación de paternidad respecto de quien nazca de mujer casada tras la correspondiente inseminación artificial o fecundación *in vitro* con semen de donante. Se trata, por una parte de que quien va a ser considerado el padre por el Derecho haya prestado su consentimiento, para que después no pueda impugnar una filiación que biológicamente no le corresponde, y en caso de desavenencias de la pareja pudiera ser utilizada para impugnar esta filiación, en perjuicio del nacido, como ya lo advirtió Delgado Echeverría⁶.

Sin embargo, es una realidad que existe separación de hecho. Por esta razón, de la dicción del artículo 6.3 LTRA, e independientemente de que el consentimiento del varón se considere licencia marital o no, la esposa puede someterse a técnicas de reproducción asistida con semen de donante, sin consentimiento del marido, acreditando la separación de hecho. De este modo, se satisfaría el interés único de la esposa: ser madre. En consecuencia, la filiación podría quedar determinada sólo respecto de la madre.

⁵ PÉREZ MONGE, *op. cit.*, p. 137. En este sentido el artículo 116 establece: *Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.*

⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28 de septiembre a 2 de octubre de 1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, p. 224, afirma: «Aun en este segundo caso, no parece adecuado que la documentación del consentimiento quede sólo a disposición de los cónyuges o en un centro sanitario, pues de ese consentimiento dependerá, en definitiva, el estado civil de la personas. Podría pensarse en algo similar al Libro especial de 'matrimonios secretos' en el Registro Central. Si no hubiera ninguna constancia oficial del consentimiento, cabría siempre que marido y mujer privaran al nacido de su condición de hijo matrimonial y prácticamente, de toda posibilidad de filiación paterna, absteniéndose simplemente de alegar el consentimiento 'secreto' en un juicio de impugnación de paternidad entablado por cualquiera de ellos. Actitud que no parece impensable –dentro de la rareza de estos casos– si, ante el deseo del marido de desentenderse del hijo nacido de su mujer, sigue ruptura del matrimonio y la madre prefiere, a la vista del divorcio, retener al hijo como exclusivamente suyo».

De este modo, nada impide que se someta a estas técnicas heterólogas si lo único que se pretende es ser madre. En este caso, ciertamente no habrá relación de filiación entre el nacido y su esposo, sino que será un hijo no matrimonial de mujer casada. De hecho, en los centros en que se realizan las técnicas de reproducción asistida, en numerosas ocasiones parece que no se pregunta acerca del estado civil ni de la vida familiar de la que formará parte el nacido. En la práctica, en las estadísticas de Cataluña⁷, en más de la mitad de los ciclos, no consta si la mujer tiene pareja o no⁸. Por ello, es posible que una mujer casada solicite IAD (como si fuese mujer sola) ocultando su estado civil al Centro médico, y posteriormente nazca un niño, que por la presunción de paternidad se calificará como matrimonial, en el caso de que el marido ignore todo el procedimiento o, de no se impugne tal paternidad⁹. Por ello, si —como dice la promotora— el «interés único» es el solo hecho de poder ser madre, no se entiende la razón de comenzar este procedimiento, pues podría resolverse acudiendo a un centro como mujer sola que solicita inseminación con semen de donante. No obstante, esta conducta podría tener efectos respecto de una posible separación judicial, divorcio, etc.

Respecto de esta petición, en el fundamento de derecho tercero se distingue la regulación referida a la mujer casada de la separada, y en el fundamento de derecho cuarto se afirma con claridad: «Ahora bien, teniendo en cuenta que, según ya se ha referido anteriormente, el único interés perseguido por la promotora 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 artículo 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

⁷ Los datos se refieren a Cataluña únicamente porque no existe documento similar a nivel nacional, tras realizar la correspondiente consulta al Ministerio de Sanidad.

⁸ Generalitat de Catalunya, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Dirección General de Recursos Sanitarios, Servicio de Información y Estudios, «Informe Técnico del Registro de Reproducción Humana Asistida». Así sucede en los Informes de los años 1993, 1994 y 1995.

⁹ Ciertamente, si el marido conoce los hechos, es decir, la realización de IAD por su mujer sin su consentimiento, podrá dejar actuar sin más la presunción de paternidad, o bien impugnar una filiación en la que no aportó el elemento biológico ni el volitivo.

situación de separación de hecho aludida en el artículo 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 promotora no podrá nunca serlo también de su esposo, al encontrarse el mismo en estado de coma vigil irreversible desde hace más de once años».

Aun siendo lo más deseable que los hijos de una mujer casada lo sean de su marido, podría suceder que una mujer casada se sometiese a IAD sin consentimiento del marido. En principio, jurídicamente el hijo sería del marido por aplicación del artículo 116. Sin embargo, el marido podría impugnar la paternidad, pues no aportó elemento biológico ni volitivo, y, de este modo sólo habrá determinación de la filiación por la línea materna, con los consiguientes «perjuicios», en su caso, para el así nacido. Ahora bien, esta conducta en determinados supuestos puede ser causa de separación por incumplimiento de los deberes conyugales.

B) ¿SE PUEDE SOLICITAR LA UTILIZACIÓN DEL SEMEN DEL MARIDO SIN QUE EL NACIDO SEA, JURÍDICAMENTE, HIJO DEL MARIDO NI PUEDA OSTENTAR TAMPOCO NINGUNA CLASE DE DERECHOS HEREDITARIOS?

Ciertamente una mujer puede pretender tener un hijo biológicamente de su marido sin que se atribuya la paternidad del nacido a su marido. De hecho, así se plantea en el supuesto objeto de comentario, y ya anteriormente, en 1999, una mujer viuda solicitó que el Juez autorizase la fecundación *post mortem* con semen de su marido premuerto (pues no prestó consentimiento con los requisitos legalmente exigidos) y no se llevó a efecto¹⁰. Por otra parte, la RDGRN de 24 de septiembre de 2002 responde a una fecundación *post mortem* realizada incumpliendo los requisitos legales (formalidades y plazo) en la que se pretende inscribir al nacido

¹⁰ Vide nota 1.

como hijo matrimonial del marido; y no lo admite el Encargado del Registro Civil ni la DGRN.

A la vista del Auto, se plantea si puede tener eficacia que la mujer solicite ante un Juzgado la exclusión de efectos de la filiación respecto del marido, en la hipótesis de que el Juez, en su caso, lo admitiese. Teniendo en cuenta la vigente regulación, son relevantes los siguientes argumentos:

a) Respecto de la filiación, Rivero Hernández afirma: «su régimen jurídico está trascendido por el interés público, de donde; a') la autonomía de la voluntad no tiene otro juego que el legalmente prescrito; b') sobre la filiación no cabe transacción ni arbitraje; c') de ella debe haber constancia oficial en un instrumento idóneo (el Registro civil), y d') el Ministerio Fiscal tiene una especial intervención en su determinación, con régimen también muy particular de las acciones y procesos de filiación»¹¹.

b) En principio, el artículo 6.2 CC establece: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.» La petición de que el nacido no sea considerado jurídicamente hijo del marido le perjudicaría y además iría contra el interés público.

c) El artículo 29 CC afirma: «El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables.» *A contrario* no puede admitirse que la persona llamada a proteger a su representado renunciase derechos en perjuicio del mismo¹². Una eventual renuncia a la filiación sería, en principio, perjudicial para el hijo.

d) A ello se añade que la determinación de la filiación no es renunciable. La filiación es una cualidad irrenunciable, indisponible, imprescriptible.

