

MILAN, GIANDOMENICO: *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Ed. CEDAM, Padova, 1997, 491 pp.

La monografía que comentamos responde exactamente al título. Aborda con profundidad los problemas jurídicos que la procreación asistida plantea. Es decir, la metodología empleada por su autor es estrictamente jurídica. El rigor metodológico es tanto más digno de reconocimiento por cuanto la temática objeto de estudio tiene una fuerte conexión con la ética.

Por otra parte, la procreación asistida, planteada desde la óptica de los derechos reproductivos, tiene una inevitable relación con los aspectos jurídicos de intervenciones (las esterilizaciones) para ejercitar el aspecto negativo de esos derechos reproductivos. Afortunadamente, el autor sabe mantener aquí también la delimitación del objeto de su investigación, sin dispersar al lector con temas conexos.

Otra característica de la investigación es su interdisciplinariedad: el enfoque de los temas y el abundante aparato crítico incluyen el tratamiento de los aspectos constitucionales, civiles y penales de la procreación asistida, aunque la perspectiva predominante sea la de Derecho de familia. Quizá, por la propia amplitud del tema, no se hacen referencias ni a la teoría del Derecho ni al Derecho comparado. Sólo esporádicamente se alude al *status quaestionis* en otros países (por ejemplo, al tratar de la admisibilidad de la acción de reconocimiento de la paternidad por parte del marido, en supuestos de fecundación artificial heteróloga, pp. 252-254, y al tratar de la problemática de las madres de alquiler, p. 304). La bibliografía es casi exclusivamente italiana y los textos normativos analizados se hacen desde la perspectiva del Derecho italiano, si bien el autor tiene en cuenta las fuentes de las organizaciones internacionales a las que Italia pertenece como por ejemplo las Resoluciones del Parlamento europeo (pp. 55-56 y pp. 443-444).

La relación bibliográfica habitual en una monografía de este tipo se echa en falta en esta edición. La obra no contiene más índices que el sistemático. Sería deseable que en posteriores ediciones, se incluyeran tanto un índice de autores como otro de materias. El aparato crítico de la obra es, sin embargo, muy completo.

El autor presenta en el capítulo primero (las técnicas de procreación asistida y el futuro escenario de hipótesis) el inmenso panorama de posibilidades que se presentan ante el hombre moderno. Esta casi ilimitada capacidad de elegir —que llega hasta abrir la posibilidad de satisfacer el deseo de prole, prescindiendo del concurso del material genético del otro sexo (pp. 50-51)— resulta desorientadora respecto de los objetivos a perseguir, como se revela en el malestar del hombre moderno a consecuencia de la perenne insatisfacción ante un futuro lleno de incógnitas (p. 48). Particularmente ilustrativa resulta al respecto la descripción del modo en que un sujeto queda privado de identidad biológica propia: la obtención del embrión a partir del núcleo de un único gameto: masculino o femenino. Milan sabe también ponderar el aspecto positivo (pp. 52-53) de estos avances técnicos; al abrir las vías

hacia la terapia genética, pueden contribuir a mejorar las condiciones de vida del hombre.

Este primer capítulo se cierra con el presupuesto del que parte la investigación. El hombre está llamado a una profunda reflexión, porque están en juego su dignidad y su futuro: ni una ni otro pueden ser sacrificados sobre el altar de una investigación científico-tecnológica que operase partiendo únicamente del presupuesto de la propia conciencia, como si sólo en ella se encontrase la legitimación de la libertad (pp. 55-56).

El capítulo segundo se dedica a los principios informadores del Derecho de familia. El autor toma posición en el debate existente en la doctrina italiana acerca del concepto de familia. Esto es, qué valor debe darse a la definición de la familia como «sociedad natural fundada en el matrimonio» (art. 29, 1 de la Constitución italiana) en relación con el concepto de familia como «formación social» (art. 2 de la Constitución italiana). A su juicio, los términos «natural» y «social» no son equivalentes (p. 58). La relación entre ambos términos es la que se guarda entre el género y la especie. El género serían las «formaciones sociales», siendo la familia una especie de ellas, caracterizada por ser una sociedad natural. Esta caracterización propia del grupo familiar tiene particular relevancia en su regulación jurídica, ya que la convierte en exponente de valores privilegiados, que obligan al intérprete y al legislador a mantenerse dentro de los límites de esa connaturalidad (p. 59). Entre las orientaciones propias del Derecho de familia que se derivan del Derecho constitucional italiano, destacan las dos siguientes: el respeto a las reglas y a los límites propios de la fisonomía natural de la institución familiar, que está esencialmente dirigida a promover el pleno desarrollo de la integridad de sus miembros en un contexto existencial radicado en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges (p. 60); y la tendencia a fundar la relación de paternidad a la par de la maternidad y a asegurar la máxima correspondencia posible entre el *status* jurídico de la prole y la realidad natural de la misma (p. 61). Los otros dos apartados de este capítulo analizan la normativa ordinaria (civil, pp. 63-74, y penal, pp. 74-84), prestando una esmerada atención a la protección del menor.

