

UN ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO GENERAL EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA EN EL DERECHO RUMANO

Dr. Ioan Ilieș Neamț

Doctor en Derecho. Magistrado
Tribunal del distrito de Maramureș (Rumanía)

TITLE: *An analysis of the Romanian general legal framework regarding medically assisted human reproduction*

RESUMEN: Con la entrada en vigor del nuevo Código Civil, en el año 2011, el legislador rumano reguló por primera vez la reproducción humana médicamente asistida. Sin embargo, la regulación es sólo de carácter general, siendo aún necesaria la adopción de una ley especial al respecto. Además, el marco normativo general proporcionado por el Código Civil está lejos de ser claro e inequívoco, con múltiples y sustanciales ambigüedades derivadas del modo de regulación.

En el presente estudio, nos propusimos analizar el régimen jurídico de la reproducción humana médicamente asistida desde la perspectiva del marco normativo general previsto en el Código civil rumano, señalando en particular los problemas que plantean las normas, pero también las particularidades de la regulación.

En este sentido, desde otros puntos de vista, las reglas son extremadamente estrictas. Por ejemplo, no permiten la subrogación o el procedimiento por parte de una pareja del mismo sexo. En cuanto a las ambigüedades, el marco normativo general proporcionado por el Código Civil sólo regula la situación de la reproducción humana con un tercero donante, dejando al descubierto la hipótesis de la reproducción humana endógena, lo que crea problemas sustanciales, especialmente en la determinación de la filiación.

Asimismo, persisten numerosas y sustanciales ambigüedades en cuanto a las formas de manifestación del consentimiento al procedimiento y, en especial, los supuestos de su ineficacia. Además, queriendo apartarse lo menos posible del derecho común, el legislador mantuvo las formas comunes de determinar la filiación en el procedimiento de reproducción humana médicamente asistida, hecho que, sin embargo, crea múltiples problemas en el intento de establecer la filiación, las normas del derecho común siendo difícil, si no imposible, de aplicar en este caso. Finalmente, también existen algunas incertidumbres sobre el régimen jurídico de la confidencialidad y, más precisamente, sobre sus límites en el contexto de la reproducción humana médicamente asistida.

En el presente estudio, intentamos captar tanto los problemas derivados de la insuficiencia o falta de claridad de las normas, como proponer, en lo posible, soluciones.

ABSTRACT: *Once with the entering into force of the new Civil Code, in 2011, the Romanian legislator has regulated for the first time the medically assisted human reproduction. However, the regulation is a general one, further special legislation being needed. Furthermore, the general legal framework provided by the Civil Code it is far from being clear and unequivocal, as multiple and substantial ambiguities emerge from the legal norms.*

In the present paper we aim to analyze the legal regime of medically assisted human reproduction from the perspective of the general legal framework provided by the Civil Code, specially underlining the problems that the norms give rise to and the particularities of the legal regime.

In this regard, we have shown that the legal norms prove to be both too flexible and too rigid.

Thus, from many points of view the Romanian Law is more permissive than others. For example, it allows the use of medically assisted human reproduction even though the future parents could procreate

naturally, having no medical problems, and, in the case of couples, it does not condition the access to the procedure by the existence of a relationship.

Conversely, from other points of view, the norms are extremely rigid. For example, they do not admit surrogacy or the access to the procedure by the same sex couples.

Referring to the ambiguities, the general legal framework provided by the Civil Code only regulates the medically assisted human reproduction with third party donor, leaving completely unregulated the hypothesis of endogenous medical human reproduction, which creates serious problems, especially when having to determine filiation. Also, a great number of ambiguities persist when it comes to the forms of manifestation of the consent to the procedure, most notably the cases in which the consent is inefficient. Furthermore, wishing to derogate as little as possible from the jus commune, the legislator has kept the same rules for determining filiation, which gives rise to multiple issues when trying to establish filiation, as jus commune proves to be difficult, if not impossible, to apply to medically assisted human reproduction. Finally, some ambiguities refer to the general legal regime of confidentiality, and, more exactly, its limits in the case of medically assisted human reproduction.

In the paper, we have tried both to underline the problems and issues that emerge from the lack of norms or the ambiguity of norms and to solution, when it was possible.

PALABRAS CLAVE: reproducción humana médicamente asistida; filiación materna; filiación paterna; inseminación artificial; fecundación in vitro; gestación subrogada; patria potestad.

KEY WORDS: *medically assisted human reproduction; maternal filiation; paternal filiation; artificial insemination; in vitro fertilization; surrogate; parental authority.*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. 2. LOS LÍMITES DEL MARCO NORMATIVO. 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN. 4. REQUISITOS NECESARIOS PARA RECURRIR A LA REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA. 4.1. *La persona o las personas legitimadas para utilizar el procedimiento.* 4.2. *El consentimiento calificado requerido para recurrir a la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante.* 5. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA CON UN TERCERO DONANTE. 5.1. *La filiación en el contexto de la reproducción humana médicamente asistida.* 5.1.1. La filiación materna. 5.1.2. La filiación paterna. a. El establecimiento de la filiación paterna en el caso del hijo concebido mediante la reproducción humana médicamente asistida durante el matrimonio. b. El establecimiento de la filiación paterna en el caso del hijo concebido mediante la reproducción humana médicamente asistida fuera del matrimonio. 5.1.3. La inmutabilidad de la filiación y sus consecuencias. a. La impugnación de la filiación materna en el caso del hijo concebido por reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante. b. La impugnación de la filiación paterna en el caso del hijo concebido por reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante. 5.2. *El ejercicio de la autoridad parental.* 5.3. *El elemento de confidencialidad en el contexto de la reproducción humana médicamente asistida.* 6. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Desde una perspectiva romántica, la concepción es la expresión más hermosa de la relación amorosa entre dos compañeros, relación que se completa y materializa creando una nueva vida, que ya no es meramente el resultado de un proceso biológico, sino la culminación de la relación y la encarnación del afecto que une a los seres humanos. Cuando la vida es creada de tal manera, la realidad genética, biológica y jurídica se superponen perfectamente, el vínculo filial entre el niño y sus padres tiene una contrapartida biológica y genética plena. En otras palabras, el hijo no es solo

descendiente de sus padres desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista biológico y genético.

Aunque el método natural de procreación ha demostrado su fiabilidad a lo largo de la evolución, presenta el gran defecto de situar el hecho de la concepción en un terreno de incertidumbres, en el que el nacimiento de un descendiente depende no solo de la voluntad de los dos compañeros, sino también de muchos factores sobre los que a menudo parecen no tener control. En consecuencia, la concepción por medios naturales estuvo, y aún está, asociada, no pocas veces, con la voluntad divina o con el azar y la casualidad.

Además, la procreación natural tiene como premisa esencial la fecundidad de los compañeros y, además, la existencia de una relación entre compañeros del sexo opuesto. Cuando una de estas condiciones no se cumple, las particularidades de la procreación natural niegan al individuo una de las creencias más arraigadas: perpetuar la propia existencia a través de la descendencia. Precisamente por eso, el hombre ha buscado constantemente escapar de los límites de lo divino y del azar y asegurar su vocación futura a través de mecanismos bajo su control¹.

En una primera etapa, el deseo de los compañeros infértiles² y no comprometidos de tener descendencia determinó la disociación de la realidad biológica de la jurídica, por el reconocimiento de la adopción como medio de sustitución del parentesco biológico por uno civil. Así, los efectos de la filiación biológica se eliminan parcial o totalmente como consecuencia del reconocimiento de una filiación civil, resultante de la adopción del hijo por un tercero con el que no tiene vínculo biológico de descendencia directa³.

La necesidad de encontrar soluciones para parejas infértiles o personas que no están involucradas en una relación heterosexual ha llevado a la concentración de importantes esfuerzos científicos en esta dirección, especialmente porque en la sociedad

¹ Para un análisis sobre la existencia de un derecho subjetivo a tener hijos, véase IRINESCU, Lucia, «Copilul un dar sau un drept?» [trad.: ¿El hijo, un regalo o un derecho?], *Revista Dreptul Familiei* [trad.: Revista de Derecho de Familia] (2019), núm. 1-2, pp. 208-218.

² Para una presentación de la proporción de personas infértiles en comparación con el promedio de la población, véase NICOLAE, Ioana, «Assisted Human Reproduction by Using a Donor. A Novelty of the Romanian Legislative System», *Law Review*, vol. IV (2014), núm. 2, p. 47.

³ Sobre el modo en cual la adopción mistifica la verdad biológica, ver FLORIAN, Emese, «Filiația: între obsesia adevărului biologic și mistificarea legală» [trad.: La filiación: entre la obsesión de la verdad biológica y la mistificación jurídica], *Revista Română de Drept Privat* [trad.: Revista Rumana de Derecho Privado] (2018), núm. 3, p. 125 y ss.

contemporánea la infertilidad y la disminución del número de relaciones estables parecen ser problemas cada vez más agudos.

Los resultados no tardaron en aparecer y determinaron cambios fundamentales de paradigmas sobre la procreación y las formas de concepción, por un lado, y la percepción de la sociedad sobre la idea de descendencia y filiación, por el otro. Los descubrimientos científicos sobre la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la posibilidad de la criogenia de los gametos masculinos y femeninos, la manipulación del material genético o incluso la posibilidad de la concepción fuera del cuerpo humano han eliminado gran parte del elemento *alea* que arrastra a la procreación; así, la persona humana logra, tras la ciencia, poner bajo su control, al menos parcialmente, lo que hasta hace poco parecía inconcebible: la creación de la vida. Junto con la evolución de la medicina, la propia sociedad pasó por una serie de importantes transformaciones morales, aceptando con mayor facilidad los logros de la ciencia y sus beneficios⁴, hecho que permitió la transferencia paulatina de la teoría y la experimentación a la realidad cotidiana.

Todas estas transformaciones han implicado cambios sustanciales en el orden jurídico y han puesto en duda instituciones milenarias cuya fiabilidad y funcionalidad parecían indiscutibles. Así, cuando la concepción de un niño ya no requiere necesariamente la existencia de una relación sexual, la persona que da a luz al niño no es en todos los casos también su madre «genética» etc.; se impone que el establecimiento de la filiación por el hecho del nacimiento o de la paternidad por la presunción *pater is est* sea reconsiderado, al menos parcialmente, y el postulado *mater semper certa est* parece convertirse en una verdad que declina en tiempo pasado⁵.

Como el derecho, para poder responder adecuadamente a las necesidades sociales, está obligado a adaptarse constantemente a la realidad cotidiana, dándole valores jurídicos pertinentes, las nuevas formas de concepción no podían quedarse sin una

⁴ En este sentido, en una expresión inigualable, la profesora EMESE FLORIAN mostró que «las barreras morales, éticas y religiosas se han velado, así que el fenómeno es recibido con mayor fluidez tanto a nivel de mentalidad como de síntesis colectiva de prejuicios como, inevitablemente, al nivel de la delicada alquimia de la conciencia de cada uno de nosotros». FLORIAN, Emese, «Considerații privind reglementarea reproducerii umane asistate medical cu terț donator în dreptul român» [trad.: Consideraciones sobre la regulación de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante en el derecho rumano], *Studia Universitatis "Babeș-Bolyai". Jurisprudencia* (2013), núm. 4, p. 101.

⁵ Sobre los dilemas éticos y sociales que plantean las técnicas de reproducción humana asistida, véase FIRULEASA, Ingrid-Laura/FLORESCU, Silvia/MOLDOVAN, Mona, «Dilemele etice ale fertilizării *in vitro*» [trad.: Dilemas éticos de la fecundación *in vitro*], *Management în Sănătate* [trad., Management en Salud], vol. XIV (2010), núm. 2, pp. 25-27.

respuesta normativa. Precisamente por ello, innumerables ordenamientos jurídicos han optado por regular los avances de la ciencia en materia de reproducción humana, estableciendo los requisitos en que tales procedimientos médicos pueden ser utilizados y los efectos que producen, especialmente en materia de filiación. En el contexto de la reforma sustancial de las normas jurídicas que rigen las relaciones familiares como resultado de la adopción del Código civil, esta tendencia no podía ser ignorada ni siquiera por el legislador rumano. Así es que, por los arts. 441-447 del Código civil, el derecho positivo rumano escapa por primera vez de la visión clásica de la reproducción humana⁶, al reconocer una serie de efectos jurídicos especiales en materia de filiación para el hijo concebido con material genético procedente de un tercer donante⁷.

A pesar de la innegable evolución, sin embargo, los textos legales evocados plantean innumerables preguntas; parece que para el propio legislador no quedó lo suficientemente claro cuál es el régimen jurídico que quiere establecer⁸. La reglamentación legal es deficiente desde varios puntos de vista, desde la estructura hasta la forma de regulación, pudiéndose deducir, por ejemplo, solo a modo de interpretación, cuál es su alcance y cuáles son las reglas de filiación que las establecen. Además, quedaron al descubierto muchos aspectos de gran relevancia en la arquitectura de la concepción. En relación con el entorno normativo descrito, a continuación, intentaremos presentar las principales particularidades de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, tal y como está regulada en los arts. 441-447 del Código civil, con énfasis en aquellos aspectos que consideramos deficientes, y ofrecer posibles respuestas a las disposiciones poco explícitas⁹.

⁶ Véase, en este sentido, AVRAM, Marieta, *Drept civil. Familia* [trad.: Derecho civil. La familia], Ed. Hamangiu Bucarest, 2013, p. 400. Para obtener más definiciones de reproducción humana médicamente asistida, consulte MOLOMAN, Bogdan Dumitru/URECHE, Lazăr Ciprian, *Noul Cod civil. Cartea a II a. Despre familie. Art. 258-534. Comentarii, explicații și jurisprudență* [trad.: El Nuevo Código civil. Libro II. Sobre la familia. Arts. 258-534. Comentarios, explicaciones y jurisprudencia], Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2016, p. 557.

⁷ También se han realizado antes intentos en este sentido, a través de la Ley núm. 345/2005, pero la ley fue declarada inconstitucional por la Sentencia núm. 418/2015 del Tribunal Constitucional.

⁸ Sobre la falta de claridad de las normas que rigen la reproducción humana médicamente asistida con un tercer donante y los problemas que plantean, véase FLORIAN, Emese, «Filiația...», *op. cit.*, p. 123 y ss.

⁹ Nuestro análisis se centra exclusivamente en el marco normativo primario recogido en el Código civil, aunque también pueden encontrarse algunas normas con relevancia sectorial en actos normativos secundarios, como la Orden del Ministro de Sanidad núm. 337/2017, sobre la aprobación de las Normas Técnicas para la realización de los programas nacionales de salud pública; y la núm. 964/2022, sobre la aprobación de las Normas Técnicas para la realización de los programas nacionales de salud pública. *Diario Oficial*, núm. 320, del 01 de abril de 2022.

En este sentido, después de un breve análisis de los límites del marco normativo (§2), nos centraremos en el alcance de las reglas (§3), destacaremos los requisitos que deben reunir los interesados en utilizar la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante (§4), para finalmente presentar, brevemente, los efectos de tal método de reproducción (§5). Aunque el derecho comparado se muestra particularmente vacilante en este tema, nuestro análisis se centrará, esta vez, únicamente en el marco normativo interno, considerando precisamente los múltiples desafíos que plantea.

2. LOS LÍMITES DEL MARCO NORMATIVO

Aunque el título marginal de la sección dedicada al respecto en el Código civil¹⁰ es «Reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante», lo que sugeriría la idea de que debería regularse de manera completa y exhaustiva el tema de la concepción mediante el uso de material genético externo, en realidad las disposiciones normativas contenidas en los arts. 441-447 del Código civil crean meramente un marco legal general en la materia¹¹.

En este sentido, el art. 447 del Código civil establece que «La reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, su régimen jurídico, la garantía de la confidencialidad de los datos relativos a ella, así como la forma de su transmisión se establecen por ley especial». En consecuencia, aunque los arts. 441 y siguientes del Código civil prevén una serie de disposiciones relativas al régimen jurídico de la reproducción humana médicamente asistida con tercero donante, confidencialidad y forma de transmisión de la información etc., son normas que preparan el marco para una futura ley y esbozan sus ideas rectoras. Así, en esta clave, se explica la ambigüedad de algunas normas contenidas en la ley civil, o su excesiva generalidad.

Por otro lado, la ausencia de una ley especial que implemente las disposiciones generales del Código civil, significa que, *de lege lata*, la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante no está plenamente reconocida en la ley rumana, lo que puede crear problemas sustanciales, dado que la concepción a través de técnicas médicas es una práctica cada vez más común. Además, ante la redacción del art. 447 Código civil, se vuelve profundamente cuestionable en qué medida podrían aplicarse, incluso, las disposiciones contenidas en el derecho civil, si la referida norma alude que «La reproducción humana médicamente asistida con tercero donante, su

¹⁰ Se trata del Libro II – *Sobre la familia*, Título III – «El parentesco», Capítulo II – «La filiación», Sección 2ª.

¹¹ Véase, en el mismo sentido, AVRAM, Marieta, *Drept civil...*, *op. cit.*, p. 400.

régimen jurídico, [...] se establecen por ley especial». A la vista del texto relacionado anteriormente, parecería, por tanto, que el propio reconocimiento de la reproducción humana médicamente asistida, en su conjunto ha estado jurídicamente condicionado por la adopción de una ley especial y que, en su ausencia, ninguna de las normas contenidas en la ley civil sería aplicable.

No podemos dejar de mencionar, no obstante, la pasividad en el proceder del legislador rumano en el sentido de las obligaciones que él mismo ha establecido. Aunque han transcurrido 10 años desde la aprobación del Código civil, muchas de sus reformas en materia de derecho de familia se han quedado en el plano escrito o programático, dado que no se ha adoptado la legislación especial necesaria para su efectiva implementación¹². En esta línea de enfoque también se incluye la reproducción humana médicamente asistida. Tras un comienzo prometedor, el legislador parece haber olvidado por completo lo que pretendía en un principio, abandonando la regulación a mitad de camino, hecho que puede crear más problemas que su ausencia total. Así, luego de que el Parlamento rechazara dos proyectos de actos normativos, uno de 2009 y otro de 2012, un tercero, de 2013, fue rechazado definitivamente por la Cámara de Diputados, el 8 de febrero de 2022¹³.

3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN

La procreación humana asistida médicamente puede tomar muchas formas, dependiendo de la fuente del material genético y de la persona que da a luz al niño, cada una de las cuales tiene la capacidad de causar una serie de trastornos específicos en las relaciones familiares. Frente a este fenómeno creciente, los Estados han reaccionado de manera diferente, desde los que han reconocido todas las formas posibles de concepción artificial, dándoles las debidas consecuencias jurídicas, hasta los que aún ignoran por completo la existencia de tal realidad. En medio están los ordenamientos jurídicos que se han limitado a reconocer solo aquellos procedimientos médicos que menos contravengan la forma natural de la concepción y la visión clásica de la filiación, especialmente la materna.

¹² Es suficiente mencionar, como ejemplo, en este sentido, la falta de implementación de los tribunales de tutela, que deberían haber cambiado fundamentalmente la forma en que el sistema judicial se relaciona con las relaciones familiares.

¹³ Véase, en este sentido, la base de datos de la Cámara de Diputados - http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?cam=2&idp=13733 [última consulta, 12 de septiembre de 2022]. *Brevitatis causa* «el proyecto de la ley».

Esencialmente existen dos tipos principales de procreación humana asistida médicamente: la inseminación artificial y la fertilización *in vitro*¹⁴. La primera consiste en tomar los gametos masculinos y transferirlos al cuerpo de la madre, donde se producirá la fecundación. En otras palabras, en el caso de la inseminación artificial, la célula germinal masculina (el espermatozoide) se implanta artificialmente en el útero, pero la fecundación aún tiene lugar en el útero. Esta forma de concepción no plantea ningún tipo de problemas a la maternidad, el hijo resultante sigue siendo, tanto genética como biológicamente, el descendiente de la mujer que lo parió. Empero, no se puede decir lo mismo en materia de paternidad, donde, por su naturaleza, el procedimiento médico implica cierta desviación de la concepción natural, al menos por el hecho de que excluye por completo la existencia de relaciones sexuales entre compañeros. La intensidad de la desviación depende de una serie de elementos con impacto directo en el plan de filiación. Así, como el material germinal masculino proviene del marido o concubino de la madre o de un tercero, la inseminación artificial es *endógena* o *exógena* (homóloga y heteróloga). Cabe señalar que, para estar en presencia de una inseminación artificial exógena, no necesariamente el tercero tiene que ser desconocido. Pues bien, la procedencia del material genético masculino de un tercero cuyos datos de identificación sean conocidos por la madre, no implicará automáticamente la existencia de inseminación artificial endógena, siempre que el material no haya sido donado para un reconocimiento ulterior de filiación. Desde esta perspectiva, podríamos decir que la inseminación es endógena solo cuando el material germinal masculino ha sido donado con el fin de establecer posteriormente la paternidad respecto al donante. Al mismo tiempo, la inseminación exógena es posible independientemente del estado civil de la madre.

La inseminación artificial endógena no plantea ningún problema en términos de establecer la filiación paterna¹⁵. El niño nacido de esta manera seguirá teniendo la identidad genética de sus padres, que se diferencia únicamente por el medio a través del cual fue concebido, en el sentido de que él no será el resultado de una relación

¹⁴ Como muestra la doctrina, la fertilización *in vitro* no es, en realidad, una forma de reproducción humana, sino un procedimiento médico mediante el cual, el óvulo es fecundado de forma extracorpórea. Para estar en presencia de reproducción humana médicamente asistida debe ser seguida, necesariamente, por una transferencia de embriones, respectivamente, por la implantación uterina de los embriones. Véase, en este sentido, FLORIAN, Emese, «Filiația...», *op. cit.*, p. 123. Sobre otros tipos de reproducción humana médicamente asistida, *Vid.* MOTICA, Adina R./TEC, Lavinia M., «Familia prin contract» [trad.: Familia por contrato], *Revista de Dreptul Familiei* [trad.: Revista de Derecho de Familia] (2019), núm. 1-2, p. 359.