En consecuencia, no es posible dar eficacia a la voluntad excluyente de la mujer, en virtud de los argumentos expuestos: Así pues, no es un ámbito disponible a la autonomía de la voluntad de la mujer, sino que son razones de orden público, de interés del menor, etc., las que ordenan esta materia¹³.

¹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, 2.º (3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989), p. 35.

¹² En este supuesto, la mujer pretende renunciar a tales derechos, aun cuando todavía no se ha producido la concepción.

¹³ Curiosamente, en el supuesto –ya citado– resuelto en el Juzgado de Primera Instancia de Ferrol, en el que una mujer solicitaba autorización judicial –que sustituyese la falta de consentimiento del varón en testamento o escritura pública– para someterse a fecundación *post mortem* con semen del marido fallecido, inicialmente se autorizó considerando que dicho requisito no es necesario para someterse a las técnicas, sino para que el nacido sea hijo jurídicamente del marido fallecido. No obstante, el Ministerio Fiscal apeló, y no se autorizó dicha fecundación *post mortem*, pues la Audiencia de A Coruña consideró

En el supuesto objeto de comentario, resulta paradójico que la esposa advierte que no es posible la utilización de semen de donante si está casada y, sin embargo, no considera que para que se pueda utilizar semen del marido según lo previsto en los artículos 6 y 8 LTRA, es preciso su consentimiento en todo caso:

a) En general, si el marido está vivo, debe consentir su utilización, consentimiento coherente con el hecho de que por la presunción legal de paternidad del artículo 116 del Código Civil el nacido será hijo del marido.

b) Del mismo modo, es preciso el consentimiento del marido para la utilización de estas técnicas tras su muerte mediante consentimiento prestado en testamento o en escritura pública, y en los plazos señalados por la ley. Así, como ya he señalado, hace unos años se planteó un supuesto similar al presente, en el sentido de que la mujer solicitaba autorización judicial que sustituyese el consentimiento exigido por la ley para someterse a fecundación asistida con semen del varón, que no prestó el consentimiento en la forma requerida por la ley para que su viuda utilizase estas técnicas tras la muerte del varón. Del mismo modo, pretendía que sólo quería ser madre y que se le permitiese utilizar el semen del marido fallecido, sin que el nacido tuviese relación de paternidad con el varón. Inicialmente se autorizó por Auto de 22 de noviembre de 1999 del Juzgado de Primera Instancia de Ferrol, la inseminación artificial *post mortem*, porque se consideró que los requisitos exigidos por la LTRA no son necesarios para la realización de la técnica, sino para la determinación de la filiación¹⁴. Posteriormente, el Ministerio Fiscal apeló ante la Audiencia Provincial de A Coruña. En el fundamento de derecho quinto del Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 3 de noviembre de 2000 se afirma que los requisitos exigidos por el artículo 9 LTRA (consentimiento formal del varón y plazo de realización) son necesarios

que se exigen los requisitos para la realización de la técnica y, entonces, el nacido será hijo del marido, en este caso fallecido.

¹⁴ En el razonamiento jurídico cuarto del Auto de 22 de noviembre de 1999 se afirma: «este Juzgador no tiene duda de la conveniencia de permitir a doña [...] ser inseminada con el semen de su fallecido esposo, por ser una petición razonable e intensamente querida por la solicitante, aceptada implícitamente por el fallecido y deseada por todo el entorno familiar, además de jurídicamente correcta». En este sentido, BERCOVITZ, «Reproducción asistida *post mortem*», *Aranzadi civil*, 2001, pp. 2166-2167, considera: «En definitiva, lo que quiero poner de relieve es que una cosa es permitir la utilización del semen del premuerto, en lo que me inclinaría por una regulación sumamente permisiva, limitada básicamente por la voluntad expresa en contra del fallecido, y otra cosa —que no tiene por qué ir unida a la anterior, ni, por ende, limitar su alcance— es permitir que esa inseminación *post mortem* produzca efectos sucesorios e implique la atribución del nombre del causante en cualquier circunstancia».

para que «tal material orgánico pueda ser utilizado, y es entonces y sólo entonces, además, cuando la filiación queda determinada como consecuencia del mismo»¹⁵. En este mismo sentido se ha manifestado la igualmente citada RDGRN de 24 de septiembre de 2002¹⁶. En este supuesto, no se puede aplicar el plazo previsto en el artículo 9 LTRA porque falta dicho consentimiento formal del marido. Por tanto, se aplican las reglas generales por remisión del artículo 7 LTRA. De este modo, no se incluye en los plazos previstos por el artículo 116 CC para aplicar la presunción de paternidad. Por ello la DGRN entiende: «En consecuencia, sólo puede inscribirse la filiación no matrimonial de la madre». A mi juicio, es necesario reconsiderar la regulación de la fecundación *post mortem*, así como los efectos derivados del incumplimiento de los requisitos para la realización de tal técnica: incumplen la madre o los médicos, y sin embargo la «sanción» más grave se atribuye al nacido, en cuanto que se le priva de la determinación de la filiación paterna, aun cuando se conoce que biológicamente procede de él. Este planteamiento no parece muy acorde con la aproximación de la verdad biológica a la verdad legal.

A mi juicio, en principio, parece poco adecuado que se produzcan los mismos efectos cumpliendo o no la ley, pero la solución contraria –no reconocer derechos al nacido– supondría sancionar al hijo por una conducta de los padres, solución vivamente criticada respecto de los limitados derechos reconocidos a los hijos ilegítimos en la regulación anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981¹⁷. Previsiblemente, esta materia será objeto de revisión legal¹⁸.

Posiblemente en alguno de estos supuestos, si el varón hubiese conocido los requisitos para la realización de la fecundación *post*

¹⁵ Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 3 de noviembre de 2000, fundamento de derecho quinto.

¹⁶ Recordemos el supuesto: se pretende inscribir el nacimiento de una niña, concebida mediante fecundación *post mortem*, pero sin consentimiento expreso –exigido por el art. 9 LTRA– del marido de la madre.

¹⁷ Vid. SSTS de 30 de enero de 1993, 23 de marzo de 2001, 3 de diciembre de 2002). Con mayor extensión, PÉREZ MONGE, *op. cit.*, pp. 290 ss. y p. 374, afirma: «Si no se cumplen los requisitos legales, no se permitirá su realización (como sucedió en el supuesto resuelto por Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 3 de noviembre de 2000). Ahora bien, si se produce el nacimiento, podrá reclamarse la filiación respecto del que fue el marido. De este modo, se obtendrán los mismos efectos que si se hubiesen cumplido tales requisitos.