Al derecho a la procreación y a la filiación está dedicado el capítulo tercero. La Constitución italiana se limita a regular las relaciones que el hecho de la procreación implica, como es el caso de las relaciones entre los progenitores y los hijos, pero no regula las relaciones entre los individuos en lo atinente al evento de la procreación. Este hecho sólo tiene relevancia jurídica a nivel de la normativa ordinaria (Ley de 29 de julio de 1975, núm. 405), no constitucional. Por lo demás, el fenómeno procreativo, permanece reservado a la esfera privada de los individuos. No hay en el cuadro de la normativa italiana un derecho a la procreación (p. 85). De ahí que, a su juicio, cuando se reclama la posición de garante del derecho a la procreación consciente y responsable, que debe tener el Estado, tal posición está dirigida a tutelar el interés a la libre determinación en orden a la procreación. Es decir, la actuación del

Estado se dirige no tanto a perseguir la procreación cuanto a intervenir en una procreación ya iniciada y a garantizar el derecho a rechazarla (p. 87). «El derecho a procrear se configura como un derecho de libertad, constitucionalmente reconocido y garantizado, traducible en una pretensión de contenido negativo frente al Estado, reivindicativa de la exclusión de su injerencia en un ámbito tan propio de la esfera privada como es el de la generación, ámbito reservado a la dinámica de la libertad de los interesados, en el ejercicio del cual pueden encontrarse límites justificados por la necesidad de las exigencias de carácter público» (pp. 89-90).

La procreación asistida homóloga y heteróloga son objeto de análisis en los capítulos quinto y sexto, respectivamente. En uno y otro caso se efectúan las oportunas diferencias entre las técnicas empleadas para la reproducción asistida, de las que el autor había dado cuenta en el primer capítulo (pp. 41 y ss.). El tratamiento de la procreación asistida homóloga se dirige a dar respuesta a la legitimidad de la concepción a partir de los gametos masculino y femenino de una pareja de cónyuges, que asumen además el compromiso de que el embarazo sea afrontado por la mujer que aspira a ser madre. En opinión de Milan, este tipo de procreación asistida ha de considerarse lícita, siempre que se den presupuestos tales como que la crioconservación no comporte alteraciones en las células germinales con efectos negativos en el *nasciturus* (p. 170). En los supuestos de muerte de alguno de los cónyuges, estima el autor que no podrá realizarse la fecundación *in vitro*: el hijo no puede ser ya huérfano antes de ser concebido. Sus conclusiones parten de la base de que las células germinales, en atención a sus peculiares características —en virtud de las cuales su fusión produce la creación de un nuevo ser humano, transmitiéndole el patrimonio genético de los sujetos de los que provienen—, no pueden ser consideradas como cosa (*res*). El autor se detiene también a examinar el estatuto jurídico de los hijos nacidos como consecuencia del recurso de sus padres a cualquier método de procreación asistida (pp. 177 y ss.).

En el caso de la fecundación artificial heteróloga, las posibilidades reales se multiplican (según que el donador sea un varón y el ovocito provenga de la esposa aspirante a madre o bien, que la donante del óvulo sea una mujer y el semen provenga del marido y, por último, que ambos gametos sean donados; a ello hay que añadir la situación civil de la madre o padre potencial: separada, divorciada, viuda), siendo analizadas por el autor siguiendo una sistemática clara, que facilita al lector el seguimiento de la argumentación. No resulta posible reproducir aquí el riguroso análisis del autor en la monografía que comentamos.

En la página 225 se observa con acierto cómo la actuales posibilidades ofrecidas por la fecundación artificial escinden en la dinámica de las relaciones de la pareja el aspecto unitivo del procreador, quedando afectados el deber de fidelidad (tanto en su aspecto de exclusividad sexual como de exclusividad generativa), con la consecuencia de que pueda atribuirse una relevancia jurídica autónoma al deber de la exclusividad generativa, obligando a los cónyuges a no tener hijos más que entre sí.

El autor se pronuncia a favor de que se dé relevancia jurídica específica a este deber. Señala el autor las contradicciones que implica la fecundación heteróloga con la disciplina jurídica vigente de las relaciones de filiación (pp. 226 y ss.). Milan considera que el consentimiento del marido y de la mujer de recurrir a la fecundación asistida heteróloga —aunque no esté expresamente prohibida en la actual normativa italiana— ha de considerarse ilícito por ser contrario al orden público y a las buenas costumbres (p. 230).