¹⁵ Véase, en este sentido, FLORIAN, Emese, «Filiația...», *op. cit.*, p. 121. También, HAGEANU, Cristina Codruța, *Dreptul familiei și actele de stare civilă* [trad.: Derecho de familia y las actas del estado civil], 2ª ed., revisada y ampliada, Ed. Hamangiu, Bucarest, 2017, p. 261.

sexual, sino de una técnica médica diseñada para reemplazar este acto¹⁶. Si los «compañeros» están casados, la paternidad se establecerá aplicando la presunción legal, y si no lo están, se podrá establecer por reconocimiento de la pareja de la madre o a través de un juicio. Sin embargo, debe hacerse una observación en esta última situación. Así, en el caso de determinación judicial de la paternidad, el objeto de la prueba no será la existencia de una relación sexual entre el imputado y la madre, sino el vínculo genético entre el menor y el padre, sobre la base de doblada por la existencia del consentimiento de este último al método médico de procreación. En el caso de la inseminación artificial exógena, considerando que el niño tendrá la identidad genética del donante y no existirá una conexión genética o biológica con el marido o pareja de la madre, la cuestión de la filiación paterna ya no puede resolverse apelando a las instituciones clásicas. Entre otras cosas, surge la pregunta de hasta qué punto puede establecerse un vínculo de filiación entre la fuente del material genético utilizado y el niño así concebido; cómo funcionan las presunciones legales de filiación en este caso; en qué condiciones se puede establecer la filiación del niño hacia una persona distinta de «su padre genético»; cuáles son las obligaciones de las partes que intervienen en el procedimiento de concepción médica, etcétera.

A diferencia de la inseminación artificial, la fertilización *in vitro* implica una fecundación fuera del cuerpo de la madre, en condiciones de laboratorio, seguida de la implantación uterina del cigoto. Al mismo tiempo, si la inseminación artificial se limita a la posibilidad de tomar material genético masculino de un tercer donante, la fertilización *in vitro* permite incluso los óvulos de una tercera persona. Por lo tanto, también la fertilización *in vitro* puede ser endógena y exógena, y esta última implica el origen de los gametos masculinos o femeninos de un tercero¹⁷. Asimismo, es posible que, una vez producido el embrión, su implantación se realice en una persona distinta de aquella que luego será reconocida como la madre del niño, en cuyo caso estaremos en presencia de la llamada «maternidad por sustitución» o «maternidad subrogada»¹⁸. Desde este punto de vista, la fertilización *in vitro* se puede probar jurídicamente de una manera más complicada y desafiante que la inseminación artificial. En su forma extrema, disocia la

¹⁶ Al no ser el resultado de la forma natural de concepción, sino de una combinación de medios científicos y medios naturales, el niño se convierte en un «cyborg». Véase, en este sentido, MOTICA, Adina R./TEC, Lavinia M., «Familia prin contract», *op. cit.*, pp. 355-356.

¹⁷ Como se señala en la doctrina (HAGEANU, Cristina Codruța, *Dreptul familiei...*, *op. cit.*, p. 261), también podemos estar en presencia de una situación intermedia, de fecundación semiexógena, en la que se utiliza tanto material genético del interior de la pareja, como del exterior.

¹⁸ La maternidad subrogada no es privilegio exclusivo de la fecundación *in vitro*, ya que igualmente es posible que en el caso de la inseminación artificial, después de haber tenido lugar la fecundación en el útero, se extraiga el cigoto y se implante en otra mujer, que pasará a ser madre subrogada durante el embarazo.

realidad genética de la realidad biológica, y ambas de la realidad jurídica. Así, en los sistemas jurídicos que permiten la maternidad subrogada con un tercero donante¹⁹, es posible que el material genético masculino y femenino provenga de terceros; una vez lograda la fecundación del embrión se implanta a una mujer que pasará a ser la madre gestante, y finalmente la filiación se reconoce hacia los padres comitentes. En tal situación, desde el punto de vista genético, el niño tendrá la identidad de los terceros donantes, biológicamente estará relacionado con la madre gestante por el hecho de nacer, y jurídicamente con los padres, limitado frente al que se le reconoció su filiación. Los terceros donantes no serán padres biológicos ni legales, aunque el niño tenga su material genético. La madre subrogada no transmitirá material genético al niño y no se convertirá jurídicamente en la madre de este, aunque haya dado a luz al niño, y los padres legalmente reconocidos no tengan ninguna conexión biológica o genética con el descendiente.

Los avances científicos crearán, muy pronto, controversias jurídicas aún más amplias. Los nuevos descubrimientos médicos nos acercan cada vez más al momento en que sea posible lograr el cigoto por partenogénesis, es decir, ya no será necesario que el material genético provenga de personas de diferente sexo²⁰; el embarazo podrá llevarse a cabo de forma extrauterina por personas de sexo masculino²¹, o incluso que todo el desarrollo del feto sea posible en condiciones de laboratorio, mediante el uso de úteros artificiales²². Todos estos avances, si son dables de materializarse, harán

¹⁹ Para más detalles sobre la gestación *por sustitución* o maternidad subrogada y los problemas que esto implica, así como para un análisis de derecho comparado en la materia en los ordenamientos jurídicos británico y francés, véase FLORIAN, Emese, «Considerații asupra filiației în cadrul procreației medicale asistate» (trad.: Consideraciones sobre la filiación en el marco de la procreación médica asistida), *Revista de drept internațional privat și drept comparat* [trad.: Revista de derecho internacional privado y derecho comparado] (2006), pp. 633-652 (texto extraído de la base de datos Lex Expert); MOTICA, Adina R./TEC, Lavinia M., «Familia prin contract», *op. cit.*, pp. 355-374; NICOLAE, Ioana/SPÎRCEZ, Georgeta Bianca, «Acțiuni privind filiația față de mamă în ipoteza maternității de subrogație. Dezlegări din practica instanțelor din România» [trad.: Acciones de filiación contra la madre en la hipótesis de gestación subrogada. Dispensas de la práctica de los tribunales en Rumanía], *Revista de Dreptul Familiei* [trad.: Revista de Derecho de Familia] (2019), núm. 1-2, pp. 427-440. Para una presentación del modelo italiano, véase IRINESCU, Lucia, «Accesul la reproducerea umană asistată medical. Modelul Italiei» [trad.: Acceso a la reproducción humana asistida médicamente. El modelo de Italia], *Revista de Dreptul Familiei* [trad.: Revista de Derecho de Familia] (2020), núm. 1, pp. 110-128.

²⁰ Véase, en este sentido, LI, Zhi-KUN/WANG, Le-Yun / WANG, Li-Bin, *et al.*, «Generation of Bimaternal and Bipaternal Mice from Hypomethylated Haploid ESCs with Imprinting Region Deletions», *Cell Stem Cell Journal*, vol. 23 (2018), núm. 5, pp. 625-627.

²¹ Véase, en este sentido, ROWE, A., «The Future of Reproduction: Male Pregnancy», *Upstart Business Journal*, 27 de abril de 2009.

²² Por ejemplo, en el año 2017 se usó con éxito un útero artificial para incubar un cordero durante una semana, y los estudios realizados concluyeron que tales tecnologías médicas podrían usarse con éxito al menos para prevenir la mortalidad infantil entre los niños nacidos prematuramente. Véase, en este sentido, USUDA, Haruo/WATANABE, Shimpei/MIURA, Yuichiro/*et al.*, «Successful maintenance of key

temblar desde sus cimientos la estructura axiológica y religiosa de la sociedad, exigiendo cambios de paradigma aún más amplios, que pondrían en entredicho los mismos fundamentos de la procreación y del ser humano.

En este torbellino de cambios, incapaz de ignorar por completo las transformaciones que se están produciendo en la estructura social, el legislador rumano se colocó en una posición razonablemente equilibrada, cuando reguló la reproducción humana médicamente asistida con tercer donante, optando por permitir y reconocer solo ciertas formas de la procreación médica.

Así que, a través del art. 441 y siguientes del Código civil, el legislador rumano reconoció y dispuso efectos jurídicos especiales solo para ciertas formas de inseminación artificial y fertilización *in vitro*, otras continuarán bajo la incidencia del derecho común o, por el contrario, estarán prohibidas.

En primer lugar, las disposiciones normativas especiales no se aplican en el caso de la inseminación artificial endógena o de la fertilización *in vitro* endógena, aspecto que resulta del hecho que el legislador, a través del art. 441, párrafo (1), del Código civil, hace referencia expresa a la existencia de un «tercero» donante, y por el párrafo (3) del mismo artículo regula la posibilidad de recurrir a la reproducción humana médicamente asistida, tanto para los cónyuges como para los convivientes²³. Siendo así, en el supuesto de que el material genético proviene enteramente del interior de la pareja, la filiación paterna se determinará según las reglas del derecho común, aplicando, respectivamente, la presunción de paternidad en el caso de los cónyuges, y reconociendo o estableciendo judicialmente la paternidad, en el caso de las parejas de hecho.

A pesar de que, evidentemente, en el caso de la inseminación artificial endógena y de la fertilización *in vitro* endógena, los problemas relativos a la determinación de la filiación no son tan agudos, aún ellas pueden existir, por referencia al derecho común. El *ius commune* en materia de establecimiento de la filiación, más precisamente de la paternidad, comienza con la hipótesis de que la fecundación se produjo naturalmente como consecuencia de una relación sexual entre los cónyuges²⁴. Tanto la fertilización

physiological parameters in preterm lambs treated with ex vivo uterine environment therapy for a period of 1 week», *The American Journal of Obstetrics & Gynecology*, vol. 217 (2017), núm. 4, p. 457 y ss.

²³ Véase, en el mismo sentido, HAGEANU, Cristina Codruța, *Dreptul familiei...*, op. cit., p. 261.

²⁴ Esta conclusión se deriva de la interpretación sistemática e histórica de las disposiciones legales que regulan los mecanismos para establecer la paternidad. Así, tenemos que señalar que el legislador no condicionó ni el establecimiento ni la negación de la paternidad a la realización de un peritaje de ADN, respectivamente, a la existencia de un nexo genético entre el hijo y el padre. Tal condición jurídica no existe ni siquiera en el caso de la acción de negación de paternidad intentada por el presunto padre

artificial como la fertilización *in vitro* excluyen las relaciones sexuales, que se sustituyen por el procedimiento médico²⁵. En tales circunstancias surge la interrogante de hasta qué punto se puede establecer judicialmente la paternidad cuando la pareja extramatrimonial de la madre se niega a reconocer al niño, o si la paternidad puede ser impugnada con éxito por el marido de la madre, la hipótesis en la que el material genético fue utilizado sin el consentimiento de la pareja o incluso si hay consentimiento se plantea en el sentido de utilizar el material genético, no para establecer una filiación posterior²⁶. Evidentemente, entre el conviviente o el cónyuge y el hijo existirá una relación de descendencia genética, pero es discutible hasta qué punto esta es suficiente para la determinación de la filiación por referencia a los supuestos hipotéticos tenidos en cuenta por el legislador rumano en el momento de la promulgación de las reglas en materia de filiación.

El Código civil no regula a través de sus disposiciones comunes, la modalidad de reproducción por fertilización artificial o fecundación *in vitro* endógena; lo que preconiza el derecho común es que al ser la reproducción por medios naturales, lo cual no implica la existencia de un consentimiento expreso del padre respecto de la utilización de su material genético o del establecimiento de una filiación posterior, la paternidad está determinada sobre la base de un elemento factual representado por la

biológico; en los términos en que el art. 432 del Código civil reclama de modo preliminar la remoción de la paternidad inicial al establecimiento de la paternidad hacia el demandante, no requiere que tal establecimiento se haga exclusivamente a través de una prueba de ADN. Posteriormente, las acciones de paternidad no experimentaron cambios de fondo con respecto a la antigua regulación. Sin embargo, es indudable que cuando se adoptó el Código de familia, la única forma de concepción que se tenía en cuenta era la concepción natural. Finalmente, algunas disposiciones conducen indirectamente a esta conclusión porque vinculan el mecanismo de establecimiento de la filiación al hecho de la convivencia. Por ejemplo, la presunción de paternidad, prevista por el art. 414, párrafo (1), del Código civil comienza con la idea de la convivencia de los cónyuges durante el tiempo legal de la concepción. Igualmente, el art. 426, párrafo (1), del Código civil establece que la paternidad se presume si el presunto padre vivía con la madre del niño durante el tiempo legal de la concepción.

²⁵ Como bien se observa en la literatura especializada (MOLOMAN, Bogdan Dumitru/URECHE, Lazăr Ciprian, *Noul Cod civil...*, *op. cit.*, p. 559), en el supuesto de que la madre recurre a un tercero para quedar embarazada, y el embarazo se produce como consecuencia de un acto sexual y no por la intervención de un procedimiento médico, no estamos en presencia de una hipótesis de reproducción humana médicamente asistida con un tercer donante. En esta situación, la filiación se establecerá de acuerdo con el derecho común, sin excluir el establecimiento de la paternidad hacia el tercero «donante».

²⁶ Desde este punto de vista, cabe señalar que en el caso de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, estamos hablando de varias manifestaciones de voluntad, cada una de las cuales incide sobre un elemento específico. Habrá así un primer consentimiento del tercero donante, luego un consentimiento del cónyuge o pareja para someterse al procedimiento de reproducción humana médicamente asistida (que se puede retirarse en cualquier momento hasta el momento de la concepción) y, aparentemente, un tercer consentimiento del conviviente, manifestado bajo la forma de reconocimiento de paternidad. O, en la hipótesis adelantada por nosotros, solo existiría el primer consentimiento y, posiblemente, el segundo. Sobre los contratos incidentes en este asunto, véase, en detalle, MOTICA, Adina R./TEC, Lavinia M., «Familia prin contract», *op. cit.*, pp. 360-366.

existencia del acto sexual que se materializó en un embarazo. Precisamente por eso, desde nuestro punto de vista, en el derecho común, el objeto de la prueba en las acciones de paternidad será primordialmente la existencia de relaciones sexuales entre los cónyuges durante el periodo de referencia, donde el examen de ADN tiene más bien la función de excluir la *exceptio plurium concubertium*²⁷, está siendo la razón por la cual el examen de ADN (ácido desoxirribonucleico) no es una prueba preceptiva en este tipo de acciones, a diferencia de otras situaciones, donde el legislador ha previsto de manera imperativa la necesidad de realizar un examen²⁸. En cambio, en el caso de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, la filiación ya no se establece sobre la base de un elemento fáctico, sino sobre la base del consentimiento múltiple calificado, mediante el cual el futuro padre expresa su acuerdo tanto en lo que se refiere a la utilización de su material genético, como respecto de la determinación de la paternidad en relación con el hijo resultante. No obstante, incluso en el caso de parejas, no puede ser absolutamente excluido el supuesto de que la madre puede utilizar el material genético de su pareja sin tener un acuerdo en este sentido, o que el acuerdo se refiera únicamente al uso del material genético, y no al establecimiento después de la filiación, especialmente en el caso de que los socios no están casados²⁹. En tales circunstancias, parece obligado la extensión de las disposiciones comunes relativas a la determinación de la paternidad a los supuestos de inseminación o fecundación *in vitro*, aunque sean endógenas.

Además, se puede señalar que en materia de impugnación de paternidad, el legislador se refiere, en el contenido del art. 432 del Código civil, al «padre biológico», y no al genético. En el caso de la reproducción natural, la realidad biológica y genética se

²⁷ Desde este punto de vista, por ejemplo, en una acción para establecer la paternidad, si se prueba sin lugar a dudas que la única persona con la que la madre tuvo relaciones sexuales durante el tiempo legal de la concepción es el presunto padre, es poco probable que alguna Corte considere útil también la prueba de pericia de ADN.

²⁸ Un ejemplo en este sentido es el art. 421, párrafo (2), del Código civil, en materia de la denuncia de la filiación que no esté de acuerdo con la posesión de estado. Véase, en el mismo sentido, el art. 7, párrafos (4) y (5), de la Ley núm. 273/2004, en materia de adopción.

²⁹ Bueno, imaginemos un ejemplo en cual la esposa hereda los derechos sobre el material genético criogénico del esposo fallecido. Después de 10 años, decide tener un hijo usando ese material genético. En este caso, la madre utilizó el material genético teniendo derecho en este sentido; pero aún surge la interrogante de cómo establecer la filiación paterna. Aunque la base de la concepción es precisamente la existencia de una relación matrimonial, no podría plantearse la cuestión de establecer la paternidad mediante la aplicación de la presunción *pater is est*, porque, por definición, el padre estaba muerto hace mucho tiempo en el momento de la concepción del niño y su nacimiento, y el matrimonio se terminó por la muerte. Quedaría, paradójicamente, concluir que estamos en presencia de un hijo extramatrimonial. En este caso, si se admite que la filiación puede establecerse sobre la base de una simple prueba de ADN, incluso sin existir una relación sexual, significaría que la filiación podría establecerse hacia el padre fallecido, quien ni siquiera expresó su consentimiento para ese aspecto y que ya había fallecido desde 10 años en el momento del nacimiento del niño.

corresponderán invariablemente, pero en la hipótesis de la reproducción humana médicamente asistida, ambas pueden dissociarse. Así, hemos visto que la fertilización *in vitro* permite utilizar óvulos de una tercera donante, que una vez fecundados se implantan en el útero de la madre. En tal situación, la madre biológica será quien dará a luz al niño, y la «madre genética» será quien donó el material germinal. Si la distinción parece fácil en el caso de la madre, surge la pregunta de hasta qué punto podemos hablar de tal diferenciación en el caso del padre. Entonces, en el contexto de la gran distorsión de las modalidades reproductivas, ¿qué significa realmente la paternidad? ¿Es el padre del niño aquel cuyo material genético se utilizó para fertilizar el óvulo?³⁰ En presencia de reproducción médica, ¿seguimos hablando de una paternidad biológica o solo de una genética? ¿Se superponen las dos invariablemente? ¿Podemos realmente hablar de un padre biológico si no se trata de un niño concebido naturalmente?³¹ Precisamente para evitar tales cuestiones, quizás no hubiera estado mal que el legislador dispusiera de un marco normativo especial, incluso para el supuesto de inseminación artificial o de la fertilización *in vitro* endógena.

En segundo lugar, aunque no esté expresamente previsto, los arts. 441 y siguientes del Código civil solo regulan la hipótesis en que el tercero donante es desconocido, aspecto que resulta de la rigurosa forma con la que se regulan las condiciones relativas a la confidencialidad por el art. 445 del Código civil, que excluye cualquier interacción y conocimiento mutuo entre el donante y el hijo o los padres³². Siendo así, incluso si se trata de una inseminación o fecundación heteróloga, si el donante es conocido, las disposiciones especiales no parecen ser aplicables, lo que complica sustancialmente la determinación de la filiación en el ámbito del derecho común. Si es aplicable el derecho común y se admite que la filiación puede establecerse de esta manera, aun en ausencia de relaciones sexuales, parecería que frente al tercero, con quien la madre no está en

³⁰ No se puede ignorar que a pesar de los avances científicos, aunque tengan un altísimo grado de precisión, el examen de ADN no expresa, no obstante, una verdad absoluta, sino solo una extremadamente probable. Nos preguntamos, por lo tanto, si en el contexto del derecho común, el demandado probaría absolutamente que durante el tiempo legal de la concepción no hubo una relación sexual con la madre del niño, ¿podría el juez determinar la filiación sobre la base de un examen que es desfavorable para él?

³¹ Desde nuestro punto de vista, también en el caso de la paternidad se puede establecer una disociación entre la paternidad biológica y la paternidad genética: la paternidad biológica regresa al hijo concebido de forma natural, y la paternidad genética al hijo concebido por inseminación artificial o fecundación *in vitro*.

³² Además, todo el marco normativo relativo a la reproducción humana médicamente asistida se configura en torno a la idea del completo anonimato del tercero donante. En el mismo sentido, para la legislación francesa y británica, véase FLORIAN, EMESE, «Considerații asupra filiației...», *op. cit.* En el sentido de que en el caso de la legislación interna estamos hablando de confidencialidad más que de pleno anonimato, véase FLORIAN, EMESE, «Filiația...», *op. cit.*, p. 128.

ninguna relación, pero a quien conoce, se puede establecer la filiación por la vía judicial, a pesar de que el tercero solo consintió en la donación de líquido seminal³³.

Precisamente por eso, apreciamos que es necesario que el legislador intervenga y regule de forma distinta tanto el supuesto de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* endógena, como el de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* con tercer donante conocido, o que regule expresamente que esta última hipótesis está cubierta por las normas relativas a la reproducción humana médicamente asistida.

En tercer lugar, a modo de interpretación, se puede deducir que a través de las normas relativas a la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, el legislador no reconoció la posibilidad de la gestación por sustitución o maternidad subrogada³⁴. Este aspecto resulta del contenido de los arts. 441, 443, 444 y 446 del Código civil, que se refieren únicamente al tema de la paternidad en el marco de la reproducción humana médicamente asistida³⁵, por lo tanto, la maternidad continuará estando absolutamente determinada por el hecho del nacimiento³⁶. Además, a nuestro modo de ver, a pesar de algunas soluciones de casos completamente excepcionales, la maternidad subrogada está prohibida por el derecho positivo, contraviniendo principios fundamentales del derecho, como la inviolabilidad e indisponibilidad del cuerpo humano, la determinación absoluta de la filiación materna por el hecho del nacimiento, la incesibilidad del cuerpo humano, etc. Así, cualquier contrato que tenga

³³ Un contraargumento se encuentra en el art. 441, párrafo (1), del Código civil, que prohíbe explícitamente establecer un vínculo de filiación entre el hijo así concebido y el donante, pero no podemos perder de vista que la hipótesis considerada es la del tercero donante anónimo inicial. Sin embargo, considerando la lógica de la regla, creemos que esta debería aplicarse también en la situación mencionada y restringir la posibilidad de establecer un vínculo de filiación entre el hijo y el donante, aun cuando este fuera conocido en el momento de la donación.

³⁴ Véase, en el mismo sentido, FLORIAN, Emese, «Filiația...», *op. cit.*, pp. 124-125.

³⁵ Podemos notar, por ejemplo, que el art. 441, párrafo (1), del Código civil establece de manera expresa e imperativa que no se puede establecer ningún vínculo de filiación entre el tercero donante y el hijo, lo que excluye, como resultado, el establecimiento de vínculos de filiación entre los coprogenitores cuyo material genético ha sido utilizado y el hijo resultante de la gestación subrogada. Además, la estricta obligación de confidencialidad sobre la identidad del donante, derivada del art. 445 del Código Civil entra en evidente contradicción con la idea de establecer un vínculo de filiación con él.

³⁶ Véase, en el mismo sentido, FLORIAN, Emese, «Filiația...», *op. cit.*, pp. 124-125. Ante el hecho de que la maternidad subrogada es un tema muy debatido en otros países, y nuestra práctica admitía, aunque fuera accidentalmente, tal posibilidad, era necesario que el legislador estableciera expresamente que esta hipótesis no está cubierta por las normas relativas a la reproducción humana médicamente asistida, para poner fin a cualquier debate. O si él quisiera regular tal posibilidad, aunque no parece resultar de esa manera, por lo que se colige del contenido del art. 441 y siguientes del Código civil, era necesario aclararlo mucho más, arriesgándose, de lo contrario, a dar lugar a verdaderas monstruosidades jurídicas. La confusión es aún más grande que lo que inicialmente el proyecto de Código Civil preveía, en el sentido de regular expresamente la nulidad absoluta de una convención de procreación o gestación por otro. Este texto fue eliminado durante los debates parlamentarios. Véase, en este sentido, AVRAM, Marieta, *Drept civil...*, *op. cit.*, p. 401, n.p. 1.

por objeto la gestación por sustitución es *de lege lata* absolutamente nulo y no puede producir ningún tipo de efectos en materia de filiación.