¹⁸ Actualmente se prevé una modificación de la LTRA, cuya finalidad no es modificar esta materia, sino dar cobertura legal a la investigación con células madre embrionarias con fines terapéuticos y restringir el número de embriones que han de ser implantados para controlar, de este modo, el número de embriones sobrantes de la fecundación *in vitro*. En Consejo de Ministros de 25 de julio de 2003 se autorizó el inicio de la tramitación del anteproyecto de Ley que modifica la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. A fecha de corrección de pruebas, se ha aprobado la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, aludida en la nota 18 como Anteproyecto de Ley.

mortem los habría completado¹⁹, o habría manifestado, en su caso, su voluntad en contra. Por ello, me parece que sería conveniente que el consentimiento para someterse a las técnicas de reproducción asistida se prestase ante Notario, de tal modo que este informe no sólo de los requisitos para la realización de las técnicas en vida, sino que también le preguntase al varón si autoriza la fecundación *post mortem*. De este modo quedaría claramente manifestada la voluntad del varón. Además advierto que no es lo mismo congelar material genético para ser padres en vida que autorizar a la viuda para que nazca un hijo tras la muerte del varón. El Auto del Juzgado de Primera Instancia de Ferrol, objeto de análisis, no se refiere a que el marido pretendiese tener un hijo «superpóstumo» tras su fallecimiento, sino más bien al contrario, es decir cuando se recuperase. Hay que advertir que el tiempo transcurrido desde el fallecimiento del varón (29 de noviembre de 1998) hasta la resolución judicial (3 de noviembre de 2000) es, aproximadamente, de dos años. De ahí la conveniencia de evitar conflictos judiciales, mediante la intervención del Notario, según he indicado, para informar y recoger con claridad la voluntad del varón²⁰.

En el supuesto objeto de comentario, el Juez del Juzgado de Primera Instancia Número 13 de Valencia, en el fundamento de

¹⁹ BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO: «Reproducción asistida *post mortem*», *Aranzadi civil*, 2001, p. 2166 se cuestiona acerca de la voluntad del varón en el caso de que no lo haya manifestado de manera expresa: «Pero no deja de ser duro, y quizá en algún grado excesivo, el resultado al que se llega en el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña. Produce desazón que esa viuda no pueda tener un hijo de su marido fallecido porque –lo más seguro– ni él ni ella pensaron que ese fallecimiento pudiera producirse tan pronto, y, por ello, el marido no prestó su consentimiento en la forma debida. Surge la pregunta sobre qué es lo más probable, a falta de declaración expresa, cuando un varón ha depositado semen de acuerdo con su pareja para proceder a la práctica de una técnica de reproducción asistida: ¿lo más probable es que se produzca esa inseminación artificial en su mujer aun después de muerto o lo más probable es lo contrario? Me inclino por lo primero, aun admitiendo las dificultades que ello plantea, sobre todo si la inseminación artificial no se produce en un breve plazo de tiempo después del fallecimiento del depositante de semen». Respecto del plazo para su realización, BERCOVITZ, *op. et loc. cit.*, se pregunta «¿es más sensato desde el punto de vista humano obligar a que esa reproducción *post mortem* tenga lugar inmediatamente, cuando subsiste el dolor o la alteración derivada del fallecimiento de la pareja querida, o, por el contrario, no limitar temporalmente el momento de la decisión, o permitir que la misma se prolongue temporalmente mucho más, con el fin de propiciar que una opción tan importante sea debidamente meditada? Es verdad que la sucesión hereditaria no puede quedar ilimitadamente abierta en el tiempo. Pero no hay nada que impida atribuir el apellido a un hijo póstumo, aunque nazca mucho tiempo después del fallecimiento de aquel. Por otra parte, ya en el caso de la adopción nos encontramos con hermanos que dejan de ser hermanos.» Ya en BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO: «La filiación inducida y las clasificaciones legales», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28 de septiembre al 2 de octubre de 1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, en p. 128 indicaba el plazo de treinta años.

²⁰ PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2002, pp. 265-266.

derecho tercero del Auto de 13 de mayo de 2003, constata la existencia de dos sistemas cerrados de uso por parte de la mujer de las técnicas de reproducción asistida en los siguientes términos:

«A) Uno, en que la reproducción asistida se practica [...] a una mujer casada que no se encuentra separada legalmente, de hecho ni por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, debiendo concurrir forzosamente entonces el consentimiento del marido, [...], y en el cual el así nacido tiene en todo caso la condición jurídica de hijo del esposo de la madre., según resulta de lo establecido en los artículos 6.3, 6.4, 8.2 y 7.1 de la Ley²¹.

B) El otro, en que las técnicas de reproducción se practican a mujer no casada o separada legalmente, de hecho o por mutuo acuerdo fehacientemente consignado 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 esta se ha de realizar forzosamente con material procedente de donante anónimo [...] y sin que, como señala el artículo 8.3, la revelación de la identidad del respectivo donante anónimo pueda implicar en ningún caso determinación legal de la filiación».

En este supuesto, el Juez autorizó a la mujer a someterse a las técnicas de reproducción asistida, utilizando semen de donante, de modo que únicamente se determinaría la filiación materna no matrimonial del nacido.

En la práctica, si por las vías que fuese llegase a nacer, y se demostrase la relación biológica, parece que por el principio de aproximación de la verdad biológica a la legal, se atribuiría la paternidad al marido. Sin embargo, una interpretación estricta del límite temporal establecido por el artículo 116 del Código Civil, podría impedir tal atribución. Así ha sucedido en la RDGRN de 24 de septiembre de 2002. A mi juicio, como ya indiqué en mi obra *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, si no se cumplen los requisitos legales, no me parece adecuado sancionar con la privación de la paternidad al nacido por una conducta –la realización de tal fecundación *post mortem* sin cumplir los requisitos exigidos por el art. 9 LTRA– de la madre o de los médicos²².

²¹ Adviértase la falta de precisión jurídica (respecto de la distinción entre divorcio y separación) del referido artículo 6.3 LTRA, que establece: «Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente».

²² PÉREZ MONGE, *op. cit.*, pp. 374 y 375.

III. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DEL NACIDO VIGENTE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

En el supuesto de que, como se indica en el Auto, la mujer se someta a inseminación artificial con semen de donante, y sucediese el nacimiento en vida del marido, o al menos antes de los trescientos días siguientes a su fallecimiento podría producirse la inscripción del nacido como hijo matrimonial del marido.

Respecto de la inscripción de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, el artículo 7 LTRA establece:

«1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.

2. En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación.»

El Auto admite que la mujer se someta a estas técnicas con semen de donante, sin consentimiento del marido, y sin atribución de la paternidad al mismo.

La especialidad a que se refiere el artículo 7 es la regulación contenida en el artículo 6.3 LTRA. Según el Auto, se considera a la mujer como separada de hecho «a estos efectos» y deberá inscribir al nacido, en su caso, como hijo no matrimonial suyo, como se indica en el apartado A)²³. En lo no previsto, se aplicarán las reglas del Código Civil, como se indica en el apartado B).

A) HIJO NO MATRIMONIAL DE LA MADRE

Con carácter general, afirma Rivero Hernández: «La madre podrá inscribir al nacido como hijo no matrimonial, aportando la prueba de la no paternidad [...] ya como demostración de la falta de cohabitación sexual, ya como justificación de la no causalidad de la relación íntima»²⁴.

En este supuesto, según el Auto, si la mujer se somete a estas técnicas con semen de donante, podrá dejar sin efecto la presunción de paternidad matrimonial establecida por el artículo 116 del

²³ Puede tener cierta relevancia en el sentido de que dicha técnica no suponga incumplimiento de deberes conyugales, y por tanto no constituiría causa de separación matrimonial, en su caso.

²⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil II*, v. 2.º, libro I (títulos V a XII), coordinados por RAMS ALBESA, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 1158.

Código Civil²⁵, aportando el Auto judicial en el que se indica que está incurso en causa de separación de hecho. En su caso, podría aportar la documentación médica relativa a la situación de su esposo. Así podría inscribirse la filiación únicamente respecto de la madre. Es dudoso, desde el punto de vista registral, si será posible la inscripción o será necesaria la acción judicial de impugnación de paternidad matrimonial.

B) HIJO MATRIMONIAL DEJANDO ACTUAR LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD. ¿QUIÉN PUEDE IMPUGNAR?

Podría suceder, como se indica en el fundamento de derecho cuarto que «por malicia o descuido el nacido fuera inscrito como hijo también del esposo». La maternidad se determinaría por el parte de nacimiento y la paternidad, por aplicación de la presunción de paternidad. Se plantea la cuestión relativa a la legitimación para impugnar la paternidad.

La regla general de legitimación, contenida antes en los artículos 129 y 130 del Código Civil, y actualmente en el artículo 765 LEC (representante legal, Ministerio Fiscal)²⁶ quedaría desplazada por la particular (marido), contenida en el artículo 136 CC²⁷.

Así pues, se podría impugnar la paternidad solicitando la prueba biológica, que determinaría, en su caso, que el incapacita-

²⁵ Teóricamente, en este caso no sería aplicable la presunción de paternidad contenida en el artículo 116 del Código Civil, debido a que los cónyuges están separados de hecho.

²⁶ Artículo 129: «Las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal».

Art. 130: «A la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas».

Estos artículos han sido derogados. Actualmente esta materia se regula en el artículo 765 LEC, que establece: 1. Las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en la legislación civil, correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente.

2. *En todos los procesos a que se refiere este capítulo, a la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas.*

²⁷ Artículo 136: «El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento.

Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero».

RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º (3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989), p. 158, afirma: «La norma del

do no es el progenitor del nacido, en el supuesto de que la mujer se hubiese sometido a inseminación artificial con semen de donante.

Desde otro punto de vista, el marido podría impugnar la paternidad con fundamento en el artículo 8 LTRA interpretado *a contrario*. El artículo 8.1 LTRA dispone: «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». Por ello podría impugnar la filiación con fundamento en la falta de consentimiento del marido para tal fecundación.

En definitiva, se podría probar en su caso que el varón no aportó ni el elemento genético ni tampoco su consentimiento, criterios básicos para la determinación de la paternidad en nuestro ordenamiento.

Por otra parte, teniendo en cuenta que no está vigente la presunción de paternidad, el marido separado de hecho a quien se atribuye la paternidad podrá ejercitar la acción correspondiente en el correspondiente juicio, por aplicación de los artículos 92 y 94 LRC para rectificar el asiento del Registro Civil²⁸.

artículo 129 es, como dije, general; por tanto puede verse desplazada por las particulares, como la del artículo 137.2».

En el supuesto objeto de comentario, este artículo 129 se vería desplazado por el artículo 136, referido a la impugnación de la presunta paternidad del marido por él mismo. El artículo 137 se refiere a la legitimación del hijo para impugnar su propia filiación.

²⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil* II, v. 2.º, libro I (títulos V a XII), coordinados por Rams Albesa, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 1158 afirma: «En el origen de todo nacimiento se halla un encuentro sexual generador de ese nuevo ser. Por ello, la presunción *pater is est* ha de referirse a dos presunciones distintas: por una parte, una presunción de cohabitación (*Beiwohnung*), y, por otra, una presunción de generación (*Erzeugung*). Se presume así que el marido ha cohabitado con la mujer durante el período de la concepción del hijo. El conjunto de estas dos presunciones justifica la formulación de la (global) presunción de paternidad del marido de la madre.» En este sentido se plantea DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, t. III, v. 1.º, de los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Albaladejo, artículos 108 a 141, Madrid, 1984, pp. 228 y ss. en la edición de 1984, y pp. 215 y ss. en la edición de 2000: «¿Qué puede hacer el marido separado de hecho a quien la inscripción de nacimiento le imputa la paternidad, a pesar de que, según el artículo 116, no es el padre presunto? Parece que tendrá que ejercitar la consiguiente acción en juicio declarativo, conforme al artículo 92 de la Ley, salvo una hipótesis en que la rectificación quizá sea posible por medio de expediente. Si de acuerdo con el artículo 94 es posible la rectificación de errores (en nuestro caso estaríamos ante una mención errónea de la filiación) que procedan de documento público ulteriormente rectificado parece que con mayor razón debe admitirse cuando mediante documento público, aunque no haya habido necesidad de rectificarlo, se pruebe el error padecido al practicar la inscripción [...] Supuesto que esta tesis no prospere, el marido no necesitará ejercitar la acción impugnatoria que le concede el artículo 136 del Código Civil. Porque, en rigor, no tendrá que atacar la presunción legal acerca de su propia paternidad, sino sólo poner en claro la inexistencia de aquella presunción.

El artículo 92 establece: «Las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme recaída en juicio ordinario.

Se indican a continuación las personas legitimadas para impugnar la paternidad, una vez fallecido el marido, por aplicación directa del artículo 136 CC. A continuación planteo la situación en la que podría encontrarse el incapacitado, que, como es sabido, no puede ejercitar la acción por sí mismo, y tampoco impugnar el representante legal (o en su caso, el defensor judicial²⁹), debido a que se trata de un acto personalísimo. Es necesario considerar que la doctrina de los actos personalísimos, pensada para proteger al incapacitado de intromisiones indebidas en determinados ámbitos, llevada a sus últimas consecuencias, puede resultar perjudicial para el incapacitado, como se expone a continuación.

1. Los herederos del marido

Según el Auto del Juzgado número 13 de Valencia, en el fundamento de derecho cuarto, se afirma que si «por descuido o por malicia, el así nacido fuese inscrito como hijo también del esposo, al amparo entonces de lo dispuesto en el artículo 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». Advierto que únicamente se contempla la legitimación una vez que se ha producido el fallecimiento.

2. En vida del marido, él mismo no puede impugnar porque está incapacitado

Como es sabido, el marido está en coma vigil. Por ello, fue incapacitado judicialmente. En consecuencia, no podrá ejercitar por sí mismo las acciones que le puedan corresponder.

La demanda se dirigirá contra el Ministerio Fiscal y aquellos a quienes se refiere el asiento que no fueren demandantes».

En este juicio no tiene lugar la restricción de pruebas que establece el artículo 2.

El artículo 94 LRC establece: «También pueden rectificarse por expediente gubernativo, con dictamen favorable del Ministerio Fiscal:

1.º Aquellos errores cuya evidencia resulte de la confrontación con los documentos en cuya virtud se ha practicado la inscripción.

2.º Los que proceden de documento público o eclesiástico ulteriormente rectificado».

²⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad», *ADC*, 1992, p. 1472, respecto del defensor judicial del menor –al que califica como «pieza de ajuste del sistema»– afirma que «se trata de una institución de cierre del sistema protector, prevista para procurar una protección efectiva del menor, en los casos en los que los mecanismos legales dispuestos con carácter general para la obtención de dicha finalidad no la garantizan suficientemente frente a eventuales desviaciones interesadas en el ejercicio de sus facultades, por parte de quienes deben prestarla (conflicto de intereses), o simplemente se encuentren paralizados por cualquier causa (no ejerciendo las funciones de que se trate) –pero esto último sólo en relación con la tutela o la curatela.

