

2. Familia

PREMORIENCIA DEL MARIDO, FECUNDACIÓN ASISTIDA Y FILIACIÓN PATERNA MATRIMONIAL (RDGRN DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2002)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN

En torno a la época de los años setenta aparecieron las técnicas de reproducción asistida, lo que supuso, por un lado, la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad, pero también introdujeron nuevos problemas.

Tal innovación supuso la necesidad de realizar una regulación precisa y detallada adecuada a la nuevas realidades.

España fue uno de los países pioneros en la regulación de dicha materia. Así la primera de las leyes que abordó la materia es la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

Posteriormente y como consecuencia de la investigación y la práctica médica en el ámbito de la reproducción humana asistida, se superaron las previsiones contenidas en aquella y se puso de manifiesto la existencia de algunas limitaciones en la norma, por ello se publicó 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.

No obstante el problema que nos trae entre manos hoy no ha variado, salvo en algún pequeño matiz.

El actual apartado 1.º del artículo 9 de la Ley de 2006 es idéntico al de la ley de 1988 que establecía que *«no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón»*.

El apartado 2.º aún dos apartados de la ley anterior (el 2.º y el 4.º) para hacer referencia a la necesidad de consentimiento del marido en documento público, el cual podrá ser revocado en cualquier momento (1). Igualmente

(1) 2.º «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido».

señala que la generación (así originada) producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El matiz diferenciador se centra en el plazo de «utilización del material reproductor» del marido que será de doce meses desde su fallecimiento.

También en ambas leyes se dispone que *«el varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad»*.

II. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL Y EXCEPCIÓN

La presunción de paternidad matrimonial determina, según lo señalado en el Código Civil (art. 116) como en el Código de Familia de Cataluña (art. 89), que el nacimiento tenga lugar *antes de los trescientos días* siguientes a la disolución del matrimonio o de la separación legal o de hecho de los cónyuges.

La excepción nace del supuesto de que el hijo haya nacido como consecuencia de un proceso de fecundación asistida de la mujer producida después del fallecimiento del marido.

Este supuesto exige unos requisitos específicos establecidos como hemos visto en las sucesivas leyes. Por lo que en definitiva, se trata de comprobar, si efectivamente, concurren en él las previsiones que marca la Ley para que el nacido tenga determinada la filiación paterna matrimonial que su madre reclama.

Y entre los requisitos exigidos está el del consentimiento del marido en documento público.

En el presente caso es forzoso reconocer que falta el consentimiento expreso del marido para que la fecundación asistida pueda tener lugar después de su muerte que, además, debe «constar fehacientemente» [art. 92.2.a) del Código de Familia].

III. TRANSFERENCIA DE EMBRIONES CRIOCONSERVADOS

La DGRN claramente alude a que no cabe argumentar interpretaciones literales sobre el significado de la palabra *fecundación*, para que el supuesto que ahora se plantea quede fuera de la ratio de la Ley.

Ciertamente la técnica utilizada (transferencia de embriones crioconservados) no se corresponde exactamente desde un punto de vista biológico con la fecundación, pero entender que ésta se ha producido en vida del marido y por tanto no se trata de una fecundación asistida *post mortem* llevaría a consecuencias poco deseables, ya que, en este caso no le sería aplicable la limitación temporal que establece el Código de Familia [270 días después de la muerte del marido, cfr. art. 92.c)] quedando los embriones congelados *sine die* o hasta que la viuda decidiera o no implantárselos, creando una permanente situación de indeterminación e inseguridad en las relaciones jurídicas derivadas del hecho del nacimiento totalmente inadmisibles.

Por el contrario, no cabe interpretar una Ley de manera que conduzca a la contradicción o al absurdo, teniendo, sin embargo que interpretarse de acuerdo con el espíritu de la misma y la realidad social en que la misma ha de aplicarse.

Y no cabe duda que la voluntad del legislador, teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas de todo orden que tiene el hecho de la muerte, es clara en exigir consentimiento expreso del marido para este supuesto, sin que pueda deducirse, sin más de su consentimiento —efectuado en vida—, a que la fecundación asistida tenga lugar, y por más que el destino evidente de los embriones sea su implantación en el útero materno.

IV. LA IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD DEL MARIDO

La cuestión es lo suficientemente importante como para que se exija de una manera *clara y terminante* la voluntad del marido, y entenderlo de otro modo llevaría al absurdo, ya que si se entendiera prestado el consentimiento en vida, también para el caso de muerte, no tendría sentido que la Ley exigiera requisitos más rigurosos para este supuesto excepcional.

El documento suscrito por los cónyuges en el Centro Médico y que según la recurrente es suficiente a los efectos que pretende, no puede ser en ningún modo considerado como un documento «fehaciente», ya que carece de las formas y solemnidades que la Ley exige para que pueda tener tal consideración, sin que pueda tener valor como tal la simple protocolización del documento del Centro Médico efectuada un año después del fallecimiento y, obviamente, con la sola intervención de la viuda.

RESUMEN

FILIACIÓN. FECUNDIDAD ASISTIDA

La excepción del límite legal de 300 días como plazo para establecer la presunción de paternidad matrimonial del hijo de la esposa se produce en los supuestos de fecundación asistida, siempre contando con el consentimiento del marido premuerto en documento público.

ABSTRACT

FILIATION. ASSISTED PREGNANCY

There is a 300-day legal deadline for establishing the presumption that a woman's husband is the father of her child. An exception is made in cases of assisted pregnancy where the husband is predeceased and left a record of his consent in a notarised document.