Una vez excluidas las hipótesis de la reproducción humana médicamente asistida en las que las normas legales no son aplicables, observamos que a través de las disposiciones especiales, el legislador ha regulado tanto el supuesto de la inseminación artificial exógena como el de la fecundación *in vitro* exógena; en consecuencia, las disposiciones van a ser aplicables con independencia de que la fecundación se produzca *in vivo* o *in vitro*. Al mismo tiempo, dado que el legislador no distingue, es igualmente posible que el material genético del tercero sea masculino o femenino o a la vez masculino y femenino³⁷. Por lo tanto, no está excluida la hipótesis en la que se utiliza exclusivamente material germinal externo, y al final no hay ninguna descendencia genética entre el niño y sus padres, sino solo una biológica en relación con la madre³⁸.

En relación con lo dispuesto por el art. 441, párrafo (3), del Código civil, tanto un *hombre y una mujer o una mujer soltera* pueden solicitar la reproducción humana médicamente asistida, con un tercero donante. La disposición evocada requiere varias aclaraciones. En primer lugar, cabe señalar que dos personas del mismo sexo no pueden convertirse en padres por esta vía, refiriéndose el legislador, expresamente, en el caso de las parejas, a «un hombre y una mujer»³⁹. Además, al estar excluida la gestación de sustitución, un hombre soltero no puede utilizar este mecanismo. En cambio, una mujer soltera puede recurrir a la reproducción humana médicamente asistida. La referencia del legislador a una «mujer soltera» no debe entenderse referida a una mujer que no tiene pareja, siendo irrelevante si está o no en una relación oficial o de convivencia. El supuesto que se tiene en cuenta es aquel en el que solo la mujer desea recurrir a este proceso reproductivo, independientemente de su estatus con respecto a la relación. Cuando la mujer está casada, la ausencia del consentimiento del marido tendrá efectos, como vamos a ver, sobre la incidencia de la presunción de paternidad. En otras palabras, el legislador reconoció el derecho de la mujer/esposa a

³⁷ En el sentido de que está reconocida exclusivamente la hipótesis de reproducción humana médicamente asistida con un tercer donante varón, siendo necesario que en todos los casos el material genético femenino provenga de la madre, véase LUPAȘCU, Dan/CRĂCIUNESCU, Cristiana Mihaela, *Dreptul familiei* [trad.: Derecho de familia], 3ª ed., mejorada y actualizada, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2017, pp. 431-432. En el sentido de que la utilización singular de la noción «donante», pues resulta que está excluido el uso de una pluralidad de terceros donantes, véase MOTICA, Adina R./TEC, Lavinia M., «Familia prin contract», *op. cit.*, pp. 362-363. En sentido contrario véase FLORIAN, Emese, «Filiația...», *op. cit.*, p. 123; HAGEANU, Cristina Codruța, *Dreptul familiei...*, *op. cit.*, p. 262.

³⁸ En este caso, el establecimiento de una filiación natural hacia al padre es pura ficción, pues entre el padre y el hijo no hay ninguna conexión biológica o genética.

³⁹ Véase, en el mismo sentido, FLORIAN, Emese, «Filiația...», *op. cit.*, p. 126.

recurrir a la reproducción humana médicamente asistida, incluso en caso de un rechazo del marido⁴⁰. Una decisión adoptada unilateralmente por la esposa podría ser vista como una violación de la obligación prevista por el art. 308 del Código civil⁴¹ y como una razón de divorcio, exclusivamente por su culpa, a falta de otros elementos, considerando que a pesar de que él tiene un descendiente, constituye una queja razonable, ninguno de los cónyuges puede ser obligado al respecto y, además, el descendiente que resultó de la reproducción humana médicamente asistida no va tener ninguna conexión genética con el marido.

No obstante, a diferencia de otras legislaciones, nuestro Código civil no exige que el hombre y la mujer que acudan a la reproducción humana médicamente asistida estén casados o incluso en una relación. Siendo así, desde el punto de vista legal, es perfectamente posible que dos personas de diferente sexo recurran a este procedimiento médico en ausencia de cualquier relación⁴². Creemos que tal elección del legislador no es precisamente feliz en las condiciones en que va ser reconocida, basada en un simple consentimiento, una filiación paterna de una persona que no tiene ningún vínculo genético o biológico con el menor y ni siquiera está involucrado en alguna relación con su madre, hecho que permite la aplicación de las normas incluso para eludir las disposiciones en materia de adopción.

Por último, es necesario señalar que los elementos que fundamentan la decisión de recurrir a la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante pueden ser de los más diversos. Generalmente, para superar la imposibilidad natural de la procreación, recurrirán a este procedimiento médico las parejas infértiles o aquellos que padezcan alguna enfermedad genéticamente transmisible⁴³. Ante tal situación, el procedimiento tiene un papel curativo (reparador), al estar destinado a eliminar un problema de orden médico, lo cual lo hace mucho más aceptable social y éticamente. Sin embargo, al menos a nivel de norma general, el legislador no resumió, contrariamente a otros ordenamientos jurídicos, la posibilidad de recurrir a la reproducción humana médicamente asistida solo en este supuesto⁴⁴. No obstante, no

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 126-127.

⁴¹ Según el art. 308 del Código civil, «Los cónyuges deciden de mutuo acuerdo en todo lo relativo al matrimonio».

⁴² Para la legislación francesa, véase FLORIAN, Emese, «Considerații asupra filiației...», *op. cit.*

⁴³ En el sentido de que solo las parejas infértiles pueden usar este método de procreación, véase MOLOMAN, Bogdan Dumitru/URECHE, Lazăr Ciprian, *Noul Cod civil...*, *op. cit.*, p. 561.

⁴⁴ Véase, en este sentido, MOTICA, Adina R./TEC, Lavinia M., «Familia prin contract», *op. cit.*, p. 358. Podría afirmarse que subsiste tal condición, a través del art. 442, párrafo (1), del Código civil, que se refiere a los padres que desean recurrir al procedimiento «para tener un hijo», lo que podría interpretarse como que no fue posible la procreación fuera de la reproducción humana médicamente asistida. Empero, tal

se puede obviar la incidencia de otras situaciones no relacionadas con un trastorno médico. Si en la hipótesis de las parejas es improbable que recurran al procedimiento más allá de la situación de infertilidad o enfermedad, no se puede decir lo mismo sobre la mujer soltera que recurre a la reproducción humana asistida o sobre el hombre y la mujer entre los cuales no existe ninguna relación. En estas últimas situaciones, es difícil justificar, desde un punto de vista ético y moral, por qué el legislador optó por reconocer la posibilidad de recurrir a la reproducción humana médicamente asistida⁴⁵, más aún cuando, en otros aspectos relativos al derecho de familia, el mismo legislador demostró ser extremadamente conservador.

4. REQUISITOS NECESARIOS PARA RECURRIR A LA REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA

Pese a que el término marginal del art. 442 del Código civil es «Requisitos», este no regula de manera exhaustiva los requisitos que se deben cumplir para poder recurrir a la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante; algunas condiciones adicionales resultan del tenor del art. 441 del Código civil, y otras muy probablemente serán reguladas por la ley especial⁴⁶. Resumiendo al marco normativo regulado por el Código civil, podemos deducir que para poder recurrir a la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante debe existir una pareja formada por personas de distinto sexo o una mujer sola (4.1.), que va dar un consentimiento previo calificado para recurrir al procedimiento (4.2.).

4.1. *La persona o las personas legitimadas para utilizar el procedimiento*

Como ya hemos adelantado, la reproducción humana médicamente asistida puede ser utilizada tanto por una pareja formada por miembros de diferente sexo, como por una mujer sola. Ambos supuestos, no obstante, plantean una serie de problemas específicos.

interpretación parece forzada, pues la norma es demasiado vaga y dudosa en este aspecto. El art. 5, párrafo (1), del proyecto de ley establecía claramente una limitación, según la cual solo se permitía recurrir a la reproducción humana médicamente asistida en caso de infertilidad diagnosticada y para evitar la transmisión de una enfermedad.

⁴⁵ Spre exemplu, în cazul reproducerii umane asistate medical la cererea unui bărbat și a unei femei care nu au o relație, prin definiție copilul se va naște încă de la început într-o familie monoparentală și va avea paternitatea stabilită față de o persoană cu care nu are nicio legătură biologică și genetică. Ba mai mult, s-ar putea ca inclusiv cu mama să aibă doar o legătură biologică, iar nu și genetică, dacă gameții feminini au provenit de la terț donator.

⁴⁶ De acuerdo con la doctrina (NICOLAE, I., «Assisted Human Reproduction by Using a Donor...», *op. cit.*, pp. 49-50), la ley especial debe prever, obligatoriamente, la evaluación psicológica preliminar de los padres potenciales, teniendo en cuenta las implicaciones psicológicas mayores que presupone tal paso y el efecto de algunas posibles patologías psicológicas sobre su capacidad para criar y educar al niño así concebido.

En cuanto a las *parejas*, el legislador hace referencia expresa, a través del art. 441, párrafo (3), del Código civil, a «un hombre y una mujer», al disponer que solo los miembros de una pareja heterosexual pueden ser padres en virtud de las normas relativas a la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante. Aunque aparentemente claro e indiscutible, este precepto requiere ciertas aclaraciones.

Como primer aspecto, en los términos en que establece el art. 441 y siguientes del Código civil, este no regula la maternidad subrogada, el problema de la estructura de relaciones se planteará solamente en el supuesto de la pareja formada por dos mujeres, teniendo en cuenta que en el contexto normativo dado, al menos uno de los miembros de la pareja debe tener capacidad de carga biológica de embarazo. Pese a ello, la prohibición también se aplicará a las parejas formadas por dos hombres en el momento en que sea posible que un hombre lleve un embarazo.

Entonces surge la interrogante de en qué medida el requisito mencionado *supra* está relacionado con la identidad sexual biológica o la identidad jurídica; en otras palabras, si la referencia hecha por el legislador al «hombre y mujer» debe ser entendida como referencia al componente biológico o jurídico.

Los avances de la ciencia médica en las últimas décadas han hecho posible no solo la procreación fuera de las relaciones sexuales, sino también la reconciliación de la identidad sexual de una persona con la realidad biológica. Específicamente permitió que las personas transgénero tuvieran acceso a una gama de tratamientos y cirugías diseñadas para permitirles cambiar su sexo biológico de conformidad con su identidad sexual. Como efecto, la mayoría de las leyes occidentales permiten el reconocimiento de la nueva realidad biológica, incluso por una correlación de los actos del estado civil con el género resultante tras el cambio de sexo, posibilidad que está siendo reconocida incluso en nuestro país, por el art. 43, letra i), de la Ley núm. 119/1996⁴⁷.

En este contexto, nos encontramos ante la problemática de cómo aplicar el art. 441, párrafo (3), del Código civil en el supuesto de las personas transexuales. Como un primer aspecto, apreciamos que el legislador no excluyó, en principio, a las personas transexuales de la reproducción humana médicamente asistida, siempre que se cumpla el requisito impuesto por el art. 441, párrafo (3), del Código civil, de que los miembros de la pareja que desean apelar a este procedimiento van a ser «un hombre y una

⁴⁷ Ley núm. 119/1996 sobre actas del estado civil, publicada en B. Of. núm. 339 del 18 de mayo de 2012.

mujer». Sin embargo, es necesario establecer si en el caso de los transexuales, el género que ha tenido en cuenta el legislador es el relacionado con la identidad sexual, independientemente de la realidad biológica; el biológico resultante del cambio de sexo, aunque no se corresponda con las actas del estado civil; o solo el género reflejado en las actas del estado civil. Las dificultades van a existir entonces cuando, en relación con el sexo biológico con el que han nacido, los miembros de la pareja tienen el mismo sexo, pero el sexo de uno de ellos fue cambiado posteriormente; o si, en caso de que, referido al mismo elemento, los miembros de la pareja tienen sexo diferente, pero después del nacimiento uno de ellos se sometió a un cambio de sexo. En la primera hipótesis, el cambio de sexo conduciría aparentemente al cumplimiento del requisito previsto por el art. 441, párrafo (1), del Código civil, mientras que el segundo supuesto llevaría a la sustracción de la pareja del ámbito de la reproducción humana médicamente asistida.

En cuanto al primer aspecto, el de tener una identidad sexual distinta a la biológica, frente a la formulación categórica e imperativa del legislador, apreciamos que la mera existencia de una dicotomía entre la identidad sexual y la realidad biológica no es suficiente *per se* para que exista conformidad con lo dispuesto por el art. 441, párr. (3), del Código civil, cuando los miembros de la pareja tienen de hecho el mismo sexo biológico. Entonces, incluso si una persona determinada tiene una identidad sexual diferente a la biológica y está en una relación con una persona del mismo sexo biológico, esto no será suficiente para permitir la aplicación del art. 441, párr. (3), del Código civil, pues el fin que persigue el legislador es establecer la filiación en el marco de la reproducción humana médicamente asistida, en los mismos parámetros e igual configuración que la filiación natural. Igualmente, en el caso de que los miembros de la pareja sean de distinto sexo biológico, pero uno de ellos tiene identidad sexual diferente a la biológica, ello no impide que se recurra a la reproducción humana médicamente asistida.

A pesar de que la ley nacional reconoce, como hemos visto, la posibilidad de cambiar el sexo biológico, lamentablemente también en este aspecto el marco normativo es extremadamente ambiguo e inexacto, hecho que se traduce en un engorroso y largo procedimiento para hacer coincidir las actas del estado civil con la nueva realidad biológica. En el caso de que los miembros de la pareja fueran inicialmente del mismo sexo desde el punto de vista biológico, si las actas del estado civil coincidieran con el sexo biológico recién adquirido, consideramos que no hay ningún impedimento para esa persona, comprometida en una relación con una persona de sexo diferente, para

recurrir a la reproducción humana médicamente asistida⁴⁸. Dado que es perfectamente posible que la persona que solicitó el cambio de sexo siga apareciendo en las actas del estado civil con su antiguo sexo, surge la duda de hasta qué punto podría recurrir, dadas las circunstancias mencionadas, a la reproducción humana médicamente asistida. El problema es un tanto mayor cuando el nuevo sexo adquirido es el femenino, y la operación de cambio de sexo supuso además un trasplante de útero, y la persona en cuestión puede, teóricamente, llevar un embarazo⁴⁹. A falta de una disposición legal expresa, es difícil dar una respuesta a esta pregunta, que va más allá de cualquier crítica. Si lo que interesa al legislador es solo el aspecto biológico, entonces no habría ningún impedimento; desde el punto de vista biológico, ambos miembros de la pareja son de distinto sexo, aunque según las actas del estado civil sean del mismo sexo. En cambio, si se tuviera en cuenta el sexo reflejado en las actas del estado civil, entonces no se ha cumplido la condición prevista por el art. 44, párrafo (3), del Código civil. En lo que a nosotros respecta, partiendo de la consideración de que en materia de relaciones jurídicas el cambio de sexo produce efectos solo después de haber sido reconocido jurídicamente mediante la modificación de las actas del estado civil, podemos afirmar que el simple cambio de orden biológico no es suficiente, por lo que es necesario, además, que la persona interesada obtenga un reconocimiento legal de esta nueva realidad antes de recurrir a la reproducción humana médicamente asistida⁵⁰. Por las mismas razones, significa que en el supuesto de parejas que inicialmente tenían diferente sexo biológico, pero uno de ellos solicitó un cambio de sexo, pero sin proceder también al cambio de las actas del estado civil, la modificación biológica en cuestión no podrá impedir por sí misma el recurso de la pareja a la reproducción humana médicamente asistida.

Es necesario enfatizar que la diferenciación de género entre los miembros de la pareja debe subsistir entre el momento de otorgar el consentimiento informado, previsto por

⁴⁸ Por otra parte, si en relación con el sexo biológico recién adquirido, y respecto del cual se modificaron las actas del estado civil, los miembros de la pareja van a ser del mismo sexo, ya no se podrá acudir al procedimiento de reproducción humana médicamente asistida, porque no se ha cumplido la condición de diferenciación sexual.

⁴⁹ Sobre este particular, en 2018 nació el primer hijo de una mujer beneficiada de un trasplante de útero. Véase, en este sentido, <https://edition.cnn.com/2018/12/04/health/uterus-transplant-deceased-donor-study/index.html> [último acceso en el 1 de mayo de 2019, 19:40]. En caso de que el sexo adquirido es masculino, el interés va a subsistir, teniendo en cuenta que a través del art. 441 y siguientes del Código civil, el compañero de la madre se convierte en el padre del hijo, como consecuencia de la aplicación de la presunción de paternidad o del reconocimiento, según el caso, aunque su material genético no haya sido utilizado para la procreación.

⁵⁰ Otro argumento en este sentido es que, en el contexto normativo dado, la verificación del cumplimiento del requisito solo podría hacerse por referencia a las actas del estado civil, siendo imposible sustituirla por otros medios de prueba.

el art. 442 del Código civil, y el momento de establecimiento de la filiación mediante la aplicación de la presunción de paternidad, o según sea el caso, el reconocimiento o establecimiento de la paternidad por la vía judicial. En consecuencia, no es suficiente que los miembros de la pareja tengan distinto sexo al momento de iniciarse el procedimiento, siendo necesario que esto se mantenga hasta que la filiación del hijo resultante de la reproducción humana médicamente asistida haya sido establecida. Esta conclusión resulta de la redacción del art. 441, párr. (3), del Código civil, que establece que «*los padres* [...] solo pueden ser un hombre y una mujer» (s.n.). O bien, la adquisición de la cualidad de padre nace junto con el establecimiento de la filiación, inmediatamente después del nacimiento del hijo. Si ocurriera un cambio entre el momento de otorgar el consentimiento informado y el de establecer la filiación, la filiación solo podrá establecerse con respecto a la madre, quedando sin efecto el consentimiento emitido por el futuro padre⁵¹. Por otro lado, cualquier cambio realizado después de que se haya establecido la filiación sigue siendo irrelevante, ya que no es posible alterar una filiación legalmente establecida.

Otro asunto es saber cuándo va a ser verificada la condición del sexo diferente de las personas que componen la pareja. El problema se plantea tanto en el caso de personas solteras como casadas, pero en este último caso solamente cuando el matrimonio se haya formalizado en el extranjero, teniendo en cuenta que en Rumanía está prohibido el matrimonio entre personas del mismo sexo. La autoridad que tiene el papel y la competencia para actuar como primer filtro de legalidad y para establecer que se cumplen los requisitos legales para proceder a la reproducción humana médicamente asistida con un tercer donante, es el notario público. Este será el que verificará implícitamente el cumplimiento del requisito de diferenciación sexual en el momento del consentimiento, según el art. 442 del Código civil. Así, si el notario comprueba que no se cumple la condición de heterosexualidad de la pareja, se negará a legalizar el consentimiento. Para que la comprobación de la condición sea posible e inequívoca se requiere que ambas personas se presenten simultáneamente ante el mismo notario, y en el acto de consentimiento debe mencionarse que se trata de la hipótesis de una manifestación de voluntad para la reproducción humana médicamente asistida expresada por un hombre y una mujer, con la indicación de sus datos. Este aspecto debe ser revisado posteriormente, también, por el médico que presta la asistencia reproductiva, quien deberá solicitar a los miembros la prueba del consentimiento y que este ha sido validado por el notario, en el supuesto de que se trata de una pareja, no solo de una madre soltera. Finalmente, el control más importante lo realizará el oficial

⁵¹ Por definición, la hipótesis es aquella en la que las parejas han tenido sexos biológicos diferentes, pero luego la pareja masculina ha sufrido un cambio de sexo.

del estado civil cuando se redacten las actas del estado civil del niño. Si este comprueba que los miembros de la pareja son del mismo sexo, la filiación solo se establecerá respecto de la madre, de la cual resulta el hecho del nacimiento. Asimismo, se realizará una verificación por el tribunal cuando va a ser investido con una solicitud de demanda judicial para el establecimiento de paternidad vía judicial o, en su caso, de una acción dirigida contra el rechazo del oficial del estado civil a registrar la paternidad, según el art. 9 de la Ley núm. 119/1996.

En este contexto, también debemos mencionar el hecho de que el art. 441, párr. (3), del Código civil no impide que las parejas de lesbianas recurran al procedimiento de reproducción médicamente asistida con un tercero donante, sino únicamente el establecimiento de la filiación hacia ambas mujeres. En consecuencia, cualquiera podrá recurrir al procedimiento, pero en calidad de «mujer soltera», y será reconocida la maternidad solamente a la persona que dio a luz al niño.

Entonces, si el legislador no condiciona en ningún modo la relación entre «*el hombre y la mujer*» que recurren a la reproducción humana médicamente asistida, sea una pareja casada o no, o incluso dos personas entre las que no existe ninguna relación⁵², nos preguntamos si, de verdad, el vínculo entre los dos es completamente irrelevante siempre que sean de diferentes sexos. En concreto, se debe determinar si también las personas en un grado de parentesco que no les permitiría casarse pueden tener la cualidad de padres recurriendo a la reproducción humana médicamente asistida. Partiendo de las razones para la prohibición del matrimonio entre parientes próximos, especialmente los vinculados por la vocación sucesoria, y para no poner en riesgo la estructura de los vínculos de parentesco, apreciamos que la respuesta debe ser una negativa. Siendo así, considerando lo que estipula el art. 274 del Código civil, apreciamos que un hombre y una mujer que sean parientes en línea directa, o inclusive en línea colateral hasta el cuarto grado, no pueden acudir al procedimiento de reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante.

Finalmente, según la redacción de la norma, no se excluye que el hombre y la mujer que recurran a la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante estén casados entre ellos o con otras personas. En consecuencia, a falta de una prohibición expresa en este sentido, pueden utilizar el procedimiento médico un

⁵² Véase, en este sentido, MOLOMAN, Bogdan Dumitru/URECHE, Lazăr Ciprian, *Noul Cod civil...*, op. cit., p. 559. Sobre las restricciones que existen en otros sistemas jurídicos sobre este aspecto, véase NICOLAE, Ioana, «Assisted Human Reproduction by Using a Donor...», op. cit., p. 53-54.

hombre y una mujer casados con terceros de este procedimiento, hecho que complicará mucho el problema de la filiación.