3. ¿Podría impugnar el representante legal del marido?

En el supuesto de que se produjese el nacimiento, la madre sería representante legal de su marido incapacitado –nombrada en el correspondiente procedimiento de incapacitación, como se recoge en el propio Auto objeto de comentario– y del hijo. Parece que un representante no puede defender dos intereses de dos personas que podrían ser contradictorios. Se podría resolver nombrando un defensor judicial³⁰ del padre incapacitado, con fundamento en el artículo 299 CC³¹.

A continuación me refiero, en primer lugar, a la postura tradicional tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, que considera que el representante legal no puede ejercitar actos personalísimos, entre los que se incluiría la impugnación de la paternidad [apartado a)]. Desde otro punto de vista, la STC de 18 de diciembre de 2000 admitió la legitimación de la tutora de una incapacitada para instar un acto personalísimo –la separación judicial–, con fundamento en los artículos 14 (principio de igualdad) y 24 (tutela judicial efectiva) de nuestra Constitución [apartado b)]. Aun cuando se trata de una sentencia aislada –referida únicamente a la legitimación del representante legal para ejercitar el acto en principio, personalísimo, relativo a la acción de separación de su representado– entiendo, como expongo en el apartado c), que serían aplicables los mismos argumentos al supuesto contemplado por el Auto de 13 de mayo de 2003.

a) JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA TRADICIONAL: DOCTRINA DE LOS ACTOS PERSONALÍSIMOS

Para un supuesto similar, respecto del poder personal del menor, De Castro afirmaba: «En la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal está normalmente excluida la sustitución de titular; en ellas, el representante no puede actuar o su

³⁰ Cfr. MAYOR DEL HOYO, «Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (Comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)», *ADC*, 1998 pp. 917 ss., afirma: «Si en un principio, en concreto antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, la mayoría de los autores entendía que la oposición de intereses se circunscribía únicamente al ámbito patrimonial, basándose en argumentos de carácter sistemático, gramatical e histórico, en la actualidad, tras la citada reforma, no cabe duda de que los intereses en conflicto pueden ser personales y así lo ha entendido la doctrina unánimemente».

³¹ Artículo 299: «Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al

actuación es sólo complementaria, y en los supuestos especiales, en que especialmente se permite, carece de carácter definitivo»³².

En principio, están legitimados para impugnar la paternidad (atribuida por presunción al marido de la madre) el marido –art. 136 CC.–, el hijo, y en su interés podrá ejercitar la acción la madre que ostente la patria potestad, y el Ministerio Fiscal –art. 137 CC.–. Respecto de los legitimados activamente para impugnar la filiación, afirma García Cantero: «El primer interesado en que no se le atribuya un hijo que no es suyo, en virtud de la presunción *pater is est* es, sin duda, el marido, y, en determinados casos, sus herederos»³³.

Respecto de la protección del hijo, García Cantero considera: «Cabría dudar del interés del hijo, a quien se priva de una filiación matrimonial para pasar acaso a la condición legal de hijo de padre desconocido o, en todo caso, a la de hijo no matrimonial, sin embargo prima aquí el *bonum filii* que postula la veracidad de la filiación»³⁴.

Entiende Rivero Hernández, al examinar el supuesto de la madre: «En nuestro Código (como en el BGB, § 1597, que habla genéricamente de representante legal), la madre no tiene legitimación *propio nomine*, sino sólo en su calidad de representante legal del hijo («a la madre que ostente la patria potestad»), durante tiempo limitado; y únicamente a ella en tal calidad –no a otros representantes legales– junto con el Ministerio Fiscal–»³⁵. Se ha de observar que se refiere al representante legal del hijo. Se limita la legitimación, pues se trata de proteger al hijo de posibles acciones de impugnación.

A mi juicio, este argumento no es aplicable al supuesto objeto de estudio, en el que se trata de que el representante legal del pre-

otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

2. En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

3. En todos los demás casos previstos en este Código».

³² DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, tomo II, reimpresión de la ed. de 1952, Civitas, Madrid, 1984, p. 179.

Cfr. también esta doctrina respecto de los actos personalísimos, recogida por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en Martínez de Aguirre y Aldaz, De Pablo Contreras, Pérez Álvarez y Parra Lucán, en *Curso de Derecho Civil*, Madrid, 2001, p. 408.

³³ GARCÍA CANTERO, en Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez, Madrid, Reus, S. A., 1995), p. 154.

³⁴ GARCÍA CANTERO, *op. et loc. cit.*

³⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil II*, v. 2.º, libro I (títulos V a XII), coordinados por Rams Albesa, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 1363.

sunto padre –no del hijo– ejercite la acción de impugnación, para evitar una indebida atribución por presunción, de la paternidad que no corresponde, pues no aportó elemento biológico ni volitivo. Así, el representante legal cumple la función de proteger al sometido a tutela.

Como es sabido, la tutela del incapacitado incluye la protección personal del mismo, la administración de su patrimonio y su representación legal. Así, Cuenca Casas, respecto del deber de velar por el tutelado que establece el artículo 269 del Código Civil, afirma: «Para el cumplimiento de la finalidad de la tutela, que es la guarda y protección de la persona y bienes, o sólo de la persona o de los bienes de los menores e incapacitados (art. 215 CC), la Ley atribuye al tutor su condición de representante legal del tutelado»³⁶.

El artículo 267 del Código Civil establece: «El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación».

Respecto de los padres, el artículo 162.2 del Código Civil establece: «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

1. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.
2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158».

Comparando estos dos preceptos, se observa que se excluyen expresamente de la representación de los padres determinados actos por su carácter personalísimo; y sin embargo no se indica del mismo modo respecto del tutor. De Castro, ya en 1954 planteaba este tema bajo el epígrafe de «Límites de la facultad representativa del tutor». De Castro afirmaba: «Con-

³⁶ CUENCA CASAS, en *Comentarios al Código Civil II*, v. 2.º, libro I (títulos V a XII), coordinados por Rams Albesa, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 1953.

forme al criterio general de nuestra legislación, 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 y acciones respecto al propio estado civil, en cambio el tutor deberá ejercitar las facultades y acciones necesarias para defender la persona, derechos de la personalidad y sus consecuencias patrimoniales, pedir la declaración de su estado y, también, para ejercitar en beneficio del tutelado acciones contradiciendo el estado civil de terceras personas»³⁷.

En principio, se puede observar la posición doctrinal clásica, según la cual el tutor no puede representar a su pupilo en los actos de carácter estrictamente personal y en la esfera familiar de carácter personal³⁸. La jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene unánimemente este criterio, Así, por ejemplo, en Sentencia de 27 de febrero de 1999 afirma: «la generalidad de la doctrina excluye [d]el ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar; especialmente, se considera inadmisibles la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio en que, por su estimación, surge un estado civil nuevo de los cónyuges o ex-cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto de aquel por el que se venían rigiendo; por ello, el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la Ley reconoce legitimación para ello».