El capítulo séptimo se dedica a «la madre de alquiler: la procreación asistida y matrimonio» y el octavo a la madre de alquiler para otros aspirantes a progenitores, así como a la subjetividad jurídica del embrión. A la luz de la normativa italiana vigente, no debe permitirse la posibilidad de acudir a la madre de alquiler ni a los matrimonios, ni a aquellos aspirantes a progenitores que no han contraído vínculo matrimonial. Frente a la tesis de Auletta, afirma Milan que la Constitución italiana contiene un mandato al legislador ordinario para que asegure la tutela jurídica y social a los hijos nacidos fuera del matrimonio, sin que ello suponga la afirmación de la igualdad jurídica entre la filiación legítima y la filiación adoptiva (p. 348).

Los aspectos penales de la procreación asistida y la madre de alquiler, así como las reflexiones conclusivas son abordadas en el último capítulo de la obra. Milan se pronuncia a favor de una intervención del legislador, ya que a su juicio resulta necesario que el destino del hombre no sea dejado en manos del simple acuerdo entre partes. La regulación legal de esta materia no debería, sin embargo, ser el fruto de una actividad apresurada, como impuesta por el ritmo vertiginoso del avance técnico. Deberá ser el fruto de una atenta reflexión ética, que se conduzca a la luz de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, en el centro del cual se encuentra el respeto a la dignidad de la persona humana en su devenir en el seno de la familia y de la sociedad (p. 442).

Sería deseable el surgimiento de una regulación jurídica que, desde el fundamento del principio del derecho a la vida y a la salud del *nasciturus* desde el momento de su concepción, sea garantizadora del derecho del nuevo individuo a la integridad e identidad genéticas y a la propia familia, de modo que se excluya la posibilidad de configurar *a priori* situaciones que predeterminen su futura existencia. Desde esta panorámica, parece necesaria una normativa que permita la posibilidad de recurrir a la procreación asistida sólo a las personas de distinto sexo, casadas entre sí y en edad potencialmente fértil, que mantengan en la actualidad una relación de pareja, recabándose en todo momento el consentimiento informado del marido acerca de los tratamientos que recibe la mujer, utilizando exclusivamente gametos masculinos del marido y siempre que resulte probada la existencia de obstáculos insuperables para la concepción por vía natural, y que se haya comprobado la ausencia en los aspirantes a progenitores de una enfermedad de transmisión hereditaria, así como que no haya peligro para la salud de la madre. Una normativa que, además, no consienta la creación de embriones, aun dentro de

las condiciones antes mencionadas, en un número superior a aquel que vaya a ser inmediatamente implantado en el útero de la mujer. Esta normativa preverá además el deber de intervenir sobre los embriones para su protección. Por ejemplo, en el caso de que por razones de protección del niño o de la madre sea necesario diferir la implantación del gameto fecundado en la madre, deberá estar prevista la crioconservación del embrión y, si fuera necesario, la implantación en otra mujer casada, con el consentimiento de su marido, siguiendo las reglas previstas para la adopción. Análogamente, la mujer viuda podrá recibir la implantación del embrión obtenido con el gameto masculino de su marido, si el marido difunto había dado su consentimiento, pues el embrión obtenido *in vitro* ya es sujeto del derecho a la vida, con una capacidad jurídica que se deriva de ser un ser humano, no de haber nacido.

Quien como Milan ha sido capaz de llevar a cabo un trabajo de tanta amplitud y rigor como el que ahora presentamos, pone de manifiesto una probada capacidad para llenar por vía de interpretación las lagunas que los ordenamientos de los Estados presentan ante una problemática nueva. Sin hacer expresa referencia a los métodos que la teoría del Derecho ha desarrollado para determinar y llenar esas lagunas, Milan sabe emplearlos con una fina sensibilidad jurídica y desde una perspectiva personalista del Derecho. Cabe desear que el autor siga cultivando esta temática con la altura que manifiesta en esta obra.

MARÍA JOSÉ ROCA

MONTERO AROCA, JUAN (coord.); GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; MASCARELL NAVARRO, MARÍA JOSÉ; BARONA VILAR, SILVIA, y CALDERÓN CUADRADO, MARÍA PÍA: *Los procesos matrimoniales (Comentarios, Jurisprudencia y Formularios)*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 1.107 pp.

Comencemos por señalar que el título de la obra no se corresponde exactamente con su contenido.

El enunciado elegido, unido al hecho de que los cinco autores son profesores universitarios de Derecho procesal, parecería sugerir que el contenido del libro consistirá en el estudio de los distintos tipos procesales de causas matrimoniales.

Sin embargo, lo cierto es que el volumen no se circunscribe al campo puramente procesal, sino que comprende temas matrimoniales sustantivos. En efecto, tras una primera parte, elaborada por su coordinador y dedicada al estudio dogmático de los procesos matrimoniales en general (a lo largo de unas sesenta y cinco páginas, se caracterizan éstos allí como *procesos civiles no dispositivos*—es decir, como procesos situados en una zona intermedia entre los civiles y los penales— y se analizan sus notas peculiares), la obra adopta el criterio de transcribir artículo por artículo los