En relación con *la mujer soltera* que desea ser progenitora recurriendo a la reproducción humana médicamente asistida, como hemos visto, el legislador no vincula este estatuto con el estatuto de persona involucrada en un matrimonio, por lo que es igualmente posible que una mujer casada y una mujer soltera recurran a este remedio. De esta forma, la referencia a la «mujer soltera» pretende enfatizar, por un lado, que el procedimiento es utilizado únicamente por una mujer, y no por una pareja, hecho que tendrá implicaciones en materia de filiación paterna y, por otra parte, que esta no permite la maternidad subrogada, es decir, que un hombre solo recurra al procedimiento.

El estado civil de la «mujer soltera» no es indiferente. Si estuviera casada en el momento de la apelación a la reproducción humana médicamente asistida, su paternidad, o más bien su negación, se hará según los términos que establece el art. 443 del Código civil. En cambio, en el supuesto de que el matrimonio fue celebrado después de acudir al procedimiento, la negación de la paternidad se hará según los términos que exige el derecho común, la premisa del art. 443 del Código civil, siendo aquella en que la madre estaba casada en el momento en que podía emitirse el consentimiento de su marido. A pesar de que las implicaciones de esta distinción son mínimas, su importancia permanece desde el punto de vista probatorio, en el sentido de que en el supuesto de una mujer esté casada a la fecha de la reproducción humana médicamente asistida, es suficiente que su marido acredite que no emitió el consentimiento previsto por el art. 442 del Código civil para obtener la negación de paternidad. Además, en este caso, al ser un hecho negativo, la carga de la prueba sobre la existencia del consentimiento recaerá sobre la madre. Al mismo tiempo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 305 del Código civil, el hecho de que el matrimonio haya sido anulado con posterioridad al inicio del procedimiento, no tendrá ningún efecto sobre el modo de establecer la filiación o, según sea el caso, sobre su denegación, siendo aplicable, en continuación, lo dispuesto por el art. 443 del Código civil.

Finalmente, por los mismos argumentos aludidos en el caso de las parejas, cuando la persona es transexual, el informe se hará sobre su sexo, según resulte de las actas del estado civil, y la modificación posterior del sexo biológico no va a tener ningún efecto sobre la filiación materna establecida por el hecho del nacimiento.

4.2. El consentimiento calificado requerido para recurrir a la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante

El art. 442, párrafo (1), del Código civil, establece que «Los padres que, para tener un hijo, desean recurrir a la reproducción médicamente asistida con un tercero donante deben dar su consentimiento por adelantado, en condiciones que aseguren la total confidencialidad, ante un notario público que le va a explicar, expresamente, las consecuencias de su acto en cuanto a la filiación». La norma citada requiere varias aclaraciones.

En primer lugar, esta institución establece una condición previa obligatoria, que si no se cumple, impide el progreso de la continuación del procedimiento. La verificación de la existencia del consentimiento calificado, la hará el médico que presta la asistencia en la reproducción con un tercer donante. Este tiene la obligación de pedir a la mujer sola o, según sea el caso, al hombre y a la mujer, la prueba de que ese consentimiento existe. Si no existe la prueba, el médico está obligado a rechazar la realización del procedimiento médico.

Entonces, si el legislador impone a ambos progenitores potenciales la obligación de otorgar un consentimiento informado, desde la perspectiva de la filiación habrá consecuencias, fundamentalmente en el ámbito de la paternidad, pues la filiación materna estará determinada absolutamente por el hecho del nacimiento y no puede ser impugnada sobre la base de la existencia de una inadvertencia de naturaleza genética entre la madre biológica y el niño. En cambio, la existencia del consentimiento informado previo constituye el elemento determinante para la configuración posterior del régimen jurídico en materia de paternidad, dependiendo de su existencia o inexistencia, que el hijo resultante tenga o no una paternidad determinada⁵³. De esta manera, si de forma ilícita, el médico llamado a prestar asistencia para la reproducción con un tercer donante no verifica la existencia del consentimiento o el consentimiento emitido viciado en otro modo, en el plan de la filiación los efectos solo existirán en

⁵³ La identificación concreta de las obligaciones derivadas de la manifestación del consentimiento ante notario público es una tarea difícil. En principio, en el supuesto de que el hombre y la mujer no están casados, el hombre asume la obligación de reconocer el hijo así concebido después del nacimiento. En el caso en que están casados, se asume que el hombre no podrá impugnar la filiación, aunque no tenga una conexión genética y biológica con el niño. En lo que se refiere a la mujer, independientemente de que esté casada o no, la expresión del consentimiento tiene el carácter de una suposición de que la filiación del niño se determinará imperativamente con respecto a ella, incluso en ausencia de un vínculo genético. En todos los casos, se asumirá que tanto el hombre como la mujer tendrán para con el hijo todas las obligaciones que integran la patria potestad (autoridad parental), como a un hijo concebido naturalmente.

relación con la paternidad, que ya no podrá ser establecida según los arts. 441 y siguientes⁵⁴.

Es necesario de señalar que a través de las normas que integran el marco jurídico general en la materia de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, el legislador no dispone absolutamente nada en relación con los requisitos de fondo del consentimiento emitido. Más precisamente, no existe ninguna disposición normativa que estipule los requisitos de edad o capacidad. Más allá de la relevancia en el ámbito de la validez del consentimiento, las condiciones sobre la capacidad y edad configuran, junto con el art. 441 del Código civil, la esfera de los sujetos de derecho que tienen la vocación de apelar al método especial de la reproducción humana. A pesar de que, muy probablemente, este aspecto se beneficiará de una reglamentación a través de la ley especial, algunas conclusiones se pueden extraer incluso dentro del marco normativo actual o se pueden intuir prospectivamente. Así, cuando el consentimiento emitido se materialice en un acto jurídico, y teniendo en cuenta los efectos del consentimiento expresado, está excluida la utilización del procedimiento por las personas que se encuentran bajo la tutela especial o los menores que no han cumplido 14 años, según las disposiciones del art. 41, párrafo (1), del Código civil, en conjunción con el art. 37 del mismo Código. En el caso de los menores con capacidad de ejercicio limitada y de los que se beneficia de asesoría jurídica⁵⁵, se complica más el

⁵⁴ No obstante, la prohibición de establecer la filiación respecto al tercer donante, prevista por el art. 441, párrafo (1), del Código civil, seguirá siendo incidente, sobre tercer donante no podrá repercutir ninguna conducta culpable de los padres potenciales, del notario o del médico, que no han respetado el art. 442 del Código civil.

⁵⁵ Tras una decisión del Tribunal Constitucional de Rumanía, a partir de 2022, el legislador rumano modificó significativamente las formas de protección que se dan cuando una persona sufre de *afecciones* médicas que afectan su discernimiento, introduciendo un sistema gradual de protección. Si hasta ahora la persona cuyas facultades mentales estaban afectadas sólo podía ser puesta solamente bajo interdicción judicial en caso de falta total de discernimiento lo que conduce automáticamente a la eliminación de la capacidad jurídica de ejercicio y a su representación por un tutor en todos los asuntos importantes (como en la hipótesis del niño bajo la edad de 14 años), a raíz de la modificación realizada por la Ley núm. 140/2022, se instituyeron dos formas de protección: la asesoría jurídica y la tutela especial. La asesoría jurídica se aplica cuando la afectación de las facultades mentales de la persona es parcial y es necesario asesorarla continuamente en el ejercicio de sus derechos y libertades. En este caso, en principio, la persona mantiene una capacidad de ejercicio limitada, como un menor que ha cumplido los 14 años, lo que implica que puede celebrar por sí misma los actos de conservación, administración y disposición de escasa trascendencia, mientras que para los actos de disposición importantes ella debe ser asistida por una persona específicamente designada en el momento del establecimiento de la medida de protección. Si la afectación de las facultades mentales de la persona es total y, en su caso, permanente y es necesario ser representada continuamente en el ejercicio de sus derechos y libertades, se adopta la forma de protección de la tutela especial, en cuyo caso, en principio, se suprime la capacidad de ejercicio, la persona podría celebrar en continuación por sí misma sólo los actos de conservación y disposición de escasa trascendencia, como el menor que no ha cumplido los 14 años, por el resto de los actos será representada por una persona determinada designada al momento de

asunto, considerando lo dispuesto en el art. 490 del Código civil, que establece que el progenitor que haya cumplido 14 años ejerce los derechos sobre la persona del menor⁵⁶, los derechos sobre el patrimonio del menor solo se ejercerán por un sujeto jurídico con plena capacidad de ejercicio. Siendo así, en el ámbito del derecho común, el legislador reconoció al progenitor con capacidad limitada de ejercicio incluso la prerrogativa de ejercer los derechos respecto de la persona de su hijo, en cuyo caso, al parecer, no debería haber ningún problema en permitir a este sujeto de derecho recurrir también a la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante. A pesar de esta situación, creemos que ninguna persona con capacidad de ejercicio limitada no pueda recurrir a la forma especial de reproducción humana. La reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, se basa en un mecanismo volitivo con valencias y efectos complejos, que presupone la existencia de manifestaciones de voluntad cualificadas e informadas. En este aspecto, partiendo precisamente de los importantes efectos del consentimiento, el legislador estableció una serie de reglas relativas a la forma y las condiciones en que se manifiesta, señalando que la manifestación del consentimiento solo puede tener lugar ante notario público y solo después de una información previa a los potenciales padres, sobre los efectos del acto que están por celebrar. En otras palabras, el mismo legislador valoró que el elemento que constituye el primer punto de partida del procedimiento, respecto del consentimiento emitido de los futuros padres, reviste especial importancia y debe expresarse de manera que excluya, en lo posible, cualquier discusión sobre su validez. O, por excelencia, se presume que la persona con capacidad de ejercicio limitada no tiene todavía el discernimiento plenamente formado, de modo que la expresión del consentimiento informado sobre una cuestión tan compleja como la reproducción humana médicamente asistida parece imposible. Además, al tratarse de una cuestión estrictamente personal, ante la falta de una regla especial, el consentimiento del potencial progenitor menor no podrá ser complementado con el consentimiento de su representante legal, ni con la autorización del tribunal de tutela. En fin, si el legislador permite el matrimonio del menor solo a partir de los 16 años, y solo con la autorización del tribunal de tutela⁵⁷, menos aún se le debe permitir que recurra a la reproducción humana médicamente asistida antes de alcanzar la mayoría de edad⁵⁸.

institución de la medida, denominada tutor. En ambos casos, sin embargo, el juzgado que ordena la forma de protección puede establecer que la medida de protección se refiere únicamente a determinados actos o categorías de actos.

⁵⁶ Según el art. 41 párr. (1) del Código Civil, la persona que se beneficia de la asesoría jurídica tiene capacidad de ejercicio limitada al igual que un menor que ha cumplido 14 años.

⁵⁷ Véase, en este sentido, art. 272, párrafo (2), Código civil.

⁵⁸ En el sentido de que los padres de intención deben tener plena capacidad de ejercicio, véase FLORIAN, Eemese, «Filiația...», *op. cit.*, p. 126.

Por las mismas razones apreciamos que la posibilidad de recurrir a la reproducción humana médicamente asistida no debe reconocerse ni siquiera a los menores emancipados, según el art. 40 del Código civil, ni al que adquirió la plena capacidad de ejercicio como consecuencia del matrimonio, según el art. 39 del Código civil⁵⁹. El procedimiento debe reservarse exclusivamente a aquellos que tienen un discernimiento suficientemente bien formado para poder comprender completamente las consecuencias del consentimiento emitido ante notario público.

Criar y educar a un niño es una de las tareas más complejas y delicadas posibles. Aunque el derecho y la posibilidad del Estado de intervenir en el ámbito de las relaciones familiares son limitados, no es menos cierto que tiene la obligación constitucional de defender los derechos e intereses de los niños⁶⁰. Si el Estado no puede censurar el derecho de la persona a reproducirse naturalmente, dadas las consideraciones derivadas del derecho natural, surge la pregunta de hasta qué punto esa censura sería posible en el contexto de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, cuando existen elementos susceptibles de sugerir que la persona en cuestión podría constituir un peligro para el futuro niño. Se trata, en particular, de aquellas situaciones en las que el solicitante había sido privado previamente del ejercicio de la patria potestad (autoridad parental) o se le impuso la sanción penal o accesoria de prohibición de los derechos parentales. Desde este punto de vista, parece, al menos, inapropiado que el Estado proporcione a una persona sobre la cual ya se ha determinado que es un peligro para sus hijos, un mecanismo por el cual pueda volver a ser padre. Es cierto que la privación del ejercicio de la patria potestad (autoridad parental) solo puede ordenarse respecto de determinados derechos o determinados hijos⁶¹, pero no debe olvidarse que la medida es de carácter excepcional, que solo se ordena en casos graves, cuando la conducta del progenitor supusiera un peligro sustancial para la vida, la salud o la integridad del menor. Sin embargo, permitir a una persona acerca de la cual se ha demostrado que tiene graves deficiencias en la comprensión de su papel como padre y quien respeta las obligaciones que lo impulsan a recurrir a la reproducción humana médicamente asistida, va en contra del objetivo

⁵⁹ Parcialmente parece haber sido también la condición retenida por el legislador en el art. 10 del proyecto de ley sobre reproducción humana médicamente asistida, rechazado este año por la Cámara de Diputados. Así, aunque el art. 10, párrafo (1), letra a), ha mencionado que es suficiente con que los padres tengan plena capacidad de ejercicio, el párrafo (3) ha establecido que el trasplante de embriones o la inseminación de gametos solo es posible una mujer mayor de 18 años. Como consecuencia, al parecer, el padre también puede ser una persona a la que se le ha reconocido plena capacidad jurídica como consecuencia de la emancipación o del matrimonio, mientras que la madre solo puede ser una persona mayor de 18 años.

⁶⁰ Véase, en este sentido, art. 49 de la Constitución.

⁶¹ Véase, en este sentido, art. 509, párrafo (2), del Código civil.

que persigue el legislador al regular tal posibilidad de reproducción⁶². Igualmente, y por las mismas razones, consideramos que la prohibición del ejercicio de la patria potestad (autoridad parental) como consecuencia de una condena penal debe conducir también a la prohibición de recurrir a la reproducción humana médicamente asistida durante el periodo en que incide la sanción accesoria o complementaria.

Como resulta del art. 442, párrafo (1), del Código civil, el consentimiento informado de los potenciales padres debe intervenir antes del momento de la concepción. Este se emite ante notario público, quien tiene la obligación de explicar a los potenciales padres cuáles son los efectos del consentimiento emitido en materia de filiación. Así, en el caso del hombre, el notario subrayará el hecho de que la paternidad del hijo va ser establecida en su contra, incluso si, en la hipótesis de una inseminación o fecundación exógena, el hijo no tendrá su descendencia genética y que, una vez establecida, la paternidad ya no podrá ser impugnada por nadie. Al mismo tiempo, se le explicará que la retirada del consentimiento puede producirse lo más tarde hasta el momento de la concepción, y que una retirada posterior no tendrá ningún efecto. En el caso de la madre potencial, se le informará que la maternidad se establecerá por el hecho del nacimiento y ya no podrá ser disputada, aunque en el caso de fecundación exógena, el hijo resultante no tendrá su identidad genética⁶³. Al igual que en el caso del potencial padre, se informará a la mujer de los límites dentro de los cuales, una vez prestado, puede revocarse el consentimiento y los efectos de una revocación tardía.

Aunque el art. 442, párrafo (1), del Código civil no lo prevé expresamente, los aspectos sobre los que se lleva la información deben ser registrados por escrito por el notario público. Después de la información, el notario público aclarará las posibles ambigüedades y tomará el consentimiento de los interesados en continuar con el trámite, consentimiento que deberá ser escrito en el mismo documento⁶⁴.

⁶² Además, el art. 10 del proyecto de ley especial, rechazado por la Cámara de Diputados, señalaba expresamente que no pueden acudir al procedimiento las personas a las que se les ha negado el ejercicio de la patria potestad/autoridad parental.

⁶³ En el caso de la fecundación *in vitro*, es posible que solo el óvulo provenga de otros, mientras que el material genético masculino provenga de la futura pareja de la madre.

⁶⁴ De conformidad con la doctrina especializada (LUPAȘCU, Dan/CRĂCIUNESCU, Cristiana Mihaela, *Dreptul familiei*, *op. cit.*, p. 433; MOLOMAN, Bogdan Dumitru/URECHE, Lazăr Ciprian, *Noul Cod civil...*, *op. cit.*, p. 561; NICOLAE, Ioana, «Assisted Human Reproduction by Using a Donor...», *op. cit.*, p. 49), el consentimiento se menciona en un documento auténtico. Aunque el legislador no prevé expresamente la condición de la forma auténtica, creemos que la opinión expresada es correcta, teniendo en cuenta que la manifestación del consentimiento es verificada personalmente por el notario público, y según el art. 269, párrafo (1), del Código procesal civil, la autenticidad del documento se refiere, entre otras cosas, a la manifestación del consentimiento de las partes respecto del contenido del documento.

En el caso de las parejas, aunque en realidad la reproducción humana médicamente asistida con un tercer donante podría no desvirtuar la verdad biológica o genética en relación con los integrantes de la pareja, el consentimiento debe darse igualmente por ambos. Pues bien, en el caso de inseminación artificial o fecundación *in vitro* con material genético masculino de un tercero donante, seguirá existiendo una identidad entre la madre genética, biológica y legal. Asimismo, en la hipótesis de que la fecundación *in vitro* se realice con embriones de un tercer donante, el padre genético será el mismo con el padre jurídico. En todos los casos, sin embargo, teniendo en cuenta que el menor resultante de la reproducción humana médicamente asistida no tendrá la identidad genética de ambos padres, es necesario que los miembros de la pareja den su consentimiento ante notario antes de recurrir a la técnica médico-reproductiva.

En cuanto a la naturaleza jurídica del consentimiento expresado ante notario público, se debe señalar que el legislador no lo califica expresamente. Cuando la persona interesada emite el consentimiento, esta asume las obligaciones derivadas del marco normativo especial y no hay condicionamiento por la manifestación de voluntad de otra parte, apreciamos que, con independencia de si a la reproducción humana médicamente asistida con un tercer donante recurre una mujer soltera o un hombre y una mujer, esta tiene la naturaleza jurídica de un acto jurídico unilateral que produce efectos jurídicos, que no obstante se aparta parcialmente del régimen jurídico general en materia de revocabilidad. El hecho de que, en el caso de las parejas, existan dos manifestaciones de voluntad, que en muchos aspectos están relacionadas, no transforma el acto en contrato. Las partes no expresan su consentimiento con el fin de crear una relación jurídica contractual, sino para acudir al procedimiento y establecer la filiación del hijo así concebido hacia ellas, en virtud de normas jurídicas especiales. Ni siquiera lo dispuesto en el art. 444 del Código civil, que establece que el rechazo de quien ha concedido a la reproducción humana médicamente asistida por reconocer la filiación la hace responsable tanto ante la madre como ante el niño, no es probable que cambie esta conclusión, pues el legislador no dispone que se realice un acuerdo de voluntades entre los futuros padres. Siendo así, salvo una disposición legal expresa en contrario, los efectos del consentimiento serán los previstos por el derecho común para el acto jurídico unilateral, con toda la procesión de consecuencias que tal calificación acarrea. Por otra parte, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1326, párrafo (1), del Código civil, tesis final, considerando la naturaleza del acto y los efectos que produce, si un hombre y una mujer recurren al procedimiento médico, cada uno está obligado a informar al otro de la existencia de la manifestación de voluntad.

Mediante el art. 442, párrafo (1), del Código civil, el legislador dispuso que la manifestación del consentimiento ante notario público se realizará «en condiciones que aseguren la total confidencialidad», lo cual significa que el notario público está obligado a garantizar que la existencia del consentimiento y sus emisores no se pone en conocimiento del público. De hecho, con esta disposición, junto con la que establece el art. 445 del Código civil., se pretende ocultar todo el procedimiento y ocultar a terceros la existencia de una inadvertencia entre la realidad jurídica de la filiación (como resultará de los documentos del estado civil del hijo nacido tras el procedimiento médico) y la realidad genética. La obligación de confidencialidad impide la publicación del acto que contiene el consentimiento en los registros públicos y su comunicación a terceros. Sin embargo, la obligación de confidencialidad no puede oponerse en los tribunales; así, a requerimiento del tribunal, el notario estará obligado a comunicar el consentimiento expresado frente a él en el caso de que la persona que lo haya otorgado niegue posteriormente este aspecto.

Uno de los aspectos sobre el que el consentimiento expresado en el marco de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante se aparta sustancialmente del régimen jurídico general aplicable al acto jurídico unilateral, es el relativo a la *revocabilidad*. En el marco del derecho común, desde el momento de la comunicación, el acto jurídico unilateral es irrevocable, lo que significa que una vez expresada la manifestación unilateral de voluntad, no puede ser revocada por el emisor, para evitar que se produzcan efectos jurídicos específicos. En cambio, el consentimiento otorgado para la reproducción humana médicamente asistida es esencialmente revocable.

En este sentido, en el art. 442, párrafo (2), la tesis II del Código civil establece que «Él (consentimiento - n.n.) puede ser revocado en cualquier momento, por escrito, incluso ante el médico llamado a prestar asistencia para la reproducción con un tercero donante». La norma citada incluye varias aclaraciones.

En primer lugar, el consentimiento solo puede ser revocado hasta el momento de la concepción lograda dentro de la reproducción humana asistida, aspecto que resulta de la derivación realizada al médico llamado a prestar la asistencia. Se otorga el consentimiento para recurrir a la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante; empero, una vez producida la concepción, el consentimiento ha cumplido el fin para el que fue emitido y ya no cabe la cuestión de una revocación porque ya pasó a la siguiente etapa. Finalmente, la tesis I del artículo, que prevé otros supuestos de ineficacia del consentimiento, incluso las formas de revocación tácita, se refiere al mismo momento *terminus* de la concepción, y *ubi eadem ratio, ibi idem jus*.

En cuanto al establecimiento concreto del momento de la concepción, este es aquel en el cual se produjo la fecundación, y no cuando, en el caso de la fecundación *in vitro*, se produjo la transferencia embrionaria⁶⁵.

Entonces, cabe de señalar que el legislador no impuso un paralelismo de formalidades. Si el otorgamiento del consentimiento solo puede hacerse ante notario público, es suficiente con que su retiro se haga por escrito, sin que sea necesaria la intervención del notario público u otra autoridad. La forma escrita se impone *ad probationem* y no *ad validitatem*, lo que significa que el incumplimiento de la condición relativa a la forma de revocación no afectará su validez, sino únicamente la posibilidad de prueba. A pesar de que el legislador no lo prevé expresamente, teniendo en cuenta que la revocación tiene también el carácter de acto jurídico unilateral, para que produzca efectos jurídicos, en la hipótesis de las parejas, se impone que sea puesta en conocimiento del otro solicitante antes de que tuviera lugar la concepción. En caso contrario, si la revocación no es comunicada o la comunicación no llega al destinatario en tiempo útil, quedará sin efectos jurídicos.