Tras esta sentencia, algunos autores admitieron la legitimación del tutor para ejercitar determinados actos, con fundamento —entre otros argumentos— en la propia función de la tutela, pensada para proteger los intereses de los sometidos a la misma, en el hecho de que el legislador haya permitido la actuación del tutor en importantes ámbitos que limitan la libertad del tutelado (internamiento en determinados supuestos), etc.³⁹.

³⁷ DE CASTRO Y BRAVO: *op. cit.*, p. 315.

³⁸ Puede consultarse dicha posición en DE SALAS MURILLO Y MAYOR DEL HOYO: «La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación matrimonial en representación del pupilo (Comentada en STC 311/2000, de 18 de diciembre)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2001, junio 2001, p. 17.

³⁹ Cfr. más extensamente DE SALAS MURILLO Y MAYOR DEL HOYO, *op. cit.*, pp. 22-23.

b) STC 311/2000, DE 18 DE DICIEMBRE

La madre, como representante legal de la incapacitada, recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, solicitando la separación judicial de su hija. La STC 311/2000, de 18 de diciembre, reconoce la legitimación del tutor para ejercitar la acción de separación matrimonial en representación del pupilo, acogiendo los argumentos esgrimidos por la doctrina.

En el fallo se declara que se han vulnerado los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva, y a la igualdad en los siguientes términos:

a) Lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE): el Tribunal considera que «la separación matrimonial y la acción judicial, que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando esta les resulta perjudicial en las situaciones previstas por el legislador como supuestos legales de las distintas causas de separación. Ese perjuicio, por ejemplo, puede referirse, bien directamente a la persona del cónyuge, que puede encontrarse incluso en una situación de peligro físico en su convivencia con el otro cónyuge (piénsese, *v. gr.*, en el supuesto de la causa 4 del art. 82 CC), o que puede afectar de modo inaceptable a su dignidad (*v. gr.* el supuesto de la causa 1 del propio artículo del CC), o bien a su situación patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de los deberes conyugales (*v. gr.* causas 1 y 2 del precepto de reiterada cita)». Continúa: «la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de esta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el artículo 2 LEC, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a este se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que esta se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado»

b) Vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE). En el fundamento jurídico quinto se añade: «En efecto, el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las Sentencias recurridas, aparte de que no cumple

las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del artículo 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del artículo 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del artículo 14 CE».

En el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia se afirma: «Pues bien, en el presente caso, en que la tutora y madre de la incapacitada ha acudido al ejercicio de la acción de separación matrimonial, autorizada judicialmente al efecto, y después de que se le negase en cambio autorización para el ejercicio de acción reivindicatoria, resulta claro que era únicamente la vía de la separación la que resultaba viable para la defensa de los intereses patrimoniales de la incapacitada».

Esta sentencia del Tribunal Constitucional marca un punto de inflexión respecto a las facultades del representante legal, de modo que se admite que el representante pueda ejercitar una de las acciones que únicamente podía ejercitar la propia persona, y no el representante, por tratarse de un acto personalísimo. Por ello se replantea el concepto de acto personalísimo⁴⁰.

c) OPINIÓN PERSONAL

Si se inscribe al nacido como hijo matrimonial, desde un punto de vista estricto, el artículo 136 únicamente reconoce legitimación al marido, no al representante legal de éste. De este modo, si se inscribe al nacido como hijo matrimonial, el marido no puede impugnar porque está incapacitado, el representante legal tampoco porque se trata de un acto personalísimo. A ello se añade un probable conflicto de intereses, ya que una misma persona (la promotora, en este caso) sería representante del marido incapacitado y del hijo menor de edad, que se resolvería nombrando un defensor judicial. Me parece que la exclusión de determinados actos de la esfera de actuación del representante legal para proteger al incapaz —persona legitimada para realizarlos—, llevada a sus últimas consecuencias, produce el efecto contrario al pretendido. Si el incapacitado

⁴⁰ Cfr. DE SALAS MURILLO y MAYOR DEL HOYO, *op. cit.*, p. 25

no puede impugnar y tampoco el representante legal (en su caso, el defensor judicial), la consecuencia es que mientras viva el incapacitado (una vez fallecido, podrán impugnar sus herederos si reúnen los requisitos previstos por el art. 136.2 CC), el marido será padre legal del nacido.

Considero que con fundamento en el artículo 24 de la Constitución, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, podría admitirse la legitimación del representante legal (en este caso, defensor judicial)⁴¹, de modo similar a la legitimación reconocida por la STC de 18 de diciembre de 2000 a la madre de una incapaz para instar la separación legal de su hija, pues quedaría en situación de indefensión, en caso contrario. De este modo se evitaría que mientras viviese el incapacitado tuviese los derechos y deberes derivados de la relación de filiación y se protegería mejor la persona y bienes del mismo. Ha de tenerse en cuenta, además, que si no se impugna la paternidad podría cambiar la distribución de los bienes en la futura sucesión del incapacitado.

Respecto del supuesto objeto de comentario, han de tenerse en cuenta los siguientes principios inspiradores:

1) Verdad biológica.—El marido no consintió la inseminación artificial con semen de donante de su esposa. Por tanto, para determinar la filiación del nacido no se aplican las reglas especiales de la LTRA, sino la regulación general del Código Civil. Afirma Rivero Hernández: «En la actualidad no cabe duda que el *favor veritatis* se sobrepone a la ficción, especialmente en el proceso y siempre que se entable la acción de acuerdo con los requisitos previstos en el Código»⁴². Por tanto, considero que en la línea de ampliación de la legitimación seguida por nuestro TS debe prevalecer en materia de filiación la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial. Así resulta de las SSTS de 30 de enero de 1993, 23 de marzo de 2001 y 3 de diciembre de 2002. En el fundamento de derecho segundo de esta última Sentencia se afirma. «Procede traer a colación la doctrina de la STS 30 de enero de 1993, posteriormente seguida por la STS 23 de marzo de 2001, según la cual “[...] la conclusión a que por rigurosa observancia de esta norma del artículo 136 del Código, aisladamente considerado,

⁴¹ En este supuesto podría existir conflicto de intereses entre el representante legal (madre del nacido) que inscribe la filiación como matrimonial y su representado (que no es padre biológico ni pudo prestar consentimiento a IAD). Por esta razón debería nombrarse un defensor judicial que impugnaría la determinación de la filiación matrimonial por la presunción establecida por el artículo 116 CC.

⁴² RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil II*, v. 2.º, libro I (títulos V a XII), coordinados por Rams Albesa, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 1162.

se llega, pidiendo la desestimación de la acción entablada por el marido, cuya paternidad está, sin asomo de duda, absolutamente descartada, ofrece serios visos de contradicción a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, en su patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, como proclama la misma Ley de Reforma y deja constancia el artículo 127 del Código, al admitir toda clase de prueba en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas [...] una vez patente que la reforma de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica, y desvanecida la presunción del artículo 116 del Código, no sólo por su acomodo al sentido que en la normativa del Código, informa la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo y, de otra, por el de ser verdadero progenitor, sino en consideración, a estos fines mucho más trascendentes, de su ajuste a la normativa constitucional en la que, luego que el artículo 39 CE asegura la protección integral a los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor, ha consagrado la amplia investigación de paternidad sin someter tal facultad a limitaciones que, contra la realidad y voluntad del interesado expresada sin detenimiento ni vacilación, en cuanto tuvo oportunidad de ello, conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el artículo 24 de la propia CE [...]. La tan deseada pacificación en modo alguno puede ser conseguida desde un formalismo, sustentado sobre una situación fraudulenta y como tal –art. 6.4 CC– contrarias, desde su origen, a Derecho, cuyas normas se resisten a ser aplicadas produciendo un efecto de indefensión constitucionalmente vedado, y con olvido de la investigación de paternidad también constitucionalmente admitida sin limitaciones en sí ni en unas consecuencias, que imperativos de culto a la verdad y equidad y al espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas –art. 3.1 y 2 CC– impiden desconocer, desde aquel artículo 39.2 CE, ignorado si es que se concluyese en la prevalencia de la presunción *pater is est*, pese a que no se corresponde con la realidad”, cuya posición es de aplicación al supuesto que nos ocupa».