La revocación del consentimiento, incluso en las formas previstas por el legislador, no dará lugar en todos los casos a la paralización del procedimiento, pudiendo tener el efecto de una simple reconfiguración del planteamiento. En este sentido, cuando el consentimiento fue otorgado originalmente por un hombre y una mujer, un acto de revocación por parte del hombre no va impedir a la mujer, en principio, que continúe el procedimiento, en cuyo caso solo se podrá establecer la filiación materna, no la paterna. Decimos en principio, porque es necesario hacer una distinción, según si los gametos masculinos que habrían de ser utilizados provienen del compañero que expresó su consentimiento, revocado o no⁶⁶. Si los gametos provienen de la pareja que

⁶⁵ En el sentido de que la revocación puede ocurrir incluso después del nacimiento, véase MOLOMAN, Bogdan Dumitru/URECHE, Lazăr Ciprian, *Noul Cod civil...*, op. cit., pp. 261-262. A pesar de que esta interpretación se basa en la redacción del texto legal, no podemos acceder a ella. Además de los argumentos en contra ya presentados, también mostramos que revocar el consentimiento después del momento de la concepción significaría dejar la filiación del niño así concebido a la discreción del emisor, lo que obviamente va en contra de su interés superior. Además, en la interpretación dada, la determinación judicial de la filiación se tornaría prácticamente imposible, porque el demandado siempre podría dejar sin efecto el acto procesal revocando el consentimiento previamente prestado, y el marido de la madre siempre podría impugnar la filiación en los términos del art. 443, párrafo (2), del Código civil. En el mismo sentido, ver Trib. del distrito de Prahova, decisión civil núm. 2534/2015, disponible en www.rolii.ro.

⁶⁶ Como hemos visto, el legislador no limita la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante a la hipótesis de que solo se utilice material genético masculino de un tercero, al ser igualmente posible que los gametos masculinos provengan de la pareja de la madre y que solo los gametos femeninos sean de una tercera persona.

dio su consentimiento para el procedimiento, entonces la revocación del consentimiento impedirá que su pareja continúe con el procedimiento utilizando su material genético⁶⁷. En cambio, si los gametos masculinos utilizados provienen de un tercero, no hay ninguna razón para que la reproducción humana médicamente asistida no pueda continuar bajo las disposiciones sobre la mujer soltera.

Además de la hipótesis de la revocación expresa, el legislador preveía también otras situaciones en las que el consentimiento expresado ante notario quedará sin efecto. Así, de conformidad con el art. 442, párrafo (2), de la tesis I Código civil, «El consentimiento queda sin efecto en caso de muerte, formulación de una demanda de divorcio o separación de hecho, anteriores al momento de la concepción lograda en el marco de la reproducción humana médicamente asistida»⁶⁸. Cada una de las tres situaciones planteadas por el legislador requieren breves aclaraciones.

En cuanto a la hipótesis de muerte, si ocurrió respecto de la madre potencial, entonces las razones de la regla son claras, siendo imposible la continuación del procedimiento. En el caso de la muerte del hombre, apreciamos que se deseaba evitar la situación en la que la paternidad sería establecida respecto de una persona fallecida fuera del tiempo legal de la concepción, precisamente para mantener una apariencia de conformidad de la filiación legal resultante de la reproducción humana médicamente asistida con la filiación biológica⁶⁹. Además, en el caso de parejas casadas, la determinación concreta de la paternidad hubiera sido imposible si se tiene en cuenta que en el contexto de la

⁶⁷ En un caso (*Evans c. el Reino Unido*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la retirada misma del consentimiento de la expareja para la conservación y el uso de los embriones de la demandante (!) creados juntos no constituye una violación del art. 8. Véase IRINESCU, Lucia, «Copilul un dar...», *op. cit.*, pp. 212-213.

⁶⁸ La doctrina pretende que en estas situaciones el consentimiento deje de ser válido. Véase HAGEANU, C.C., *Dreptul familiei...*, *op. cit.*, p. 264; OPRESCU, Mugurel Marius/OPRESCU, Mihaela Adriana, «Reproducerea umană asistată medical cu terț donator – în reglementarea Codului civil» [trad.: Reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante – en la regulación del Código Civil], *Revista Română de Jurisprudență* [trad., Revista Rumana de Jurisprudencia] (2014), núm. 6, p. 180; IRINESCU, Lucia, «O nouă perspectivă asupra filiației. Reproducerea umană asistată medical cu terț donator» [trad.: Una nueva perspectiva sobre la filiación. Reproducción humana médicamente asistida con un tercer donante], *Analele Științifice ale Universității, «A.I. Cuza» Iași, Tomul LX, Științe Juridice* [trad., Anales científicos de la Universidad, «A.I. Cuza” Iași», t. LX, Ciencias Jurídicas] (2014), núm. 1, p. 20. Empero, en nuestra opinión, la conclusión debe ser matizada. Así, la presentación de una demanda de divorcio o la separación de hecho de los compañeros constituyen más bien hipótesis de revocación tácita del consentimiento que de caducidad. La única hipótesis verdadera de caducidad parece ser la muerte del emisor del consentimiento.

⁶⁹ Sobre las implicaciones de la F.I.V. realizada después de la muerte del padre, véase, SZTRANYICZKI, Szilárd, «Paternitatea după moarte: aspecte ale procedurii fertilizării in vitro post mortem» [trad.: La paternidad después de la muerte: aspectos del procedimiento de fecundación *in vitro post mortem*], *Revista de dreptul familiei* [trad.: Revista de Derecho de Familia] (2021), núm. 2, pp. 395-414.

reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, la paternidad hacia el marido de la madre se establece, como veremos, por la aplicación de la presunción legal de que el hijo tiene como padre al marido de la madre, presunción que se relaciona con el tiempo legal de la concepción. Sin embargo, si el presunto padre moría fuera del tiempo legal de la concepción, no podía establecerse la paternidad del hijo aplicando el mecanismo previsto por el legislador. Finalmente, la falta de eficacia del consentimiento expresado ante notario también se relaciona con su carácter obvio de *intuitu personae*. Por otra parte, es dable señalar que el legislador condicionó la falta de efectos del consentimiento expresado ante notario público a la ocurrencia de la muerte antes de la concepción. Si la muerte se produjo después de este momento *terminus*, ya que habrá producido al menos parte de sus efectos, el procedimiento continuará, aparentemente, con los parámetros iniciales. No obstante, como veremos, el supuesto de muerte puede acarrear problemas sustanciales en el campo de la determinación de la paternidad, al ser difícil, si no imposible, la aplicación de las disposiciones legales.

En cuanto a la falta de efectos del consentimiento como consecuencia de la demanda de divorcio, la hipótesis se refiere a la situación en la que un hombre y una mujer, que son casados, recurren a la reproducción humana médicamente asistida, y tras manifestar su consentimiento ante notario público, uno de ellos solicita el divorcio. En consecuencia, en el supuesto de que una mujer casada recurra por sí misma al procedimiento de reproducción humana médicamente asistida, es irrelevante la presentación de una demanda de divorcio por parte de su marido, que no dio su consentimiento. Cabe apuntar que el legislador vinculó la ineficacia del consentimiento a la simple formulación de la demanda de divorcio, no a la disolución efectiva del matrimonio. A pesar de este hecho, cuando el divorcio se solicita judicialmente solo por el marido, no es suficiente la simple notificación al tribunal, por lo que es necesario, además, que la solicitud de divorcio haya sido comunicada a la mujer de forma escrita o dada a conocer de otras maneras antes de la concepción. En otras palabras, la intención de disolver el matrimonio debe haber sido comunicada a la esposa a su debido tiempo, para poder impedir el procedimiento. En cambio, si la esposa es quien formula la solicitud de divorcio, obviamente la simple formulación de la demanda de divorcio será suficiente para poder impedir la continuación del procedimiento, ya que, por definición, su participación en el procedimiento es indispensable. Al igual que en el caso de la revocación del consentimiento, la presentación de la demanda de divorcio por parte de la pareja de la futura madre no impedirá la continuación del procedimiento con la fórmula «mujer soltera», en la hipótesis en que los gametos masculinos utilizados en el procedimiento no proceden del marido. En tal hipótesis, los efectos existirán solo en el ámbito de la determinación de la paternidad, en el sentido

de que el marido podrá impugnar la paternidad de conformidad con el art. 443, párrafo (2), del Código civil.

Finalmente, una de las hipótesis que más polémica puede suscitar es la de la separación de hecho. La hipótesis normativa evocada es aquella en la que el procedimiento fue aplicado por un hombre y una mujer que al momento de otorgar el consentimiento ante notario formaban una pareja, independientemente de que estuvieran casados o no. Al ser así, es irrelevante cuando la reproducción humana médicamente asistida se persigue por una mujer sola, incluso si en el momento del consentimiento la mujer convivía con un hombre, o cuando no existe una relación entre el hombre y la mujer que solicita el procedimiento⁷⁰. En otras palabras, no debe ponerse el signo de la igualdad entre la separación de hecho y la falta de convivencia. La separación de hecho implica la extinción de la relación entre las personas que forman una pareja, independientemente de que la ruptura se formalice o no en el caso de los cónyuges. Esto no excluye seguir viviendo en el mismo edificio, siempre que los excompañeros ya no vivan juntos. Igualmente, el hecho de que uno de los compañeros se traslade, temporal o permanentemente, a otra localidad, por causas diversas, no constituye una separación de hecho, en la medida en que los compañeros permanezcan en la relación y tengan la proyección de una vida de familia común⁷¹. En otras palabras, la existencia de la separación de hecho requiere un análisis efectivo de los hechos y las circunstancias, y una referencia a la forma en que los compañeros entendieron configurar su relación y vida familiar. Precisamente por las particularidades expuestas, la incidencia de la hipótesis de separación puede suscitar serios problemas bajo el aspecto probatorio, especialmente cuando debe ser correlacionada con un momento específicamente determinado: el de la concepción. Además, es dable señalar que mientras en todos los demás casos la ineficacia del consentimiento está ligada a la existencia de un documento escrito (carta de revocación, certificado de defunción, demanda de divorcio), para la situación de separación de hecho el legislador no previó ninguna condicionalidad probatoria, a pesar de los efectos mayores que produce. Sin embargo, para evitar cualquier tipo de discusión, creemos que en el caso de la separación de hecho, los compañeros deben evitar el equívoco, a través de un documento mediante el cual revoquen expresamente

⁷⁰ Como hemos visto, en el contenido del art. 441, párrafo (3), del Código civil, el legislador solo dispone que puede utilizar el procedimiento «un hombre y una mujer», sin establecer ninguna condición sobre la existencia de una relación *de facto* o *de iure* entre las parejas.

⁷¹ Para un análisis extenso de la noción, véase, NEAMȚ, Ioan Ilieș, «*Divorțul ca urmare a separării în fapt a soților. Aspecte substanțial-procesuale*» [trad., El divorcio como consecuencia de la separación de hecho de los cónyuges. Aspectos sustantivos-procesales], *Revista de Dreptul Familiei* [trad., Revista de Derecho de Familia] (2020), núm. 1, pp. 282-285.

su consentimiento. Ello podría imponerse más, pues, al menos en teoría, no hay nada que impida que dos compañeros que en realidad se han separado sigan deseando ser padres mediante el uso de la reproducción humana médicamente asistida. Finalmente, si el material genético utilizado en el procedimiento no proviene de la pareja de la futura madre, la separación de hecho no impedirá que el procedimiento continúe bajo la fórmula de «mujer soltera», sino que reconfigurará las disposiciones aplicables en materia de la filiación.

5. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA CON UN TERCERO DONANTE

La existencia de elementos ajenos a la forma natural de reproducción, representadas por el material genético del tercero donante y la incidencia del procedimiento médico de la concepción, acarrearán una serie de consecuencias jurídicas específicas cuando se trata de la reproducción humana médicamente asistida con donante tercero. A continuación trataremos brevemente algunas de estas particularidades, a saber, las relacionadas con el establecimiento de la filiación (5.1.), el ejercicio de la patria potestad (autoridad parental) (5.2.) y el elemento de confidencialidad (5.3.).

5.1. *La filiación en el contexto de la reproducción humana médicamente asistida*

Tanto de lo dispuesto en el art. 441, párrafo (3), del Código civil, como en el art. 442, párrafo (1), de esta norma, resulta que la finalidad por la cual el hombre y la mujer o, según sea el caso, la mujer, recurren a la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante es convertirse en «padres»/«padre». Teniendo en cuenta que el procedimiento médico, por definición, implica aquel aporte externo de material genético, no se trata en todos los casos de la creación de un vínculo de descendencia natural. En otras palabras, aquellos que recurren al método especial de reproducción no lo hacen con el fin de ser padres desde el punto de vista biológico o genético, porque precisamente se elude parcial o totalmente este componente. En realidad, lo que se busca es la construcción de una filiación jurídica donde esta no tiene plena correspondencia, principalmente, entre la realidad biológica y genética.

El grado de mistificación de la realidad biológica o genética en la relación de filiación establecida como resultado de la reproducción humana médicamente asistida depende de la intensidad del aporte de material genético externo. A veces, es posible que entre todos los planos haya una plena convergencia, las tres realidades están plenamente correlacionadas, al igual que, en otras ocasiones, la filiación se aleja significativamente de la realidad biológica o genética, acercándose, más bien, a un constructo ficticio. En

todos los casos, sin embargo, en la arquitectura de la relación de filiación establecida como consecuencia de la reproducción por procedimiento médico, existe al menos un elemento de contacto entre la verdad factual y la jurídica. En otras palabras, los padres así establecidos nunca son completamente extraños desde punto biológico o genético a su hijo, pero tampoco son totalmente convergentes con él; esto hace que la filiación que se establece como resultado de la reproducción humana médicamente asistida se encuentre entre la filiación natural y la filiación que resulta de la adopción, ni completamente digna de credibilidad, pero tampoco del todo ficticia.

A continuación, vamos a intentar presentar los principales retos y particularidades de la filiación cuando se trata de la reproducción humana médicamente asistida con un tercer donante. En este sentido, trataremos por separado la filiación materna (5.1.1.) y paterna (5.1.2.). También, en relación con las normas jurídicas especiales, abordaremos el tema de la inmutabilidad de la filiación establecida mediante reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante y las dificultades que ello conlleva (5.1.3.).

5.1.1. La filiación materna

Mater semper certa est, dice un viejo adagio..., tan viejo que ha caído en desuso. ¿Qué significa ser la madre de alguien? Una pregunta que hasta ayer podía recibir una respuesta rápida y contundente, hoy entra en la categoría de aquellas cuya respuesta empieza por «depende». Depende desde qué perspectiva dirigimos la cuestión: genética, biológica o jurídica; porque según las nuevas realidades científicas y jurídicas, podemos tener una madre genética, otra biológica y una tercera jurídica.

La filiación materna es un elemento de nuestra identidad social y un componente esencial para el establecimiento de la filiación paterna y nuestro lugar en la arquitectura familiar. Esta es la expresión más fuerte de nuestra pertenencia a una familia particular, el hilo dorado que une y conecta a los miembros de la familia y las generaciones, ubicándonos en un lugar definido en el tejido de las relaciones de parentesco presentes, pasadas y futuras. Precisamente por esto, el establecimiento de la filiación materna significa automáticamente establecer la pertenencia del hijo a un determinado árbol genealógico, y cuando la madre esté casada, establecer la paternidad mediante la presunción legal. El embarazo y el hecho del nacimiento siempre han sido considerados elementos suficientemente fuertes, ciertos e inmutables para crear un vínculo indisoluble entre la mujer que dio a luz y el niño, y se ha reconocido que este vínculo tiene el valor de la verdad absoluta sobre la filiación materna. De la perfecta correlación entre maternidad natural y filiación existen, no

obstante, varias derogaciones de distinta intensidad, traídas por las transformaciones científicas y jurídicas que se han producido a lo largo del tiempo. En primer lugar, entre los dos planos no existirá, evidentemente, una correspondencia en las hipótesis de la filiación judicial derivadas de la adopción o de la maternidad subrogada⁷², teniendo en cuenta que en estos casos, la filiación materna se establece respecto de una mujer distinta de aquella a la que dio a luz al niño. Pero las cosas se ponen realmente interesantes cuando, aunque una persona determinada da a luz a un niño, su maternidad es cuestionable, ya que no existe una conexión genética entre ambos. En este caso surgen algunas interrogantes: ¿quién debe tener la maternidad, la persona con la que el niño es compatible genéticamente o la que lo parió? ¿El mero hecho de que una persona llevara el embarazo significa que ella debe ser considerada invariablemente como la madre del niño, aunque no haya una conexión genética entre los dos? ¿Debería la descendencia y el parentesco referirse a la conexión genética o biológica entre dos personas?

Todas estas son, de hecho, preguntas planteadas por la reproducción humana asistida por terceros donantes cuando el material genético de terceros es representado por gametos femeninos. Más allá de ser puramente teóricas, las preguntas enunciadas son también la expresión de dilemas éticos y morales. Cuando el componente genético es un gran predictor de todos los aspectos de nuestra vida, desde la apariencia física, la personalidad, la predisposición a ciertas enfermedades etc., y el embarazo y el parto tienen un impacto mucho menor, se plantea, con razón, la cuestión de a quién debe reconocerse la pertenencia del niño: ¿a la madre de cuyos rasgos genéticos se hizo cargo o a la que le dio a luz? La elección entre las dos tiene importantes consecuencias también en otros sentidos; pues, por ejemplo, si se reconoce la filiación respecto de la madre que lo parió, entonces significa que en relación con la madre genética y sus familiares no hay ninguna prohibición de casarse,⁷³ ni siquiera de mantener relaciones sexuales, a pesar de que precisamente el componente genético fue invocado como

⁷² La forma de establecer la filiación en el caso de la maternidad subrogada, donde se reconoce, difiere de un sistema a otro, existen sistemas en los que esta se establece a través del mecanismo de adopción y sistemas que prevén una forma autónoma y especial de determinación de la filiación.

⁷³ La doctrina argumentó que el legislador debería dar al registrador del estado civil, la posibilidad de tener acceso a la información confidencial relacionada con la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, para verificar la incidencia del art. 274 del Código civil, respecto a evitar el matrimonio entre donante e hijo. Véase NICOLAE, Ioana, «Assisted Human Reproduction by Using a Donor...», *op. cit.*, pp. 52-53. Sin negar la relevancia de tal afirmación/aseveración, no podemos dejar de notar que tal enfoque sería *per se* completamente inútil ya que, en según el art. 441, párrafo (1), del Código civil, entre el donante y el niño no se establece ninguna relación de filiación e, implícitamente, de parentesco, y el art. 274 del Código civil prohíbe el matrimonio entre parientes.

fundamento tanto para la prohibición del matrimonio entre parientes cercanos, como para la penalización del incesto⁷⁴.

Ante este dilema, el legislador rumano optó por dar prevalencia al componente biológico, estableciendo que la filiación materna está determinada en todas las situaciones por el hecho del nacimiento⁷⁵, aun cuando la concepción resulte de reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, y el material genético donado consiste en gametos femeninos⁷⁶. Tal conclusión se deriva del hecho de que a través de las disposiciones normativas especiales, el legislador se preocupó únicamente de la filiación paterna, lo que significa que la filiación materna ha de determinarse, además, de conformidad con lo dispuesto del art. 408, párrafo (1), del Código civil, por la referencia al hecho del nacimiento. En otras palabras, en términos de filiación materna no hay diferencia entre el derecho común y la reproducción humana médicamente asistida. Si bien tal enfoque puede justificarse en particular aludiendo a la tradición jurídica y a la necesidad de mantener un régimen jurídico coherente en materia de filiación materna, la falta de una adaptación mínima puede, sin embargo, dar lugar a graves problemas, especialmente cuando es necesario establecer la existencia de un vínculo genético entre madre e hijo, vínculo que falta en la hipótesis mencionada. Por tanto, a pesar de que apreciamos la solución del legislador como razonable y pertinente, era preferible que se adaptara, al menos en parte, a la situación atípica que supone la reproducción humana médicamente asistida.

Dicho de otra manera, es muy posible que los tres planes –biológico, genético y legal– se superpongan perfectamente bajo el aspecto de la filiación materna, incluso en el caso de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante. Esto es lo que sucede cuando la mujer soltera o, según sea el caso, una mujer y un hombre, recurren al procedimiento médico mediante el uso de los gametos masculinos donados. En tal hipótesis, la persona contra quien se establece la maternidad es, al mismo tiempo, la mujer la que dio a luz al hijo y la que le corresponde genéticamente. En consecuencia, en la citada situación no existe una evidente distorsión de la realidad provocada por la reproducción humana médicamente asistida, pues la filiación materna se establece según los mismos parámetros y configuración de la reproducción natural.

⁷⁴ Algunos autores sugieren, con justa razón, que la noción de madre debería más bien estar ligada a la de madre genética (ver, en este sentido, MOTICA, Adina R./TEC, Lavinia M., «Familia prin contract», *op. cit.*, p. 367), pero lo que se entiende aún actualmente por «madre», es el resultado de una convención social tan arraigada en la mente colectiva nacional que hubiera sido imposible para el legislador asignarle otro significado.

⁷⁵ Véase, en este sentido, LUPAȘCU, Dan/CRĂCIUNESCU, Cristiana Mihaela, *Dreptul familiei*, *op. cit.*, p. 433; MOLOMAN, Bogdan Dumitru/URECHE, Lazăr Ciprian, *Noul Cod civil...*, *op. cit.*, p. 559.

⁷⁶ Véase, en este sentido, Trib. Gorj, dec. civ. núm. 708/2015, disponible en www.rolii.ro.

La única desviación viene dada por el método de concepción: el niño ya no es el resultado de una relación sexual, sino de un procedimiento médico.

5.1.2. La filiación paterna

Si bien el establecimiento de la filiación por parte de la madre no plantea problemas especiales en el contexto de la reproducción humana médicamente asistida, las cosas son completamente diferentes respecto de la filiación paterna. En este caso falta un elemento objetivo para determinar la filiación: el hecho del nacimiento; lo que obligó a establecer otros mecanismos a través de los cuales poder establecer la filiación.

Desde un principio, es necesario precisar que también en materia de filiación paterna, el legislador pretendió apartarse lo menos posible de las reglas del derecho común⁷⁷. En consecuencia, el establecimiento de la paternidad se hará, en principio, a través de los mismos mecanismos, que solo han sido adaptados a las especificidades de la situación⁷⁸. Empero, la adaptación fue insuficiente, escapando de la atención del legislador múltiples hipótesis, hecho que puede ocasionar innumerables problemas en la práctica. En lo que nos atañe, creemos que hubiera sido preferible regular de una forma *sui generis* la determinación de la filiación. En este sentido, el legislador podría, por ejemplo, determinar automáticamente la paternidad sobre la base del consentimiento previo informado, que no haya sido revocado o no haya quedado sin efecto en los términos que establece el art. 442, párrafo (2), del Código civil. Tal solución habría eliminado la mayor parte de las cargas que sufre la regulación actual y habría proporcionado más precisión y previsibilidad.

Entonces, hay que subrayar que, independientemente de la naturaleza del procedimiento médico utilizado o del origen del material genético masculino, en el caso de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, nunca existirá una perfecta correlación entre la verdad biológica, genética y legal cuando se trata de la filiación paterna, lo que diferirá solo será el grado de mistificación y distorsión de la realidad que implica el procedimiento. Así, cuando los gametos masculinos provienen del futuro padre, y el material genético femenino es el único que ha sido donado, solamente se distorsiona la verdad biológica, en el sentido de que el

⁷⁷ Véase, en este sentido, FLORIAN, Emese, «Filiația...», *op. cit.*, p. 122.

⁷⁸ Si los mecanismos son similares, las premisas son fundamentalmente diferentes. Al seguir técnicas de procreación médicamente asistida que requieren la intervención de un tercero donante, ya no existe identidad entre el padre biológico y el padre legal, la paternidad se fundamenta no en la realidad biológica, sino en el consentimiento expresado antes de recurrir al procedimiento. Véase, en este sentido, AVRAM, Marieta, *Drept civil...*, *op. cit.*, p. 400.

feto ya no será el resultado de un acto sexual, sino de un procedimiento médico. En cambio, el componente genético se correlacionará plenamente con el jurídico, la persona con quien se establecerá la filiación paterna será también el padre genético del menor. Por otra parte, si en la hipótesis de la reproducción humana asistida se utilizan gametos masculinos provenientes de terceros donantes, se producirá un desajuste absoluto entre la realidad biológica y genética, por un lado, y la realidad jurídica, por otro, pues la persona con quien se establecerá la filiación no será ni el padre biológico ni el padre genético del niño. En esta situación, el nivel de mistificación de la verdad a través del mecanismo de reproducción humana médicamente asistida es absoluto, la conexión entre el niño y la persona con quien se establece la paternidad es estrictamente jurídica, lo cual se acerca mucho a la hipótesis expuesta del dominio de la adopción, pero con efectos mucho más serios y de largo alcance. Si en caso de adopción el niño tiene la posibilidad de conocer su identidad biológica y, en algunas situaciones, es posible sustraer los efectos de la adopción, la inmutabilidad de la filiación resultante de la reproducción humana médicamente asistida, corroborada con la plena y absoluta confidencialidad de la información relativa al tercer donante, hace que la ficción jurídica de filiación paterna resultante de la reproducción humana asistida adquiera valor de verdad absoluta. Además, si en el caso de la adopción el mismo legislador reconoce que el parentesco no es natural, sino civil, en la situación mencionada se establece un parentesco idéntico al natural, contrario a la verdad biológica y genética. También podemos observar que, a diferencia de la filiación materna, donde siempre existirá al menos una conexión natural entre el hijo y la madre, es decir, la resultante del hecho del nacimiento, en la hipótesis de filiación paterna establecida en el contexto de la reproducción humana médicamente asistida, tal conexión puede estar ausente con la perfección, siendo el parentesco así establecido uno de perfección artificial.

En el ámbito del derecho común, para establecer la filiación paterna debe imponerse una distinción entre el hijo nacido dentro del matrimonio y el nacido fuera del matrimonio. De esta forma, para el hijo nacido o concebido durante el matrimonio, la filiación se establecerá aplicando la presunción *pater is est quem nupti demonstrant*, establecida por el art. 414, párrafo (1), del Código civil; mientras que para el hijo nacido fuera del matrimonio, la filiación se determina mediante el reconocimiento en una de las formas previstas por el art. 416 del Código civil, o interponiendo una acción para establecer la paternidad, en los términos del art. 424 Código Civil y siguientes. Teniendo en cuenta que el legislador trató de derogar lo menos posible de las normas del derecho común en el marco de la reproducción humana asistida, se impone hacer la distinción antes señalada también en esta materia, aspecto que resulta del hecho de que solo fue específicamente regulada la situación del hijo nacido fuera del

matrimonio, lo que significa que la presunción de paternidad sigue siendo aplicable cuando el hijo fue concebido o nacido durante el matrimonio. A continuación analizaremos las dos hipótesis distintivamente: el establecimiento de la filiación en el caso de un hijo nacido dentro del matrimonio (a) y el establecimiento de la filiación en el caso de un hijo nacido fuera del matrimonio (b).

a. El establecimiento de la filiación paterna en el caso del hijo concebido mediante la reproducción humana médicamente asistida durante el matrimonio

Con el art. 441 y siguientes del Código Civil, el legislador no estableció ninguna regla especial para determinar la filiación paterna del hijo concebido mediante reproducción humana médicamente asistida, cuando nació o fue concebido durante el matrimonio. Así, en la situación mencionada, la determinación de la filiación se hará acudiendo al derecho común, según lo dispuesto del art. 414, párrafo (1), del Código civil, que establece la presunción de paternidad.

De conformidad con la norma legal citada *supra*, el hijo concebido o nacido durante el matrimonio tendrá como padre el marido de la madre. Si en la hipótesis del nacimiento durante el matrimonio las cosas son fáciles de determinar, al poder establecerse objetiva y definitivamente al momento del nacimiento, para la hipótesis de la concepción, el momento se determina por referencia al art. 412, párrafo (1), del Código civil, que establece que este es entre los trescientos y los ciento ochenta días antes del nacimiento del niño. Por lo tanto, si la madre estuvo casada entre los trescientos y los ciento ochenta días antes del nacimiento, se presumirá que su marido es el padre del hijo, aunque al momento del nacimiento ya no existiera el matrimonio. En cuanto a la concepción, ella tiene lugar en el momento de la fecundación, es decir, cuando el ovocito es fecundado por el espermatozoide, dando lugar al cigoto.

Trasladando lo anteriormente expuesto a la hipótesis de la reproducción humana médicamente asistida, podemos deducir que en el caso de que la mujer casada recurra al procedimiento médico, el hijo resultante tendrá establecida la filiación con el marido de la madre, por aplicación de la presunción, en el supuesto que en la fecha de su nacimiento su madre estuvo casada o cuando ella estuvo casada en el momento de la fecundación, tiempo que deberá ubicarse entre los trescientos y los ciento ochenta días antes del nacimiento.

En la hipótesis de la reproducción natural, el marco normativo mencionado responde adecuadamente a las situaciones que se pueden presentar, por lo que en la mayoría de las situaciones, el establecimiento de la filiación paterna no planteará problemas

especiales. Sin embargo, las cosas no son exactamente así cuando se trata de reproducción humana médicamente asistida, que puede implicar obstáculos o incertidumbres, determinados especialmente por las particularidades del método de reproducción.

Por ejemplo, en el caso de la reproducción humana médicamente asistida, es posible que, una vez producida la fecundación y creado el cigoto, es decir, una vez producida la concepción, el cigoto quede congelado criogénicamente durante largos periodos de tiempo⁷⁹, pudiéndose llegar a situaciones en que la implantación uterina e, implícitamente, el nacimiento, se produzcan transcurridos varios años desde el momento de la fecundación⁸⁰. En tal situación, obviamente, el tiempo legal de la concepción se ubica muy por fuera del intervalo previsto por el art. 412, párrafo (1), del Código Civil, lo que elimina la aplicación de la presunción de paternidad prevista en el art. 414, párrafo (1) del Código Civil. En el caso dado, se podría afirmar que el tiempo legal de la concepción se determina de acuerdo con el art. 412, párrafo (2), del Código civil, disposición legal que establece que por medio de prueba científica se puede probar la concepción del niño fuera del tiempo legal estipulado por el art. 412, párrafo (1), del Código civil. La hipótesis que tuvo en cuenta el legislador mediante la norma citada es, no obstante, completamente diferente, con respecto a aquella en que el embarazo duró más o menos que el intervalo tomado en cuenta en el contexto de establecer el tiempo legal de la concepción, y no el supuesto en que el momento de la concepción se sitúa fuera de este intervalo, como consecuencia de que tras la fecundación, el cigoto o blastocisto se criogeniza, siendo implantado en el útero después de un largo periodo de tiempo. Además, el medio científico de prueba a que se refiere el precepto normativo es, en su caso, bien el examen del ADN, para establecer que la persona con la que la madre estuvo casada es el padre del hijo, o bien la prueba médica por la cual se determina la duración del embarazo. Empero, no es posible, según nuestro conocimiento, que por el momento se pueda establecer, por medios científicos, que un hijo sea el resultado de una técnica de reproducción humana médicamente asistida, y la existencia de un consentimiento previo del cónyuge en cuestión o algunos documentos u otros medios materiales de prueba que acrediten el hecho de que tales procedimientos fueron utilizados, no constituyen medios científicos de prueba. Sin embargo, el examen del ADN no podrá establecer ningún vínculo

⁷⁹ Sobre la posibilidad de criogénesis de cigotos o blastocistos, véase HUIDUI, Alexandra, *Reproducerea umană medical asistată* [trad.: La reproducción humana médicamente asistida], Ed. Lumen, Iași, 2010, p. 179; y MOLOMAN, Bogdan Dumitru/URECHE, Lazăr Ciprian, *Noul Cod civil...*, op. cit., p. 558, n.p. 6.

⁸⁰ El art. 13, párrafo (2), del proyecto de acto normativo rechazado este año por la Cámara de Diputados, establecía que los embriones resultantes de técnicas de reproducción humana médicamente asistida pueden almacenarse en bancos de tejidos durante 10 años.

genético entre el marido de la madre y el niño en la hipótesis de que se haya utilizado material genético masculino de un tercero, y la pericia médica solo podrá determinar la duración del embarazo, según la etapa de desarrollo del niño al momento del nacimiento, lo que no permitirá establecer un vínculo con una posible concepción que se produzca mucho más allá del intervalo de tiempo legal. Finalmente, parece francamente ficticio que la paternidad se establezca en relación con un esposo de la madre con quien el matrimonio no existe desde hace muchos años. Pues bien, si después de la concepción y criogénesis del embrión, los cónyuges se divorciaron⁸¹, decir 10 años después que el padre del hijo resultante de la implantación uterina del embrión es el exmarido de la madre parece ser contrario a las razones consideradas por el legislador al momento de la promulgación del art. 414, párrafo (1), del Código civil. Las cosas son aún más extrañas cuando después de la criogenia, el marido muere, en cuyo caso la paternidad se establecería hacia una persona que había estado muerta por varios años. Precisamente por ello, consideramos que en tales supuestos no es incidente lo dispuesto en el art. 412, párrafo (2), del Código civil y que es necesario que el legislador intervenga estableciendo una regla clara y pertinente para determinar la filiación en supuestos como el mencionado.

Otro ejemplo donde las cosas adquieren connotaciones complejas es cuando en el momento de la concepción o del parto, la mujer estaba casada con cierto hombre, pero recurrió a técnicas reproductivas con otro. Pues bien, es muy posible que después del tiempo en que se recurrió a la reproducción humana médicamente asistida y hasta el momento del nacimiento del niño, la mujer se case con un hombre diferente del que dio su consentimiento para la reproducción. En ese supuesto, el mecanismo implementado por el legislador conduce a establecer la paternidad del niño respecto de una persona distinta a la que dio su consentimiento al procedimiento médico y que quería ser padre de esta manera. Entonces, a pesar de que el fundamento de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante era permitir que la persona en cuestión se convirtiera en padre, la forma en que el legislador configuró el mecanismo para establecer la filiación va en contra de esta misma razón.

⁸¹ Considerando que la formulación de la demanda de divorcio vale la revocación del consentimiento sólo si se registra hasta el momento de la concepción, significa que una vez formado el cigoto, el inicio del procedimiento de divorcio queda sin efectos en materia de reproducción humana médicamente asistida.

b. El establecimiento de la filiación paterna en el caso del hijo concebido mediante la reproducción humana médicamente asistida fuera del matrimonio

Si establecer la paternidad de un niño nacido o concebido durante el matrimonio puede plantear ciertos desafíos, las cosas se complican mucho más cuando se trata de establecer la paternidad de un niño fuera del matrimonio. En este caso, el mecanismo judicial por el cual el hombre que dio su consentimiento para la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante se convierte en padre del niño así concebido se deduce más bien mediante la interpretación.

En este sentido, el art. 444 del Código civil establece: «El que, después de consentir a la reproducción médicamente asistida con un tercero donante, no reconoce al hijo así nacido fuera del matrimonio, es responsable ante la madre y ante el hijo. En este caso, la paternidad del niño se establece judicialmente en los términos del art. 411 y 423». Del contenido de la citada norma se desprende que al tratarse de un hijo concebido fuera del matrimonio por la técnica médica, la determinación de la paternidad requiere una nueva manifestación de voluntad del hombre que dio su consentimiento inicial. Por lo tanto, el consentimiento expresado ante notario público no es suficiente *per se* para establecer la paternidad, sino que también es necesario que el hombre reconozca al hijo después del nacimiento⁸², aunque, paradójicamente, en el momento de la manifestación del consentimiento, el notario está obligado a llamar la atención sobre las consecuencias del acto sobre la filiación.

El legislador no hace ninguna referencia a la forma en que debe tener lugar el reconocimiento, contexto en el que debe efectuarse según las reglas del derecho común previstas por el art. 416, párrafo (1), del Código civil, esto es, por declaración en el servicio comunitario local para registros de personas, documento auténtico o testamento.

En la hipótesis en que, contrariamente al consentimiento inicial, el hombre ya no reconozca al hijo después del nacimiento, será retenido, de conformidad con lo dispuesto por el art. 444 del Código civil, será «responsable» ante la madre y el hijo. Cabe advertir, desde un principio, que el legislador sitúa los efectos del incumplimiento

⁸² Apreciem că această opțiune a legiuitorului este una nefericită și că ar fi fost preferabil ca filiația să fi fost stabilită măcar în acest caz în temeiul consimțământului calificat dat în fața notarului public, cu atât mai mult cu cât notarul public trebuie să-i atragă atenția viitorului tată asupra efectelor consimțământului său în materia filiației. Această opțiune a legiuitorului limitează efectele consimțământului astfel dat și este de natură a crea, cel puțin într-un moment incipient, incertitudine cu privire la filiația paternă a copilului și de a-l expune pe copil și pe mama acestuia la proceduri judiciare, în ciuda faptului că bărbatul și-a dat deja o dată consimțământul în cunoștință de cauză la procedură și a fost de acord cu efectele acesteia în planul filiației.

de la obligación previamente asumida en el ámbito de la responsabilidad, pero sin circunstanciar en modo alguno el régimen de responsabilidad, la forma de la responsabilidad, el tipo de daño reparable y la forma de reparación.

En primer lugar, el que haya transgredido su consentimiento previamente prestado, estará obligado a reparar el daño patrimonial así causado a la madre y al hijo. Con respecto a la madre, ella puede solicitar una indemnización en los términos previstos en el art. 428 del Código civil⁸³, y el hijo puede solicitar retroactivamente la pensión de mantenimiento y ambos tienen derecho a una indemnización pecuniaria por el daño moral sufrido como consecuencia del rechazo del hombre a cumplir con la obligación asumida. En cuanto al origen de la responsabilidad, esto resulta del incumplimiento del acto jurídico unilateral en que se materializó el consentimiento previo otorgado ante notario público.⁸⁴ En otras palabras, el rechazo de reconocer la paternidad de quien dio su consentimiento ante notario dará nacimiento a una relación jurídica obligatoria entre el otorgante del consentimiento, por un lado, y la madre y el hijo por otro. Los términos para incurrir en responsabilidad civil son los previstos por el art. 1350 del Código civil en materia de responsabilidad civil contractual: la existencia de un hecho ilícito, un daño, la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño y la culpa⁸⁵.

Luego, en cuanto a los mecanismos disponibles para la madre y el niño, el legislador dispuso que la paternidad del niño puede ser establecida judicialmente. En este aspecto, sorprendentemente, el legislador no se refiere a las disposiciones aplicables en el caso de establecimiento de la paternidad del hijo nacido fuera del matrimonio, sino a los relacionados con la posesión de estado de conformidad con el acta de nacimiento y al régimen jurídico de la acción en establecimiento de maternidad, ambas aplicables en exclusiva a la filiación materna. Si la referencia al art. 423 del Código civil puede tener lógica, confesamos que no logramos comprender cuál era el fin perseguido por el legislador al referirse al art. 411 del Código civil y cómo podría ser aplicable en el escenario dado, en los términos en que el art. 411 del Código civil excluye toda posibilidad de determinar la paternidad, regulando una prohibición de disputar la filiación, pero no la posibilidad de establecerla. Por más que interpretemos la norma de manera sistémica, flexible o teleológica, esta no permite una aplicación que se adapte a

⁸³ Véase, en el mismo sentido, FLORIAN, Emese, «Filiația...», *op. cit.*, p. 122; NICOLAE, Ioana, «Assisted Human Reproduction by Using a Donor...», *op. cit.*, p. 51.

⁸⁴ En el sentido en que en la doctrina francesa se sostenía que sería una responsabilidad civil extracontractual, véase FLORIAN, Emese, «Filiația...», *op. cit.*, p. 122, n.p. 10.

⁸⁵ El art. 1325 del Código civil dispone que, salvo que la ley disponga otra cosa, las disposiciones legales relativas a los contratos se aplicarán en consecuencia a los actos unilaterales. Siendo así, en ausencia de un régimen jurídico derogatorio, las condiciones para incurrir en responsabilidad civil como consecuencia del incumplimiento de un acto jurídico unilateral son aquellas establecidas en materia contractual.

la situación del niño concebido mediante reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, frente al cual se plantea la cuestión de establecer la paternidad. Más bien, de acuerdo con otros autores, apreciamos que la remisión es el resultado de un desfase legislativo⁸⁶.

En este contexto, la situación parece ser un verdadero punto muerto. La mayoría de la doctrina establece que en el caso dado, la paternidad debe establecerse de conformidad con el art. 424 y siguientes del Código civil, bajo las reglas del derecho común⁸⁷. No obstante, el problema es que en el ámbito del derecho común, el demandante debe probar que el demandado es el padre biológico del menor; o por definición, en el contexto de la reproducción humana médicamente asistida no existe ningún vínculo biológico o genético entre la persona frente quien se desea establecer la filiación y el niño. El argumento de que en la referida hipótesis, el objeto de prueba será/lo va constituir únicamente la existencia del consentimiento informado previo y el hecho de que aquel cuya paternidad se pretende establecer fue concebido mediante reproducción humana médicamente asistida, aunque pertinente, desvía el contenido de la acción de determinar la paternidad y el sentido que le atribuye el legislador, dándole un significado completamente distinto, a falta de una disposición expresa sobre este particular. De este modo, el establecimiento de la paternidad del menor concebido fuera del matrimonio mediante reproducción humana médicamente asistida, utilizando la acción regulada por el art. 425 del Código civil, impone una interpretación forzada, quizás demasiado forzada, de esta norma.

Más bien, teniendo en cuenta también la tesis I del art. 444 del Código civil, a falta de otras disposiciones legales, podríamos hablar del establecimiento de la paternidad como una forma de reparación en especie (*in natura*) por el daño moral causado a la madre y al hijo por violar el consentimiento prestado ante notario. En otras palabras, el establecimiento de la paternidad frente a quien prestó su consentimiento constituye una forma de reparación en especie del daño causado por el incumplimiento de este consentimiento. Si se acepta esta tesis, entonces, en efecto, bastaría probar que hubo

⁸⁶ Véase, en este sentido, AVRAM, Marieta, *Drept civil...*, op. cit., pp. 402-403; HAGEANU, Cristina Codruța, *Dreptul familiei...*, op. cit., p. 265. Sin embargo, somos conscientes de que este argumento no escapa a toda crítica, dado que, en la forma inicial del proyecto del Código civil, la referencia era a los mismos artículos y que tenían el mismo contenido. Véase, en este sentido, la forma inicial del proyecto del Código Civil, disponible en <http://cdep.ro/proiecte/2009/300/00/5/pl305.pdf> [consultado por última vez el 23 de marzo de 2019]. Como resultado, si hubo un error, este existió desde la etapa del proyecto y no es el resultado de cambios realizados en el proceso legislativo.

⁸⁷ Véase, en este sentido, AVRAM, Marieta, *Drept civil...*, op. cit., p. 403; HAGEANU, Cristina Codruța, *Dreptul familiei...*, op. cit., p. 265; MOLOMAN, Bogdan Dumitru/URECHE, Lazăr Ciprian, *Noul Cod civil...*, op. cit., p. 564; IRINESCU, Lucia, «O nouă perspectivă asupra filiației...», op. cit., pp. 20-21.

un consentimiento válido para la reproducción humana médicamente asistida, y el niño fue concebido de esa manera, sin necesidad de probar la existencia de un vínculo biológico o genético entre el niño y el demandado. Al mismo tiempo, en la interpretación mencionada cobraría trascendencia también la información proporcionada por el notario sobre los efectos del consentimiento, y el acto jurídico unilateral mediante el cual se manifiesta no podría quedar sin efectos por la mera pasividad de su autor.

Independientemente de la solución adoptada respecto a reconocer la filiación al padre mediante la aplicación del art. 425 y siguientes del Código civil o como forma de reparación en especie por el daño causado a la madre y al hijo, luego del establecimiento de la paternidad, su nombre se determinará de acuerdo con el art. 450, párrafo (2), del Código civil, y el hogar en los términos del art. 496 del Código civil, en relación con el art. 400 de esta norma.

Otra cuestión es saber en qué medida el niño concebido a través de la técnica de reproducción humana médicamente asistida con un tercer donante, por una mujer soltera, puede ser reconocido por una persona que inicialmente no dio su consentimiento para el procedimiento. En lo que a nosotros respecta, apreciamos que la respuesta es una negativa. En este sentido, se puede señalar que el art. 415, párrafo (2), del Código civil prevé la posibilidad de que un niño sea reconocido por «su padre», y el art. 420 de esta norma establece que la filiación reconocida que no se corresponda con la verdad puede ser impugnada en cualquier momento y por cualquier persona interesada. Las dos normas enfatizan la necesidad de la existencia de una correlación entre la verdad biológica y la filiación resultante a través del reconocimiento. Por lo tanto, solo el padre biológico puede reconocer al niño, y no otra persona que quiera que se establezca la filiación en su contra en ausencia de una conexión con el niño; o por definición, cuando el niño fue concebido mediante reproducción humana médicamente asistida por una mujer soltera, usando material genético masculino de un tercero donante, tal conexión no existe. En la situación mencionada, el legislador permite el establecimiento de una filiación fuera del vínculo biológico solo en relación con quien prestó su consentimiento al procedimiento. Admitir lo contrario implicaría el reconocimiento de una forma de adopción desviada, contraria a las disposiciones legales.