2) Tutela judicial efectiva. Nuestro TC, en Sentencia de 18 de diciembre de 2000, se pronuncia admitiendo la legitimación de la tutora (madre) de una incapacitada para interponer demanda de separación. La negativa de la misma supone vulneración del

derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Así resulta de los fundamentos de derecho cuarto y quinto de dicha Sentencia, como se ha indicado en el precedente apartado *b*).

A mi juicio, esta argumentación puede aplicarse al supuesto objeto de estudio en el caso de que la esposa inscribiese al nacido como hijo matrimonial, para admitir la legitimación del defensor judicial para impugnar en vida del incapacitado la paternidad indebidamente atribuida al marido por presunción. La negativa, supone como se indica en el fundamento jurídico cuarto el cierre de la legitimación en vida del incapacitado, con vulneración del artículo 24 CE.

Del mismo modo, respecto del supuesto objeto de estudio, debe ser admitida la legitimación del defensor judicial para evitar «una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales».

En el supuesto objeto de comentario, la intervención del defensor judicial (el representante legal del marido y del nacido sería la madre, y un representante no puede defender los intereses de dos personas, que pueden resultar contradictorios) impugnando la paternidad será la vía para proteger la persona y el patrimonio del incapacitado si la esposa inscribe al nacido como hijo matrimonial tras IAD sin consentimiento del marido:

a) La legitimación del defensor judicial para la impugnación de la paternidad evitará la constancia de la determinación de la paternidad durante todo el tiempo que el incapaz se mantenga en esta situación, con los consiguientes deberes derivados de la filiación, y, de este modo, se protegerá mejor al incapaz⁴³. El nacido será hijo no matrimonial de la madre.

b) Asimismo, admitiendo la legitimación del defensor judicial se podrá proteger de modo más eficaz el patrimonio del inca-

⁴³ DE SALAS MURILLO y MAYOR DEL HOYO, «La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación matrimonial en representación del pupilo (Comentada en STC 311/2000, de 18 de diciembre)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2001, junio 2001, p. 24, afirman que «nos interesa resaltar que los actos personalísimos no pueden quedar sujetos a una regla general porque, en atención a su fundamento, hay actos de diferente gradación y contenido. Aplicando una visión teleológica, puede decirse que no atendería a la equidad un tratamiento homogéneo de los mismos: es decir, entender que todos ellos sólo pueden ser ejercidos por el propio individuo, sin que quepa en ningún caso, y bajo ningún concepto, su ejercicio por tercero. Debemos tener presente que estos actos tienen como finalidad proteger a la persona. Se trata de impedir que se le cause un perjuicio a través de la actuación de terceros que puedan inferir en su esfera más personal. Pero puede resultar contradictorio que, precisamente por llevarse al extremo esa premisa, se le cause un perjuicio. De ahí que haya que introducir diferencias y matices que, en orden al beneficio de la persona, impliquen un tratamiento distinto o, si se quiere, una excepción».

pacitado, mientras permanezca en coma. Si se inscribe al nacido como hijo del incapaz deberá ser alimentado con cargo al patrimonio del considerado padre legal, mientras se mantenga esta situación, pues según este Auto, los herederos podrán impugnar la paternidad, evidentemente cuando el incapaz muera. Es preciso señalar que habrían podido pasar años en los que el varón –que llevaba 11 años en coma en el momento de solicitarse la autorización judicial, y falleció el 17 de junio de 2003– deba cumplir con tales deberes.

Aun cuando no conozco ninguna sentencia del TC que de manera específica se refiera a la legitimación de los representantes legales del padre incapacitado, a quien se ha atribuido indebidamente una paternidad por presunción, considero que los argumentos del TC son aplicables, quizá en mayor medida, a este supuesto. Previsiblemente, planteado un recurso de amparo en este supuesto ante nuestro TC, resolvería con el mismo fundamento jurídico. Ha de tenerse en cuenta que se trata de una demanda del defensor judicial, que deberá resolver el juez, atendiendo a los intereses necesitados de protección, como indican en relación a la posibilidad de que el representante legal actúe en actos que en principio se consideran personalísimos⁴⁴.

IV. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DEL NACIDO NO VIGENTE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

Si la técnica de reproducción asistida tuviese éxito una vez fallecido el marido, se produciría el nacimiento una vez transcurridos los trescientos días previstos por la presunción de paternidad en el artículo 116 CC. En este supuesto podría plantearse la siguiente paradoja:

El nacido es hijo biológico del marido, de modo que si se realizase la prueba biológica de paternidad así se determinaría, y sin embargo, podría suceder que el Encargado del Registro Civil y, en su caso, la DGRN denegasen la inscripción del nacido como hijo matrimonial porque no rige la presunción de paternidad ni consintió

⁴⁴ DE SALAS MURILLO y MAYOR DEL HOYO, *op. cit.*, p. 25, afirman: «Recuérdese, por último, que solicitar la separación no quiere decir que esta tenga lugar de modo automático. Interviene una tercera (o cuarta, en este caso, junto con los cónyuges y el tutor) persona, el juez, que de modo imparcial, apreciará si concurre causa suficiente, y cuál es la solución más acorde a la protección de la persona y del conjunto de los intereses en juego (incluidos, por qué no, los intereses y expectativas del otro cónyuge, y valoradas las posibles “torcidas” intenciones del tutor)».

el varón en documento público o testamento. En este sentido, se ha pronunciado la DGRN en Resolución de 24 de septiembre de 2002.

Según el vigente artículo 7.1 LTRA: «1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.

2. En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación».

Por ello, debido a que no concurren los requisitos relativos a la fecundación *post mortem*, deberían aplicarse las reglas generales del Código Civil. Ciertamente, no es posible aplicar la presunción de paternidad contenida en el artículo 116 CC, debido a que ha transcurrido el plazo de trescientos días. Sin embargo, no ha de olvidarse que la reforma de 1981 pretende acercar la verdad biológica a la legal, y en este caso el nacido procede biológicamente del marido. En esta línea se ha pronunciado recientemente nuestro Tribunal Supremo, de modo que ha primado la verdad biológica sobre una estricta interpretación de los correspondientes preceptos del Código Civil.

La solución no es sencilla, pues si se atribuye la paternidad al marido, con fundamento en el principio inspirador de la verdad biológica, se pueden producir consecuencias no queridas, como, por ejemplo el cambio en la distribución de los bienes de la sucesión del fallecido.