Una cuestión interesante, en este contexto, es la posibilidad de establecer la filiación a través del reconocimiento hecho por quien tenía la calidad de tercero donante, y no por quien dio su consentimiento al procedimiento. En este sentido, el art. 441, párrafo (1), del Código civil regula que el procedimiento médico no determina un vínculo filial

entre el donante y el niño. Empero, la norma citada solo alude a que la donación de material genético no puede tener como efecto el establecimiento de un vínculo de filiación entre el donante y el hijo concebido como resultado de la utilización del material, lo que prohíbe la formulación de acciones para establecer la filiación a él, pero sin eliminar la posibilidad de que cuando los gametos donados sean masculinos⁸⁸, el donante reconozca voluntariamente al niño así concebido⁸⁹. Tal posibilidad parece un tanto más razonable, por cuanto existe un vínculo genético entre el donante y el niño, y el art. 441, párrafo (1), del Código civil tiene por objeto proteger un interés privado, con respecto al donante. Es dable señalar que el problema surge únicamente cuando a la reproducción humana médicamente asistida haya recurrido una mujer soltera, en caso contrario, prevalecerá, indiscutiblemente, la filiación paterna sobre la de quien dio su consentimiento al procedimiento⁹⁰.

Finalmente, también explicamos que en los documentos del estado civil no se hará ninguna mención especial sobre el modo específico de establecer la filiación, esta se presenta como si la filiación fuera el resultado de un medio natural de concepción. En otras palabras, en el acta de nacimiento y en el certificado emitido en su base, se harán las mismas menciones que se realizan si la filiación del niño se hubiera establecido en los términos del derecho común.

5.1.3. La inmutabilidad de la filiación y sus consecuencias

Queriendo asegurar la filiación establecida como resultado de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, el legislador dispuso, en el contenido

⁸⁸ Teniendo en cuenta que la filiación materna está invariablemente determinada por el hecho del nacimiento, el problema solo puede plantearse en el caso de la filiación paterna.

⁸⁹ La probabilidad de que esto suceda, sin embargo, es extremadamente baja, teniendo en cuenta que toda la información que surja del procedimiento es confidencial, según el art. 445 del Código civil, lo cual significa que es casi imposible que el donante llegue alguna vez a conocer al hijo nacido como resultado del uso de su material genético.

⁹⁰ No obstante, el problema continúa siendo considerable cuando la reproducción humana médicamente asistida fue utilizada por una mujer soltera, que estaba casada en el momento de la concepción o el nacimiento, en cuyo caso la presunción de paternidad es incidental. En este caso, si el padre presunto no impugna la filiación, podría surgir un conflicto entre el donante que quiere reconocer la filiación y el padre presunto. En la medida en que se acepte la hipótesis de que el padre biológico es únicamente el que concibió al hijo de forma natural, entonces una presunta acción de negación de paternidad es inadmisibles por el donante, en relación con el art. 432 del Código civil. Por otra parte, si se aprecia que el padre biológico es también el que tiene un nexo genético simple con el hijo, entonces, o se aprecia que el donante no puede ejercer tal acción, porque la prohibición prevista por el art. 441, párrafo (1) es absoluta, o se reconoce tal posibilidad, en cuyo caso la acción de denegación se torna admisible. En lo que a nosotros respecta, apreciamos que si bien el donante puede reconocer al menor, no puede ser considerado como padre biológico, por los argumentos presentados en la primera parte del artículo y, en consecuencia, ni siquiera tiene la posibilidad de formular una acción de negación.

del art. 443, párrafo (1), del Código civil, que nadie puede disputar la filiación del niño por razones relacionadas con la reproducción humana médicamente asistida, ni el niño así nacido puede disputar su filiación. La lógica de la regla es fácil de entender. La reproducción humana médicamente asistida está reconocida precisamente en la idea de establecimiento de una filiación que no concuerda con la realidad biológica y genética. A falta de una prohibición como la prevista en el art. 443, párrafo (1), del Código civil serían pertinentes las disposiciones del derecho común en materia de disputación de la filiación, de modo que, al menos en el caso de la paternidad, esta sería fácil de remover, probándose que no hay ningún vínculo biológico o genético entre el hijo y el padre.

Por estas consideraciones, la citada norma viene a disponer el carácter absoluto e inmutable de la filiación establecida como resultado de la reproducción humana médicamente asistida, lo que significa que una vez determinada, no está permitida su remoción bajo ningún concepto o circunstancia. Sin embargo, la inmutabilidad prevista por el art. 443, párrafo (1), del Código civil es relevante solo cuando la cuestión de la disputa de filiación se plantea por razones relacionadas con la reproducción humana médicamente asistida, y no por otros aspectos. En otras palabras, lo que prohíbe la referida norma es la impugnación de la filiación utilizando como argumento el hecho de que no existe ningún vínculo biológico o genético entre el hijo y la persona a quien se impugna la filiación como resultado de la técnica médico-reproductiva⁹¹. En cambio, si la filiación se impugna por otros fundamentos, en principio la norma no prohíbe tal intervención/diligencia. Por ejemplo, si se alega que en realidad el niño no es el resultado del proceso médico de la concepción y que él fue concebido naturalmente, la acción de negar la paternidad es admisible, aun cuando, como veremos, las dificultades en el campo probatorio pueden ser insuperables.

A continuación analizaremos algunas de las hipótesis que pueden surgir en la práctica cuando se trata de la impugnación de la filiación en el contexto de la reproducción humana médicamente asistida, de forma diferenciada, según se trate de la impugnación de la filiación materna (a) o paterna (b).

⁹¹ De hecho, la norma otorga valor de verdad absoluta a una ficción jurídica: la de la existencia de un vínculo de filiación en ausencia de cualquier vínculo genético y, a veces, biológico. Esta ficción es más fuerte que la presunción de paternidad y en ocasiones, como veremos, incluso la de maternidad.

a. La impugnación de la filiación materna en el caso del hijo concebido por reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante

Como hemos visto, la certeza/certidumbre de la filiación materna es derrotada hasta cierto punto en el caso de la reproducción humana médicamente asistida. Si también en esta situación, invariablemente, la maternidad se establecerá sobre/con respeto a la persona que dio a luz al niño, cuando en el procedimiento médico se utilizó material genético femenino de un tercero donante, entre el niño así concebido y la persona establecida como madre no habrá ningún vínculo genético, sino solo uno biológico. Esta sola diferencia es suficiente para romper la cohesión del mecanismo de determinación y certificación de la filiación materna establecido por el legislador para la situación de reproducción natural, en los términos en que entre la persona que dio a luz y esta no será posible establecer por medios científicos la existencia de un vínculo. Por tanto, si se trata de realizar un examen de ADN, sus conclusiones serán contrarias a la filiación establecida, aunque se corresponda con la verdad biológica.

En el ámbito del derecho común, la filiación materna puede, en principio, ser impugnada en dos circunstancias, a saber, cuando previamente se ha establecido por sentencia definitiva que se ha producido una sustitución de un hijo o que ha sido inscrito como madre de un hijo una mujer distinta de la que le dio a luz, según el art. 411, párrafo (3), del Código Civil; o en el caso en que la filiación establecida por el acta de nacimiento no concuerda con la posesión de estado, de conformidad con el art. 421 del Código civil. En esta última hipótesis, la filiación solo puede probarse mediante el certificado de nacimiento o el peritaje médico-legal y solo si el uso de los dos medios de prueba no es posible, por otro medio de prueba. Es probable que esta limitación de los medios probatorios plantee problemas en el caso del niño concebido mediante reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante.

De esta forma, cuando el acta de nacimiento falta, aunque poco probable, pero no imposible, el art. 421, párrafo (2), del Código civil dispone con título imperativo que la filiación solo puede establecerse por examen médico-legal, y que solo si no hay posibilidad de realizar tal examen, se establecerá por otros medios de prueba. La mayoría de las veces, sin embargo, no será imposible realizar el examen, solo que sus conclusiones darán fe de una verdad diferente a la que resulta del hecho del nacimiento. En esta situación, las limitaciones de orden probatorio impuestas por el legislador imposibilitarán la impugnación de la filiación materna cuando la filiación establecida por el acta de nacimiento no sea conforme con la posesión de estado, y el hijo haya sido concebido mediante reproducción humana médicamente asistida con material genético femenino de un tercero donante. No puede afirmarse, a nuestro

juicio, que en la hipótesis mencionada estemos en presencia de la tesis final del art. 421, párrafo (2), del Código civil, ya que no existe un impedimento legal o factual objetivo para realizar la prueba. El examen médico-legal puede ser realizado, solo que es un medio de prueba no concluyente, y como la administración de otros medios de prueba solo es posible cuando existe una imposibilidad de realizar la prueba, y no cuando esta puede tener conclusiones contrarias al propósito pretendido, la situación deviene un impasse. Por tanto, apreciamos que se requiere una intervención del legislador en este aspecto, con el fin de adaptar la norma a la situación particular del niño concebido mediante reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante.

b. La impugnación de la filiación paterna en el caso del hijo concebido por reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante

Como en el caso de establecimiento de la filiación, cuando estamos ante el problema de su impugnación, las cosas se vuelven verdaderamente complicadas en el ámbito de la paternidad. Para empezar, por los párrafos (2) y (3) del art. 443 del Código civil, el legislador parece haber instituido dos excepciones. Por lo tanto, el art. 443, párrafo (2), del Código civil dispone que el esposo de la madre puede impugnar la paternidad del niño si no consintió en la reproducción humana médicamente asistida con la ayuda de un tercero donante, y el párrafo final alude a que en el caso de que el niño no fue concebido de esta manera, las disposiciones relativas a la impugnación de la paternidad siguen siendo aplicables⁹².

Como cuestión general, es dable señalar que las dos excepciones son solo aparentes, considerando que el párrafo (1) del art. 443 del Código civil prohíbe la impugnación de la filiación por «razones relacionadas con la reproducción humana médicamente asistida» y no impide tal planteamiento cuando se invoque la incidencia de otra modalidad de concepción. Siendo así, si el marido no expresó su consentimiento al procedimiento o si hubo otra forma de concepción, la prohibición prevista por el párrafo (1) podría eliminarse razonablemente, incluso en ausencia de los párrafos siguientes.

No obstante, los dos párrafos requieren alguna aclaración adicional. En cuanto al segundo párrafo, este tiene como premisa fundamental la falta del consentimiento del marido, contra quien se estableció la paternidad, para acudir a la reproducción humana

⁹² Sobre la asimetría de las presunciones incidentes en materia de filiación materna y paterna, véase MOTICA, Adina R./TEC, Lavinia M., «*Familia prin contract*», *op. cit.*, pp. 367-370.

médicamente asistida con un tercero donante, siendo incidente, en primer lugar, cuando una mujer soltera solicitó el procedimiento, y se casó después de la concepción, pero antes del nacimiento del niño. En la situación mencionada, dado que el hijo nació durante el matrimonio, es aplicable la presunción de paternidad prevista por el art. 414, párrafo (1), del Código civil, pero esta puede ser revocada por el marido de la madre por no haber dado su consentimiento a la reproducción humana médicamente asistida. El problema que se puede plantear es determinar en qué medida es admisible la impugnación de la filiación por la simple falta de consentimiento cuando existe un vínculo genético entre el hijo así concebido y el presunto padre, siendo la hipótesis aquella en la que el marido de la madre tuvo la calidad de tercero donante dentro del procedimiento. En otras palabras, en la hipótesis descrita, el estatus legal del niño se corresponde plenamente con la verdad genética, pero a pesar de esto, surge la cuestión de la impugnación de la filiación. Desde nuestro punto de vista, teniendo en cuenta que lo dispuesto por el art. 441, párrafo (1), del Código civil prohíbe el establecimiento de un vínculo de filiación entre el niño y el donante, corroborado con la falta de consentimiento al procedimiento, la filiación puede ser impugnada con éxito. Así, para impugnar con éxito la paternidad basta con que el presunto padre demuestre que no consintió el procedimiento y que aquel hacia quien se estableció la paternidad fue concebido mediante reproducción humana médicamente asistida. Si es fácil probar lo primero, al ser suficiente la afirmación y volviendo a la madre y al niño la prueba contraria; las cosas se complican mucho más cuando se trata del segundo aspecto, ya que es muy posible que un niño haya sido concebido por vía natural, a pesar de que la madre haya recurrido a la reproducción humana médicamente asistida en el mismo periodo, y que establecer la forma concreta en que el niño fue concebido no se puede realizar por medios científicos actuales⁹³.

Por último, la falta de consentimiento, en el sentido del art. 443, párrafo (2), del Código civil, no solo cuando no se dio desde el principio, sino también cuando quedó sin efecto como consecuencia de la incidencia de una de las hipótesis previstas por el art. 442, párrafo (2), del Código civil, esto es, cuando fue revocada, se produjo la muerte, se presentó una solicitud de divorcio o los cónyuges se separaron efectivamente antes de la concepción⁹⁴. En cambio, si los supuestos de ineficacia del consentimiento, previstos

⁹³ Además, dada la confidencialidad que rodea todo el procedimiento, es posible que el marido ni siquiera conozca el método de concepción. En este caso, las cosas se ponen realmente complicadas. Desconociendo el hecho de la concepción por reproducción humana médicamente asistida, el presunto padre tendría que fundamentar y probar su demanda en el ámbito del derecho común, donde, no obstante, se toparía con el impedimento de la identidad genética con el hijo.

⁹⁴ Véase, en este sentido, Trib. Prahova, dec. civ. núm. 2534/2015, disponible en www.rolii.ro, y LUPAȘCU, Dan/CRĂCIUNESCU, Cristiana Mihaela, *Dreptul familiei*, op. cit., p. 434.

por el art. 442, párrafo (2), del Código civil, han intervenido después del momento de la concepción, el marido de la madre ya no puede negar la paternidad.

En relación con el último párrafo del art. 443 del Código civil, este regula la hipótesis en que, aunque hubo consentimiento para el procedimiento, el niño no fue concebido, en realidad, de esa manera. En tal situación, el problema principal será probar que el embarazo no fue el resultado de la reproducción humana médicamente asistida, sino de la concepción natural. Si se hace tal prueba, se puede negar la paternidad bajo las condiciones del derecho común. Por otra parte, si no se hace la prueba, la acción formulada deviene inadmisibile, y no infundada, según el art. 443, párrafo (1), del Código civil. En otras palabras, la prueba de otra manera de concepción es en sí misma una condición para la admisibilidad de la acción de negar la paternidad en el contexto de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante⁹⁵.

Más allá de las peculiaridades ya expuestas, la reproducción humana médicamente asistida puede plantear otras cuestiones en materia de paternidad. Pues bien, si en el procedimiento un hombre y una mujer otorgan sus consentimientos, y se utiliza material genético masculino de un tercero, y la mujer está casada en el momento de la concepción o del nacimiento con otro hombre, la filiación paterna del niño se establecerá automáticamente respecto al marido de la madre, como consecuencia de la aplicación de la presunción de paternidad, a pesar de que no consintió en el procedimiento. Si el marido de la madre, la madre o el hijo impugnan la paternidad así establecida, las cosas son sencillas, se quita la paternidad presuntiva, y el hombre que dio su consentimiento puede reconocer al hijo. En cambio, si los tres sujetos procesales permanecen pasivos, la situación se complica, en las condiciones en que según el art. 429 Código Civil la paternidad solo puede ser impugnada por el padre biológico. Sin embargo, quien dio su consentimiento no es ni el padre biológico y no tiene siquiera un vínculo genético con el niño. En el presente caso, si el legislador le reconoció al hombre en causa el derecho de convertirse en padre mediante el uso de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, este reconocimiento en realidad queda vacío de contenido, ya que no se le concedió una herramienta mediante la cual eliminar la presunta paternidad. De esta forma, la prohibición prevista por el art.

⁹⁵ Precisamente por eso, no podemos suscribir la opinión expresada en la doctrina en el sentido de que la norma representa una importante derogación del principio de inmutabilidad de la filiación teniendo en cuenta que es difícil probar si el nacimiento es o no el resultado de un parto de la reproducción humana médicamente asistida, y mediante las pruebas científicas se puede fácilmente probar que el presunto padre no es el padre del niño (LUPAȘCU, Dan/CRĂCIUNESCU, Cristiana Mihaela, *Dreptul familiei, op. cit.*, p. 434). Si no se hace previamente la prueba de otra forma de concepción, no se puede plantearse la cuestión de analizar la existencia o no de un vínculo genético entre el marido de la madre y el padre del menor. Empero, precisamente las dificultades para intentarlo otra modalidad de probar otra forma de concepción hacen que la excepción sea extremadamente estrecha.

443, párrafo (1), del Código civil y la finalidad perseguida por el legislador tienen sus límites, no se excluye que un hijo concebido por reproducción humana médicamente asistida pueda, de hecho, llegar a tener una filiación paterna diferente a la que resulta de la aplicación de reglas especiales, sin que esto sea desafiado con éxito.

Otra hipótesis problemática es que en el procedimiento se iba a utilizar material genético del hombre que consintió en la técnica reproductiva, pero se afirma que, en realidad, sin su consentimiento, se utilizó material genético de un tercero. Teniendo en cuenta que el art. 443, párrafo (1), del Código civil prohíbe impugnar la filiación por «razones relacionadas con la reproducción humana médicamente asistida», y el argumento invocado se refiere precisamente a tal razón, resultaría que ni en esta situación no es posible la acción de impugnar la paternidad. Sin embargo, dado que constituye una excepción al derecho común, apreciamos que el sintagma debe interpretarse de manera restrictiva, en el sentido de que por «razones relacionadas con la reproducción humana médicamente asistida» significa solo aquellas que se refieren a la falta de un vínculo biológico o genético causado por la técnica de reproducción. En otras palabras, son excluidas del análisis aquellas hipótesis en las que la filiación está impugnada porque el hombre o la mujer, aunque han consentido en el uso de material genético de un tercero, no tienen un vínculo biológico y/o genético con el niño. En cambio, la impugnación debería permitirse en situaciones como la mencionada, cuando se dio el consentimiento en el sentido de que solo el material genético femenino provenía del tercero. En este caso, la prueba se puede realizar fácilmente a través de un examen de ADN, lo cual prueba que sí existe un vínculo genético entre el padre y el niño.

Al mismo tiempo, puede surgir un problema cuando el esposo y la esposa consientan en la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante de material genético masculino, y después de la concepción, los cónyuges se divorcian y la mujer se vuelve a casar hasta el momento de nacimiento. En este caso, la presunción de paternidad es incidente tanto frente al primero como al segundo marido de la madre. Si el último marido, el hijo o la madre no impugnan la paternidad establecida respecto del marido de la madre que existe en el momento del nacimiento, apreciamos que la acción de impugnación puede ser formulada por el primer marido, que bastará para probar el método de la concepción y el hecho de que este dio su consentimiento al procedimiento para hacer prevalecer la presunción que opera a su favor⁹⁶.

⁹⁶ De hecho, ninguno de los cónyuges será el padre biológico o genético del niño, pero, como hemos visto, en la hipótesis en que el hombre y la mujer que solicitan el procedimiento son casados, el legislador ha establecido que la paternidad se establece contra el hombre que dio su consentimiento

5.2. *El ejercicio de la autoridad parental*

Una vez establecida la filiación del hijo concebido por reproducción humana médicamente asistida, el ejercicio de la autoridad parental sigue las mismas coordenadas de la filiación que es fruto de la concepción natural⁹⁷. En este sentido, el art. 446 del Código civil establece que «el padre tiene los mismos derechos y obligaciones respecto del hijo nacido por reproducción médicamente asistida con un tercero donante como respecto del hijo nacido por concepción natural»⁹⁸. A pesar de que el texto solo se refiere al padre, dado que los motivos son los mismos, la situación será idéntica en el caso de la madre. Además, si los padres tienen los mismos derechos y obligaciones hacia el niño, significa que el niño también tendrá los mismos derechos y obligaciones hacia sus padres, tal como un niño concebido naturalmente.

Al ser así, los padres ejercerán de conjunto y concurrentemente la autoridad parental sobre el hijo, y el ejercicio exclusivo de la autoridad parental solo será aplicable en los términos del art. 398 del Código civil. Al mismo tiempo, si los padres viven juntos, el hogar/la residencia del menor se establecerá con ellos, y si tienen domicilios separados, se establecerá con uno de ellos, según el art. 496 del Código Civil. Los padres estarán obligados a prestar en modo solidario la manutención al niño, según lo estipulado en el art. 499, párrafo (1), del Código civil, etc. En consecuencia, podemos hablar de un auténtico principio de igualdad entre los niños concebidos de forma natural y los concebidos mediante reproducción humana médicamente asistida, principio que se deriva naturalmente de la inexistencia de cualquier diferenciación jurídica entre las dos categorías de niños. Además, la razón de la reproducción humana médicamente asistida es permitir el inicio de una nueva vida, que imita exactamente la concepción natural. Además, la forma en que somos concebidos está fuera de nuestra posibilidad

aplicando la presunción de paternidad; este consentimiento, al estar relacionado con el art. 443, párrafo (1), del Código civil, es suficiente para eliminar absoluta e inmutablemente la realidad biológica y genética. En este caso, la existencia de un consentimiento previo caracteriza más la presunción que opera a favor del primer cónyuge que la que opera a favor del segundo.

⁹⁷ Véase, en este sentido, NICOLAE, Ioana, «Assisted Human Reproduction by Using a Donor...», *op. cit.*, p. 51.

⁹⁸ No podemos dejar de notar la pobre formulación del texto. En primer lugar, el niño no «nace» mediante reproducción humana médicamente asistida, sino que es concebido de esa manera. El nacimiento y la concepción son dos elementos completamente diferentes, que se materializan en intervalos de tiempo separados y que conllevan implicaciones jurídicas distintas. En el caso de reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, el nacimiento como tal no implica alguna particularidad. Luego, en el contexto de los siete artículos, el legislador utilizó varias nociones con el mismo significado: reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante [título marginal de la sección, art. 441, párrafo (1), del Código civil, y art. 447 del Código civil]; reproducción médicamente asistida con un tercero donante [art. 442, párrafo (2), del Código civil, y art. 445, párrafo (1), del Código Civil]; reproducción médicamente asistida [art. 443, párrafos (1)-(2), del Código civil]. Finalmente, el texto solo se refiere al padre, aunque la situación de la madre es obviamente la misma.

de elección y determinación, y establecer un tratamiento jurídico diferente, según si la concepción fue natural o haya sido el resultado de una técnica médica, constituiría, en ausencia de justificación objetiva, una clara derrota del principio de igualdad ante la ley y una forma de discriminación.

Algunas menciones todavía se imponen con respecto a este particular. En primer lugar, el hecho de que la filiación es resultado de la forma especial de concepción, dentro de la cual tiene un régimen jurídico más rígido, no excluye la previsión del progenitor del ejercicio de la autoridad parental, en los términos del art. 508 del Código civil. Las dos instituciones, esto es, la filiación y el ejercicio de la autoridad parental, asumen distintos niveles de análisis e implicaciones jurídicas separadas. Mientras que la filiación tiene por objeto establecer la relación de parentesco, la autoridad parental y su ejercicio son un componente derivado del parentesco, es decir, los derechos y las obligaciones específicos que tiene un progenitor hacia su hijo menor. De este modo, nada impide que, una vez establecida la filiación en el marco de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, el progenitor pueda quedar inhabilitado para ejercer la autoridad parental en caso de algún peligro para el menor.

Entonces, es perfectamente posible que un niño que fue concebido por reproducción humana médicamente asistida pueda ser adoptado posteriormente, si se cumplen las condiciones que la ley establece al respecto. A pesar de que la reproducción humana médicamente asistida fue concebida como un mecanismo especial por el cual una persona puede convertirse en progenitor, no se excluye que, una vez establecida la filiación con él, esta pueda cesar posteriormente al establecerse el parentesco civil del hijo con otra persona como efecto de la adopción. En este sentido, debe tenerse en cuenta que mientras la reproducción humana médicamente asistida es una facilidad otorgada a los potenciales padres, la adopción representa, por regla general, un medio de protección del menor. Empero, el interés de este último debe prevalecer en todas las situaciones. Desde este punto de vista, la adopción no constituye una impugnación de la filiación resultante de la reproducción humana médicamente asistida con un tercer donante, en el sentido del art. 443 del Código Civil, sino la sustitución de una filiación por otra, sin impugnar la anterior. Como señala la doctrina, al respecto existe también una excepción, no desdeñable. Se trata del supuesto de adopción regulado por el art. 7, párrafos (4) y (5), de la Ley núm. 273/2004. Así que, de conformidad con el art. 7, párrafo (4), del citado acto normativo, «El hijo extramatrimonial, reconocido por el padre por vía administrativa, así como el hijo cuya paternidad haya sido establecida por sentencia judicial que reconozca el reconocimiento por el padre o que confirme el consentimiento de las partes, sin haber investigado el fondo de la solicitud, solo pueden ser adoptados por la mujer del padre únicamente si la filiación es confirmada

por el resultado de la pericia practicada por el método del ADN serológico»; mientras que el párrafo (5) establece que «En el caso de la adopción del niño por la esposa de quien reconoció al niño nacido fuera del matrimonio, el tribunal admitirá la solicitud de aprobación de la adopción solo si la paternidad es confirmada por el resultado de la pericia de filiación prevista en el párr. (4). Los gastos determinados por la pericia son de cargo del adoptante. En la situación de que el adoptante no disponga de los recursos económicos necesarios, éstos serán sufragados con cargo a los presupuestos del Estado». Como resultado, si la filiación con el padre es el resultado del reconocimiento, el niño puede ser adoptado por la esposa del padre solo si la filiación se confirma mediante un examen serológico de ADN⁹⁹. La razón de estas disposiciones es evitar un reconocimiento formal de la paternidad, sin respaldo en la realidad, seguido de una forma simplificada de adopción por la esposa del padre así establecida, es decir, un empujón del procedimiento de adopción y de las garantías y límites que lo acompañan como resultado de un linaje paterno ficticio establecido. El problema es que en el caso de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante, cuando se ha utilizado material genético masculino de un tercero, la prueba de la existencia de un vínculo genético entre el padre y el hijo es imposible de hacer, porque esto no existe. Así, si la filiación paterna establecida en el marco de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante es fruto del reconocimiento, la esposa del padre (en hipótesis, otra mujer distinta de la que participó en el procedimiento), nunca podrá adoptar al niño. Puede tratarse de una simple no correlación de las normas o de la intención del legislador, considerando que también en este caso, como un reconocimiento ficticio, no existe un vínculo genético o biológico entre el padre y el hijo. Entonces, la incidencia de tal prohibición puede constituir una forma de prevención de la gestación subrogada. De lo contrario, la madre sustituta y el padre podrían participar en el procedimiento de reproducción humana médicamente asistida, y luego cesaría la filiación materna mediante un procedimiento de adopción simplificado realizado por la esposa del padre, más aún porque la legislación interna no exige que el hombre y la mujer formen pareja en el momento en que recurren a la reproducción humana médicamente asistida¹⁰⁰.

⁹⁹ Para más detalles relacionados con esta regulación, véase MOLOMAN, Bogdan Dumitru/URECHE, Lazăr Ciprian, *Legea nr. 273/2004 privind procedura adopției. Comentarii pe articole* [trad., La Ley núm. 273/2004 sobre el procedimiento de adopción. Comentarios a los artículos], Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2016, pp. 91-93.

¹⁰⁰ Por supuesto, esta prohibición solo funcionará mientras el material genético masculino no provenga del padre que reconoció la filiación. Si el material genético proviene del padre, existirá un vínculo genético entre este y el niño, lo que justifica *per se* el posterior trámite de adopción por parte de la esposa.

5.3. *El elemento de confidencialidad en el contexto de la reproducción humana médicamente asistida*

Como ya hemos traído a discusión, la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante implica un ocultamiento de la realidad genética y biológica, por crear vínculos de filiación basados en ficciones jurídicas, a las que en algunos lugares se les otorga el valor de verdad absoluta e inmutable. Para proteger la apariencia así creada, el legislador colocó el modo especial de concepción bajo el signo de una confidencialidad casi implacable.

Ya hemos visto que en el trámite notarial, el consentimiento al trámite de los padres potenciales debe darse «en condiciones que aseguren la total confidencialidad»¹⁰¹. No obstante, el secreto que acompaña al procedimiento no se detiene en este consentimiento. Al contrario, según el art. 445, párrafo (1), del Código civil, «cualesquiera informaciones relativas a la reproducción humana médicamente asistida son confidenciales». A pesar de su redacción aguda y aparentemente inequívoca, el texto está viciado por innumerables incertidumbres. Por lo tanto, no está claro qué tipo de información cae bajo el alcance y a quién se manifiesta esta confidencialidad o cuál es su régimen jurídico.

Pues bien, en la hipótesis en que solicitan el trámite un hombre y una mujer, aunque el art. 445, párrafo (1), del Código civil se refiere a «cualesquiera informaciones relativas a la reproducción humana médicamente asistida», los dos conocerán, por la naturaleza del mecanismo, su mutua identidad y el hecho de que ambos y en conjunto han recurrido a la técnica médica. Al mismo tiempo, es necesario que tanto el médico llamado a prestar asistencia como el oficial del estado civil y, según sea el caso, el tribunal, tomen conocimiento del consentimiento otorgado ante notario y de su contenido. Además, frente al art. 443 del Código civil, el marido de la madre debe y puede tomar conciencia del método de la concepción, aunque él no haya sido parte en el procedimiento, pues solamente así puede impugnar efectivamente la paternidad resultante tras la aplicación de la presunción. Asimismo, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 444 del Código civil, al niño no se puede ocultar el método de concepción ni la identidad de las personas que acudieron al procedimiento médico para

¹⁰¹ Véase, en este sentido, el art. 442, párrafo (1), del Código civil.

su concepción¹⁰². Entonces, en la situación dada, «cualesquiera informaciones» no significa, paradójicamente, toda la información.

En realidad, del análisis sistémico de las disposiciones se desprende que el tema de la confidencialidad tiene dos aspectos. Por un lado, en relación con terceros, a saber, las personas y autoridades ajenas al procedimiento y sin interés directo y legítimo sobre la filiación del menor, la confidencialidad es total, lo que significa que está prohibido revelar a estos, cualquiera información relacionada con la forma de concepción y las personas involucradas en ella. En otras palabras, para los terceros, la realidad queda completamente oscurecida, el niño aparece como si hubiera sido concebido en modo natural. La obligación de guardar secreto frente a terceros respecto de «cualesquiera informaciones relativas a la reproducción humana médicamente asistida» conlleva también, a nuestro juicio, a consecuencias procesales, en el sentido de que en aquellos casos que tengan por objeto aspectos relacionados con la concepción del niño por reproducción humana médicamente asistida, las audiencias judiciales son secretas, precisamente para respetar la obligación de confidencialidad. Solamente así se puede mantener el secreto del método médico de concepción de terceros.

Por otra parte, la obligación de confidencialidad adquiere su mayor intensidad en relación con la persona del tercer donante, en el sentido de que queda absolutamente prohibido conocer su identidad, cualesquiera sean las circunstancias, tanto por los intervinientes en el procedimiento, incluidos los padres y el niño, como por las autoridades en general o terceros. La prohibición tiene como objeto la prevención de cualquier contacto entre el niño y aquel cuyo material genético se utilizó para su concepción, a fin de proteger a ambas partes. Sobre este aspecto, debemos recordar que según el art. 441 del Código civil, está prohibido tanto establecer cualquier vínculo de filiación entre el donante y el hijo concebido mediante el procedimiento médico, como formular cualquier acción de responsabilidad contra el donante¹⁰³.

De esta última prohibición, el legislador dispuso dos atenuantes, a través de lo regulado en el art. 445, párrafos (2) y (3), del Código civil. Así, después que el párrafo (1) dispone que cualquier información relativa a la reproducción humana médicamente asistida es confidencial, el art. 445, párrafo (2), del Código civil establece que, «Sin embargo, en el

¹⁰² En el sentido de que la confidencialidad también puede oponerse al niño, quedando a la discreción de los padres revelar o no el método de concepción. Véase HAGEANU, Cristina Codruța, *Dreptul familiei...*, op. cit., p. 264.

¹⁰³ Por ejemplo, si el donante padecía una malformación genética que no fue descubierta en el momento de las pruebas preliminares, ni los padres ni el hijo pueden ejercer contra él una acción de responsabilidad si la malformación fue heredada por el hijo o sus sucesores.

caso en que, a falta de tal informaciones, existe un riesgo de daño grave para la salud de una persona así concebida o de sus descendientes, el tribunal puede autorizar su transmisión, confidencialmente, al médico o a las autoridades competentes»; y el párrafo (3) que «Asimismo, cualquiera de los descendientes de la persona así concebida puede hacer uso de este derecho, si el hecho de ser privado de la información que solicita puede perjudicar gravemente su salud o la de una persona cercana a él».

Las dos reglas requieren, igualmente, algunas aclaraciones. En primer lugar, a pesar de que constituyen excepciones a la prohibición impuesta por el primer párrafo, en realidad la derogación solo atañe a lo relativo al anonimato del donante, dado que, como hemos visto, para la persona concebida a través del procedimiento médico, los demás datos no son confidenciales, y la excepción se aplica solo a él y a sus descendientes.

Luego, es necesario señalar que la excepción solo puede justificarse por motivos médicos, es decir, por la existencia de un riesgo de daño grave para la salud. Acerca de este particular, el riesgo debe resultar de mantener el anonimato y no solo eliminarse revelando la identidad del donante. En consecuencia, la condición no se cumple, por ejemplo, cuando se desea conocer la persona del donante, ya que sería la única persona compatible para donar un determinado material biológico del cual depende la vida de la persona concebida a través de reproducción humana médicamente asistida o de su descendencia. En la situación mencionada, el riesgo no resulta de la existencia de los elementos sobre los que se ejerce la confidencialidad, sino que es ajeno a ellos y solo podría ser eliminado si no existiera la prohibición de hacer públicas las informaciones.

Al mismo tiempo, la identidad del donante no se pone al conocimiento de la persona interesada, ni siquiera en la hipótesis de la situación excepcional, sino que se comunica, en su caso, al médico primario o a la autoridad¹⁰⁴, que tiene la obligación de seguir manteniendo la confidencialidad después de tener conocimiento de los datos que le fueron comunicados.

Finalmente, el párrafo (3) debe leerse, en principio, solo como una extensión del alcance subjetivo de la excepción prevista en el segundo párrafo. En otras palabras, el párrafo (3) solo reconoce también el derecho de los descendientes de la persona

¹⁰⁴ Véase, en este sentido, MOLOMAN, Bogdan Dumitru/URECHE, Lazăr Ciprian, *Noul Cod civil...*, op. cit., p. 559.

concebida mediante reproducción humana médicamente asistida a solicitar el levantamiento de la confidencialidad, cuando exista riesgo de daño grave para su salud, derivado directamente del estado de confidencialidad. Así, también en esta hipótesis, la información no puede ser comunicada a los descendientes, sino únicamente al médico tratante o a la autoridad, quienes siguen teniendo la obligación de guardar secreto sobre la identidad del donante, tanto ante los descendientes como ante terceros. Sin embargo, el párrafo (3) parece extender el alcance de la excepción en el sentido de que el riesgo para la salud puede afectar no solo a la persona concebida mediante reproducción humana médicamente asistida y su descendencia, sino también a una persona «que está cerca» del descendiente. Además de que es difícil establecer la hipótesis prevista por el legislador, en la que una persona que no está genéticamente relacionada con el donante estaría bajo un riesgo de sufrir un daño grave para la salud como consecuencia de la confidencialidad, es al menos criticable el hecho de que la extensión se conceda solo en relación con el descendiente, no con la persona concebida mediante reproducción humana médicamente asistida, cuando, frente a esta última, en relación con el párrafo (2), el levantamiento de la confidencialidad no es posible en tal situación.

En cualquier caso, la atenuación de la confidencialidad solo se permite con la autorización del tribunal, que deberá comprobar si tal medida es necesaria en relación con el riesgo del incidente. Aunque el legislador no lo prevé, el procedimiento es no contencioso, y el tribunal competente es el de tutela, según el art. 265 del Código civil.

Más allá de los aspectos mencionados, debe tenerse en cuenta que la obligación de confidencialidad, cuando se opone al niño concebido mediante reproducción humana médicamente asistida, puede constituir una injerencia en su derecho a la vida privada, tal como lo permite el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desarrollada sobre la base de este artículo, teniendo en cuenta que la identidad biológica es un componente de la identidad de la persona¹⁰⁵, y cualquier limitación sobre el conocimiento de este componente constituye una injerencia en la esfera del derecho a la vida privada. Si no habrá problemas sobre la existencia de una base legal para la injerencia y la identificación de un propósito legítimo, se puede realizar un análisis en términos de proporcionalidad. No obstante, tenemos que tratar este aspecto en un futuro artículo.

¹⁰⁵ Véase, en este sentido, como ejemplo, T.E.D.H., Caso *Călin y otros c. Rumania*, sentencia de 19 de julio de 2016, solicitudes relacionadas núm. 25.057/11, 34.739/11 y 20.316/12.

6. CONCLUSIÓN

Aunque ofrece a los ansiosos la vocación de filiación allí donde la divinidad se las ha negado, la reproducción humana médicamente asistida sigue siendo un tema sensible tanto para el legislador como para la sociedad. Al ser una intrusión del hombre en el dominio reservado durante milenios a las fuerzas divinas –lo de la concepción– plantea no solo problemas relacionados con la correcta configuración de un marco normativo, sino también sustanciales dilemas éticos y morales relacionados con los límites del intervencionismo humano y la configuración de las relaciones sociales y de parentesco como resultado de la realidad distorsionada creada por la tecnología médica reproductiva.

Con la adopción del Código civil, el legislador rumano, tratando de sumarse a las tendencias de otros países, dio un primer paso hacia la definición de un marco normativo dedicado al tema de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante. Empero, el planteamiento se llevó a cabo a medias, pues la ley civil estableció únicamente un marco general, que debía ser complementado por las disposiciones de una ley especial, y esta última nunca fue adoptada.

Además, las disposiciones contenidas en el Código civil, aunque constituye innegablemente un paso adelante, adolecen del aspecto de claridad y visión unitaria y pueden resultar fuente de innumerables incertidumbres y bloqueos, algunos de ellos los hemos expuesto en líneas anteriores. En este contexto, no se excluye que las disposiciones de la ley civil sigan siendo un cuerpo estéril de normas cuya transposición en la práctica se estanca en el plano de la vocación, sin llegar nunca a la eficacia; mientras que en las clínicas médicas especializadas en reproducción humana médicamente asistida con terceros donantes se llevará a cabo, como antes, este procedimiento en ausencia de un marco normativo especial y con la fuerza más allá de los límites del derecho común.

BIBLIOGRAFÍA

AVRAM, Marieta, *Drept civil. Familia* [trad.: Derecho civil. La familia], Ed. Hamangiu Bucarest, 2013.

FIRULEASA, Ingrid-Laura/FLORESCU, Silvia/MOLDOVAN, Mona, «Dilemele etice ale fertilizării *in vitro*» [trad.: Dilemas éticos de la fecundación *in vitro*], *Management în Sănătate* [trad., Management en Salud], vol. XIV (2010), núm. 2, pp. 24-27.

FLORIAN, Emese:

- «Considerații asupra filiației în cadrul procreației medicale asistate» (trad.: Consideraciones sobre la filiación en el marco de la procreación médica asistida), *Revista de drept internațional privat și drept comparat* [trad.: Revista de derecho internacional privado y derecho comparado] (2006), pp. 633-652.

- «Considerații privind reglementarea reproducerii umane asistate medical cu terț donator în dreptul român» [trad.: Consideraciones sobre la regulación de la reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante en el derecho rumano], *Studia Universitatis "Babeș-Bolyai". Jurisprudencia* (2013), núm. 4, pp. 101-112.

- «Filiația: între obsesia adevărului biologic și mistificarea legală» [trad.: La filiación: entre la obsesión de la verdad biológica y la mistificación jurídica], *Revista Română de Drept Privat* [trad.: Revista Rumana de Derecho Privado] (2018), núm. 3, pp. 117-129.

HAGEANU, Cristina Codruța, *Dreptul familiei și actele de stare civilă* [trad.: Derecho de familia y las actas del estado civil], 2^a ed., revisada y ampliada, Ed. Hamangiu, Bucarest, 2017.

IRINESCU, Lucia, «Copilul un dar sau un drept?» [trad.: ¿El hijo, un regalo o un derecho?], *Revista Dreptul Familiei* [trad.: Revista de Derecho de Familia] (2019), núm. 1-2, pp. 208-218.

HUIDUI, Alexandra, *Reproducerea umană medical asistată* [trad.: La reproducción humana médicamente asistida], Ed. Lumen, Iași, 2010.

IRINESCU, Lucia:

- «Accesul la reproducerea umană asistată medical. Modelul Italiei» [trad.: Acceso a la reproducción humana asistida médicamente. El modelo de Italia], *Revista de Dreptul Familiei* [trad.: Revista de Derecho de Familia] (2020), núm. 1, pp. 110-128.

- «O nouă perspectivă asupra filiației. Reproducerea umană asistată medical cu terț donator» [trad.: Una nueva perspectiva sobre la filiación. Reproducción humana médicamente asistida con un tercer donante], en *Analele Științifice ale Universității, «A.I. Cuza» Iași, Tomul LX, Științe Juridice* [trad.: Anales científicos de la Universidad, «A.I. Cuza» Iași], t. LX, Ciencias Jurídicas] (2014), núm. 1, pp. 15-21.

LI, Zhi-KUN/WANG, Le-Yun/WANG, Li-Bin, *et al.*, «Generation of Bimaternal and Bipaternal Mice from Hypomethylated Haploid ESCs with Imprinting Region Deletions», *Cell Stem Cell Journal*, vol. 23 (2018), núm. 5, pp. 625 y ss.

MOTICA, Adina R./TEC, Lavinia M., «Familia prin contract» [trad.: Familia por contrato], *Revista de Dreptul Familiei* [trad.: Revista de Derecho de Familia] (2019), núm. 1-2, pp. 329-376.

MOLOMAN, Bogdan Dumitru/URECHE, Lazăr Ciprian:

- *Legea nr. 273/2004 privind procedura adopției. Comentarii pe articole* [trad., La Ley núm. 273/2004 sobre el procedimiento de adopción. Comentarios a los artículos], Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2016.

- *Noul Cod civil. Cartea a II a. Despre familie. Art. 258-534. Comentarii, explicații și jurisprudență* [trad.: El Nuevo Código civil. Libro II. Sobre la familia. Arts. 258-534. Comentarios, explicaciones y jurisprudencia], Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2016.

NEAMȚ, Ioan Ilieș, «*Divorțul ca urmare a separării în fapt a soților. Aspecte substanțial-procesuale*» [trad., El divorcio como consecuencia de la separación de hecho de los cónyuges. Aspectos sustantivos-procesales], *Revista de Dreptul Familiei* [trad., Revista de Derecho de Familia] (2020), núm. 1, pp. 273-311.

NICOLAE, Ioana, «Assisted Human Reproduction by Using a Donor. A Novelty of the Romanian Legislative System», *Law Review*, vol. IV (2014), núm. 2, pp. 47-55.

NICOLAE, Ioana/SPÎRCHEZ, Georgeta Bianca, «Acțiuni privind filiația față de mamă în ipoteza maternității de subrogație. Dezlegări din practica instanțelor din România» [trad.: Acciones de filiación contra la madre en la hipótesis de gestación subrogada. Dispensas de la práctica de los tribunales en Rumanía], *Revista de Dreptul Familiei* [trad.: Revista de Derecho de Familia] (2019), núm. 1-2, pp. 427-440.

OPRESCU, Mugurel Marius/OPRESCU, Mihaela Adriana, «Reproducerea umană asistată medical cu terț donator – în reglementarea Codului civil» [trad.: Reproducción humana médicamente asistida con un tercero donante – en la regulación del Código Civil], *Revista Română de Jurisprudență* [trad., Revista Rumana de Jurisprudencia] (2012), núm. 6, pp. 178-184.

ROWE, A., «The Future of Reproduction: Male Pregnancy», *Upstart Business Journal*, 27 de abril de 2009.

SZTRANYICZKI, Szilárd, «Paternitatea după moarte: aspecte ale procedurii fertilizării in vitro post mortem» [trad.: La paternidad después de la muerte: aspectos del procedimiento de fecundación *in vitro post mortem*], *Revista de dreptul familiei* [trad.: Revista de Derecho de Familia] (2021), núm. 2, pp. 395-414.

USUDA, Haruo/WATANABE, Shimpei / MIURA, Yuichiro/*et al.*, «Successful maintenance of key physiological parameters in preterm lambs treated with ex vivo uterine environment therapy for a period of 1 week», *The American Journal of Obstetrics & Gynecology*, vol. 217 (2017), núm. 4, pp. 457-459.

Fecha de recepción: 22.12.2022

Fecha de aceptación: 21.03.2023