Si la filiación del nacido queda determinada únicamente respecto de la madre, matizo que ante una «posible negligencia» de los médicos que no verifican que el marido sigue vivo (pues presumen la buena fe de quienes se someten a estas técnicas) o una conducta omisiva de la mujer, la sanción grave recae sobre el hijo, en cuanto que no gozará de la determinación de filiación por ambas líneas. Considero que, si se cumplen los requisitos legales, tal generación debería producir los mismos efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. Por ello, no es determinante cuál sea el carácter de la filiación, sino que los efectos serán los que correspondan a dicha filiación matrimonial.

Si no se cumplen los requisitos legales, no se permitirá su realización (como sucedió en el supuesto resuelto por Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 3 de noviembre de 2000). Ahora bien, si se produce el nacimiento, sería deseable que prosperase la reclamación de la filiación respecto del que fue el marido – aun cuando no es segura su solución–. De este modo, se obtendrán los mismos efectos que si se hubiesen cumplido tales requisitos. A mi juicio, en principio, parece poco adecuado que se produzcan los

mismos efectos cumpliendo o no la ley, pero la solución contraria –no reconocer derechos al nacido– supondría sancionar al hijo por una conducta de los padres, solución vivamente criticada respecto de los limitados derechos reconocidos a los hijos ilegítimos en la regulación anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981⁴⁵.

V. CONCLUSIÓN

1. En un primer momento, la demandante solicita autorización judicial para ser inseminada con semen de su marido en coma. En este sentido, ha de advertirse que entre las facultades del Juez no se incluye la posibilidad de sustituir el consentimiento del varón incapaz para tener descendencia.

2. En un segundo momento, tras la vista oral en la que los parientes del marido citados por el Juez (sus padres, primera esposa e hija nacida de este matrimonio) se oponen a tal petición (inseminación artificial con semen del marido), la mujer matiza que lo único que pretende es ser madre. Argumenta que no puede someterse a inseminación artificial con semen de donante porque el artículo 6.3 LTRA requiere el consentimiento del marido cuando la mujer está casada. Se discute si ese consentimiento es una licencia marital o más bien se dirige a asumir la paternidad. A mi juicio tiene un doble carácter:

a) Por una parte, supone autorización del marido para que se realicen las técnicas, ya que de ellas nacerá, en su caso, un niño, cuya paternidad, en principio, la ley atribuye al propio marido por la presunción de paternidad.

b) Por otro lado, el consentimiento del marido produce efectos no en la determinación de la paternidad, sino en la prohibición de impugnación de dicha paternidad.

El Juez autoriza a la mujer para que se someta a IAD sin consentimiento del marido, pues cuando los cónyuges están separados de hecho, la LTRA no requiere el consentimiento del marido.

¿Puede solicitar la madre que el nacido tras la inseminación artificial de la mujer con semen de su marido, no sea hijo jurídicamente del marido, que no sea ni pueda ser tenido por hijo de su esposo ni tener derechos hereditarios? Nadie puede renunciar derechos en perjuicio de un tercero por prescripción legal (art. 6.2 CC: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los

⁴⁵ PÉREZ MONGE, *op. cit.*, pp. 374 y 375.

derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contra-ríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»). Además la filiación es irrenunciable.

3. Inscripción en el Registro Civil vigente la presunción de paternidad.—Si la mujer se somete a IAD, y esta prospera, caben dos posibilidades:

A) Inscripción aportando Auto judicial autorizando la IAD de mujer casada, pero separada de hecho, como indica el propio Juez. De este modo, el nacido constará en el Registro Civil como hijo no matrimonial de la madre. No obstante, es dudoso el modo de inscripción registral si debido al automatismo del mismo. Entiendo que este mismo resultado se habría obtenido acreditando la separación de hecho de los cónyuges, pues en este caso no rige la presunción de paternidad del artículo 116 CC ni es preciso el consentimiento del marido, según el artículo 6.3 LTRA.

B) Si, a pesar de todo, la mujer inscribe al nacido como hijo suyo, según el parte médico y, por aplicación del artículo 116 del Código Civil, como hijo matrimonial del marido, según el Auto objeto de comentario, serán los herederos del marido quienes podrán impugnar la paternidad. Ha de tenerse en cuenta que el nacimiento de este hijo cambiaría la distribución de bienes en la sucesión del incapaz.

Además, considero que ha de plantearse si en vida del incapaz podría impugnarse la paternidad indebidamente atribuida a este. En principio, el legitimado sería el marido (art. 136 CC). El marido no puede prestar consentimiento, y, por tanto, se plantea el siguiente interrogante: ¿podría impugnar la paternidad indebidamente atribuida por presunción el representante legal del incapaz? Como es sabido, el representante legal es su mujer. Por ello, parece que, de acuerdo con el artículo 299.1 CC existe conflicto de intereses y debería nombrarse un defensor judicial. De este modo, se mantiene la siguiente cuestión: ¿podría impugnar la paternidad el defensor judicial? En principio, se trata de un acto personalísimo interpretando el artículo 267 CC en relación al artículo 162 CC, de modo que sólo el incapaz podría ejercitar dichas acciones.

Considero que debe ser admitida la legitimación del defensor para impugnar, en vida del incapaz, la paternidad indebidamente atribuida⁴⁶. De este modo, se protege mejor la persona y el patrimonio del incapacitado.

⁴⁶ Así lo considero, ya que de este modo se protege mejor la persona y bienes del padre incapacitado, aun cuando el Ministerio Fiscal podría interponer la acción correspondiente según el artículo 137 CC, relativo a la legitimación del hijo, en el caso de que se

a) Desde un punto de vista personal, mediante el éxito de la acción de impugnación de paternidad, el nacido quedará inscrito como hijo no matrimonial de la madre y no se le atribuirá al marido una paternidad que no le corresponde.

b) Desde una perspectiva patrimonial, no deberá cumplir los deberes que derivan de la filiación con cargo a sus bienes, durante todo el tiempo que viva el incapaz.

4. Inscripción en el Registro Civil no vigente la presunción de paternidad.—Si se hubiese producido el nacimiento pasados trescientos días después del fallecimiento del varón, y sin cumplir los requisitos exigidos por el artículo 9 LTRA (consentimiento y plazo), en principio no se podría atribuir la paternidad por las reglas establecidas por la LTRA para la fecundación *post mortem*, ni tampoco aplicar dicha presunción de paternidad del marido, por lo que posiblemente únicamente se podría determinar la filiación por la línea materna. A mi juicio, no debe sancionarse al nacido (privación de paternidad) por una conducta de su madre o del equipo médico, de modo similar a como sucedía antes de la reforma de 1981 con la filiación ilegítima,

5. En la realidad, al poco tiempo del Auto judicial se produjo el fallecimiento del varón. De este modo, la mujer que solicitó esta autorización judicial podrá ser madre mediante IAD. El nacido será hijo no matrimonial de la madre.

den los requisitos exigidos: «La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal.

El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal.

Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos».

Parece que el Ministerio Fiscal no está legitimado en este supuesto, pues como se ha indicado, el artículo 765 LEC queda desplazado por la norma particular del artículo 137 CC, en el que no se refiere al mismo. Sería, pues, un supuesto similar al contemplado en la STC de 18 de diciembre de 2000, en el sentido de que, si no se admite la legitimación del defensor judicial para impugnar la paternidad indebidamente atribuida por presunción, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución).