

LA FECUNDACIÓN ASISTIDA ENTRE ÉTICA Y DERECHO: EL CASO ITALIANO*

Michele Sesta

I. PREMISA

EN LA ACTUAL REGLAMENTACIÓN jurídica de la filiación el presupuesto no manifiesto es que el comienzo de la vida humana y el nacimiento constituyen el resultado de la unión física de un hombre y una mujer; sólo que desde hace ya cierto tiempo, y con mayor frecuencia en los años más próximos, se han desarrollado técnicas médicas¹ aptas para realizar la concepción de un ser humano independientemente de la conjunción física del hombre con la mujer².

La primera constatación que es preciso hacer es que, no obstante la difusión de la fecundación asistida —a la que se puede recurrir sin grandes dificultades, pese a los delicados problemas éticos y jurídicos que implica el uso de estas técnicas—, el legislador italiano aún no ha intervenido para regular la materia, aunque no hayan faltado propuestas de ley al respecto³, cuya discusión en el Parlamento puso recientemente en evidencia profundas diferencias de opinión entre las fuerzas políticas, diferencias que, hasta ahora, han impedido legislar.

* Traducción de Santiago Perea Latorre.

¹ Para los aspectos médicos, tratados de manera comprensible para los no expertos, *cfr.* C. FLAMIGNI. *Il libro della procreazione*, Milano, Mondadori, 1998.

² Sobre este tema la bibliografía ya tiene gran extensión. Para una primera aproximación, *cfr.* L. LENTI. *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, Cedam, 1993; G. FERRANDO (ed.). *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, Padova, Cedam, 1989; M. MORI. *La fecondazione artificiale*, Bari, Laterza, 1995; G. Manera. "Osservazioni in tema di procreazione artificiale o procreazione assistita", en *Giustizia Civile*, 1996, II, pp. 11 ss.

³ Al respecto, *cfr.* "Proposte di disciplina della nuova genetica umana", en *Giur. Italiana*, 1986, IV, c. 33. Recientemente también han sido presentadas varias pro-

puestas de ley sobre la materia: véanse la del 31 de mayo de 1996, por iniciativa de los diputados Gamberale y otros, y la de la Comisión Busnelli, sobre la cual se desarrolló un encuentro de estudios en Pisa el 31 de enero de 1997, a cuyas actas se remite: *Fecondazione assistita, una proposta di legge da discutere*, Roma, 1997. Para un cuadro de conjunto actualizado véase así mismo G. Renna. "Proposte di legge in tema di fecondazione medicalmente assistita", en *Famiglia e Diritto*, 1997, pp. 579 ss. Se remite también al último proyecto de ley, "Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita", Commissione XII, Roma, 29 de octubre de 1997, aprobado por la Cámara de Diputados, en relación con el cual *cfr.* SESTA. "Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore", en *Famiglia e Diritto*, 1999, p. 237.

Por el contrario, otra es la situación en el exterior, y en especial en el contexto europeo: leyes sobre la materia, aparecieron desde principios de los años 80 en Escandinavia, Gran Bretaña, Holanda, España, Suiza, Francia y Alemania, para determinar los límites, las condiciones y las modalidades de acceso a las técnicas de fecundación⁴. Desde el punto de vista de la reglamentación positiva, Italia se encuentra, por lo tanto, desprovista de normas legales; como es obvio, esta laguna no se puede colmar mediante reglas que se muevan en el plano de la moral o de la deontología, como, por ejemplo, las orientaciones del Pontífice en la encíclica *Evangelium Vitae*, los conceptos del Comité Nacional de Bioética y los criterios deontológicos adoptados por la Federación del Orden Médico⁵. Cada uno de estos documentos, si bien aporta una importante contribución a la posibilidad de solución de los problemas emergentes, está dirigido a expresar juicios morales o a dar consejos de orden técnico sobre el fenómeno de la fecundación asistida y, por lo tanto, no puede suplir las determinaciones del legislador, quien es el único que está en condiciones de fijar los límites jurídicos de lo lícito y lo ilícito de las técnicas bajo examen y de establecer las reglas concernientes a la ineludible cuestión del status de filiación del nacido de fecundación artificial.

En la actualidad el jurista, y en particular el juez llamado a resolver conflictos surgidos de nacimientos derivados de fecundación asistida, no puede hacer otra cosa que aplicar el derecho codificado, que como hemos dicho, parte del presupuesto no manifiesto de la filiación como fruto de una relación física entre hombre y mujer y, por lo tanto, no está en condiciones de responder en forma adecuada al problema que se le plantea.

En concreto, los problemas que surgen al respecto son de dos órdenes: por un lado se refieren a la licitud de las prácticas de procreación asistida; por el otro, atañen a las modalidades de atribución del status en cabeza del nacido.

⁴ Muchos países han emanado en los últimos años leyes tendientes a reglamentar las intervenciones de reproducción médicamente asistida. Entre otros, Francia (Ley sobre el respeto del cuerpo humano, 1994); Austria (Ley Federal de introducción de normas sobre la reproducción asistida, así como reforma del Código Civil, de la Ley sobre el matrimonio y de la norma de jurisdicción, 1992); Gran Bretaña (Ley sobre la fecundación humana y la entriología, 1990); España (Ley sobre las técnicas de reproducción asistida, 1988); Suecia (Ley sobre inseminación, 1984, y Ley sobre fecundación por fuera del cuerpo humano, 1988); Alemania (ley de tutela de los embriones, 1990). En síntesis, estas disposiciones permiten la inseminación heteróloga y, en principio, no le permiten al marido que presta su consentimiento desconocer luego la paternidad (en Alemania, si bien se permite el desconocimiento por parte del marido que ha prestado su consentimiento, la jurisprudencia configura el consentimiento mismo como contrato en favor de tercero,

en razón del cual el hijo adquiere respecto del marido de la madre el mismo derecho al mantenimiento que le corresponde al hijo legítimo. Al respecto, A. Diurni. "La riforma del quarto libro del BGB: il nuovo diritto di filiazione", en *Annuario di Diritto Tedesco*, 1998, a cargo de S. Patti, Milano, Giuffrè, 1998, p. 54).

⁵ Cfr. *Evangelium Vitae*, Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II sobre el valor y la inviolabilidad de la vida humana, Ciudad del Vaticano, 1995; "Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sulle tecniche di procreazione assistita", en *Famiglia e Diritto*, 1994, p. 471, con nota de M. Dogliotti. "L'inseminazione artificiale e il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica", p. 553; "Documento della Federazione Nazionale Ordini Medici Chirurghi e Odontoiatri in data 2 aprile 1995", en *Famiglia e Diritto*, 1995, p. 300, con nota de M. DOGLIOTTI. "Inseminazione artificiale, diritti del minore e suggestioni paternalistiche"; y también Código de Deontología Médica, aprobado por el Consejo Nacional el 2 y 3 de octubre de 1998.

El silencio del legislador, o mejor, la incapacidad de llegar a aprobar alguna de las numerosas propuestas planteadas, se explica si se consideran las visiones opuestas de la vida humana que caracterizan la sociedad italiana, en este caso diferenciada de la de los demás Estados europeos, en donde se ha legislado sobre la materia sin grandes traumatismos. En Italia aún es motivo de amplio consenso una concepción sagrada de la vida humana -que tiene en la Iglesia católica su mayor, pero no exclusivo, defensor- que condena sin excepción cualquier intervención del hombre en la esfera de la reproducción y, más en general, de la sexualidad⁶. Una concepción como ésta no puede sino conducir a una legislación en términos de prohibición de las prácticas de fecundación asistida; prohibición que sin embargo entra en conflicto con la igualmente difundida concepción de la vida humana llamada “utilitarista”, de conformidad con la cual, dentro de límites, que deben fijarse, las intervenciones sobre la vida están permitidas si tienden a lograr el bienestar de la persona⁷.

Este cuadro de contraposiciones irreductibles explica bien el *impasse* del legislador, que se ha presentado con repetidos golpes de escena con motivo de la aprobación del proyecto unificado, cuyo resultado definitivo no se puede dar en absoluto por descontado.

Un primer acercamiento jurídico a la cuestión tiene que partir, necesariamente, de la investigación preliminar acerca de la subsistencia de un derecho subjetivo a la procreación, que confiera la titularidad de un derecho a recurrir a medios artificiales jurídicamente relevante y digno de tutela. Ciertamente nuestro ordenamiento contempla un derecho a la procreación, vinculado al ejercicio del derecho a la propia libertad sexual. Este derecho se puede deducir también de una fuente de ley ordinaria, es decir del artículo 1º de la Ley 194 del 22 de mayo de 1978, sobre interrupción voluntaria del embarazo. Si del derecho a la procreación se puede hacer derivar, como consecuencia directa, un derecho al recurso a métodos de fecundación artificial, es algo discutible, aunque la doctrina más reciente y las diferentes propuestas de ley hasta ahora formuladas -por lo demás sin éxito- parecen concordar sobre el hecho de que el Estado no puede negar el derecho de una persona a tener hijos (legítimos o naturales) y, por lo tanto, el derecho a recurrir a la inseminación artificial, a salvo los límites legítimos que preservan otros derechos como, en primer término, el del *nasciturus*.

El derecho al recurso a la fecundación artificial se conecta por lo general con la necesidad de satisfacer el derecho a la salud de las personas implicadas: la fecundación asistida, en efecto, es vista como remedio a la esterilidad de la pareja, y por lo tanto se legitima sólo en presencia de esta condición patológica. A este respecto era explícito el artículo 1º del mencionado proyecto de ley unificado, en donde, con remisión indirecta al artículo 32 constitucional, se hacía explícita la voluntad del legislador de ofrecer una reglamentación para las “técnicas de procreación humana médicamente asistida *dirigidas a la solución de los problemas de esterilidad o de enfermedad* que se manifiestan en la mujer, en el hombre o en la pareja, tutelando a los sujetos comprometidos”, y se reafirmaba, en el inciso siguiente, que “son técnicas de procreación médicamente asistida las que proponen *soluciones a los problemas de esterilidad o de la enfermedad* humana y facilitan la

⁶ Al respecto *cfr. Evangelium Vitae, cit.*, p. 22; M. MORI, *La fecondazione artificiale, cit.*, p. 86.

⁷ Véase M. MORI, *La fecondazione artificiale, cit.*, p. 136.

procreación, en caso de que otros métodos terapéuticos resulten inadecuados o no aptos". Es evidente la recepción, por parte de los compiladores, de la orientación expresada por la Federación del Orden Médico en el Código Deontológico de 1995 (confirmado, con variaciones mínimas, en la edición de 1998), cuyo artículo 42 establece que "la fecundación asistida tiene el objetivo principal de *remediar la esterilidad* con el fin legítimo de procrear". Por último, se pueden encontrar ecos de las reglamentaciones extranjeras sobre la materia, como la normativa francesa⁸, que afirma la naturaleza puramente sustitutiva de la fecundación artificial respecto de la natural, con el fin de remediar una infertilidad de pareja médicamente establecida y de carácter patológico.

Ahora bien, el planteamiento de la cuestión en términos de derecho a la salud producía perplejidad, en especial porque el carácter absoluto propio de este derecho hacía difícil justificar constitucionalmente los límites de su satisfacción —contemplados en el proyecto con referencia al status de la mujer que solicita la fecundación, es decir a la inadmisibilidad del recurso a las técnicas de fecundación artificial por parte de una mujer no casada, o bien no conviviente con persona de sexo opuesto—.

La orientación absolutamente predominante, acogida en el proyecto unificado en el artículo 5º, se mueve en la dirección de permitir el acceso a las técnicas de procreación artificial tan sólo a "parejas de adultos mayores de edad, casados o establemente vinculados por la convivencia", con lo que se excluía implícitamente de los sujetos legitimados a la mujer *single*⁹. En efecto, para la mujer no casada no habría necesidad alguna de tutelar la salud bajo el perfil de una esterilidad patológica por remediar; y la tutela de su equilibrio psicofísico tampoco parece argumento suficiente, por cuanto no prevalece sobre el interés preeminente del *nasciturus* a crecer en un contexto familiar "normal", es decir al interior de una pareja heterosexual estable. A quien aduce, para sostener posiciones de signo contrario, el hecho de que no se puede decir que está científicamente probado el carácter nocivo, para el niño, de la familia llamada "monoparental", se le opone esencialmente —por la ya señalada analogía de las materias— la *ratio* que domina la reglamentación dictada por el legislador en materia de adopción y, en especial, la prohibición de adopción vigente para cualquier persona no casada, confirmada también, por lo demás, por un reciente pronunciamiento de la Corte constitucional¹⁰.

⁸ Ley 94-653 del 29 de julio de 1994, *Relative au respect su corps humain*.

⁹ El adverbio *stabilmente* (establemente) fue eliminado en el texto aprobado por la Cámara. En el artículo 10, en virtud de una enmienda, se dispone ahora que «los nacidos como consecuencia de la aplicación de las técnicas de procreación médicamente asistida son hijos legítimos o adquieren el estado de hijos reconocidos de la madre o, de conformidad con los términos del Código Civil, de la pareja que ha manifestado la voluntad de recurrir a las mismas técnicas según lo dispuesto por el artículo 6º». La expresión "hijos reconocidos de la madre" ha originado la duda de si también una mujer *single* puede

acceder a la fecundación; en realidad parece ser que el legislador quiere referirse simplemente al caso de la mujer sola que, contraviniendo a la prohibición, se haya sometido a la inseminación. Observo de paso que la fórmula aprobada parece disponer una atribución automática de status de hijo natural reconocido sin que sea necesario el reconocimiento de los padres no unidos en matrimonio.

¹⁰ Corte const., sent. 183 del 16 de mayo de 1994, en *Foro Italiano*, 1995, I, c. 3408; al respecto *cfr.* también A. GUSTAPANE. "La procreazione con metodi artificiali", en *Diritto e Società*, 1996, pp. 186 ss.

Por lo que se refiere a temas más específicos afrontados por el proyecto de ley, se debe decir que éste admitía la inseminación heteróloga y la donación de gametos, por lo demás rechazadas de plano con ocasión del debate parlamentario. Las limitaciones que estaban contempladas se inspiraban principalmente en las recomendaciones del Comité Nacional para la Bioética, en el Código de Deontología Médica y en las experiencias extranjeras. Los rasgos sobresalientes de la reglamentación trazada por los proponentes, y que deben ser acá recordados, eran: la voluntariedad y el carácter gratuito de la donación, que “puede efectuarla cualquier ciudadano de edad no inferior a los 18 años y no superior a los 40” (art. 8º); el “consentimiento informado” previo del donante mismo sobre las consecuencias jurídicas de la donación y, en particular, sobre el hecho de la exclusión de cualquier futura relación jurídica con el niño; el consentimiento informado del marido o *partner* de la mujer (art. 11), que impedía el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad.

Para la recolección y conservación de los gametos se designaban instituciones públicas especiales, inscritas obligatoriamente en un registro por constituirse ante el Instituto Superior de la Salud: a estos centros, y a cualquier otro sujeto, se les prohibía toda forma de comercialización de los gametos y de los embriones recogidos (art. 14, inc. 1º lit. b), así como su importación y exportación, la “mezcla de líquido seminal proveniente de donantes diferentes” (lit. e), o cualquier tipo de experimentación en embriones humanos (art. 16, inc. 1º) por fuera de objetivos de investigación clínica con fines exclusivamente terapéuticos, en ausencia de métodos alternativos (art. 16, inc. 2º). Se prohibían, siempre y en cualquier caso, formas de selección eugenética, técnicas de manipulación tendientes a alterar el patrimonio genético del embrión o a predeterminar las características genéticas, así como todas las demás hipótesis a que se refiere el citado artículo 16, con el fin primordial de evitar prácticas que repugnen a la conciencia colectiva social, como la clonación y la creación de híbridos o quimeras.

II. EL DERECHO VIGENTE

PARA LIMITARNOS AL DERECHO positivo –y por lo tanto al vacío normativo que hasta ahora parece apuntar hacia una prohibición de la fecundación heteróloga, si se consideran las vicisitudes parlamentarias del proyecto (art. 4º)–, existe la duda de si se puede configurar una admisibilidad generalizada de las prácticas de fecundación artificial, si bien con la salvedad, para ciertas categorías, de los efectos prohibitivos que son un eco de la norma del artículo 42 del Código de Deontología Médica¹¹. En el pasado se sostuvo en la doctrina la ilicitud de la inseminación heteróloga, sobre el presupuesto de que la normativa constitucional,

¹¹ Artículo 42 del Código de Deontología Médica, 2 y 3 de octubre de 1998, *cit.*: «Las técnicas de procreación humana médicamente asistida tienen el objeto de remediar la esterilidad. Se le prohíbe al médico, también en el interés del *nasciturus*, llevar a cabo: a) formas de fecundación asistida por fuera de parejas heterosexuales estables; c) prácticas de fecundación asistida en mujeres en estado de menopausia no precoz;

d) formas de fecundación asistida tras la muerte del compañero. Se prohíbe toda práctica de fecundación asistida inspirada en prejuicios raciales; no se permite ninguna selección de los gametos y está prohibida toda explotación comercial, publicitaria o industrial de gametos, embriones y tejidos embrionales o fetales, así como la reproducción asistida en consultorios, centros ambulatorios o instituciones de salud carentes de los requisitos necesarios».

al admitir la búsqueda de la paternidad, se refiere a la paternidad biológica; y, además, que en cualquier caso estarían prohibidos los actos necesarios para la fecundación artificial¹². En relación con la inseminación heteróloga, se sostuvo, además, que la donación de gametos o de óvulos es contraria no sólo a las disposiciones constitucionales, sino también a los principios de las buenas costumbres y del orden público¹³. En realidad, a nosotros no nos parecía que, en el estado de la normativa vigente, se pudieran sostener prohibiciones de esta naturaleza: en efecto, ni del texto constitucional ni de otras fuentes se pueden deducir reglas seguras, así sea tan sólo para una reglamentación parcial del fenómeno¹⁴; ciertamente la cuestión hoy en día sigue del todo abierta, y resulta muy dicente la negativa del Parlamento de regular la fecundación heteróloga.

En el vacío normativo actual, el problema principal que se le plantea al intérprete es el de resolver las cuestiones de atribución del status a la luz de las reglas del código vigentes. En este contexto es preciso distinguir entre fecundación artificial homóloga y fecundación artificial heteróloga.

En términos generales, la fecundación artificial homóloga —que consiste en la utilización del líquido seminal del marido, eventualmente tratado para comprobar su capacidad reproductora— se acepta socialmente y se considera merecedora de tutela jurídica, por cuanto satisface el deseo de las parejas estériles de tener hijos de su propia sangre. Como ya se ha dicho, en este caso subsiste una perfecta coincidencia entre verdad biológica y verdad jurídica, de tal manera que no hay obstáculos para que el hijo nacido por fecundación artificial homóloga de padres unidos en matrimonio obtenga el estado de hijo legítimo¹⁵. El único problema que podría presentarse, a este respecto, es el de la fecundación con semen del marido, realizada con posterioridad a su muerte. Los códigos de deontología, así como las propuestas de ley más recientes, prohíben esta práctica, pero el caso se presentó recientemente también en sede de decisión jurisprudencial¹⁶. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el problema no reside

¹² T. AULETTA. "Fecondazione artificiale, problemi e prospettive", en *Il Quadrimestre*, 1986, pp. 37 y 54.

¹³ F. SANTOSUOSSO. "Relazione estesa del Presidente sulla prima delle due proposte della Commissione ministeriale di esperti in tema di 'fecondazione artificiale umana e trattamento degli embrioni'", en *Giur Italiana*, 1986, IV, c. 38.

¹⁴ M. SESTA. *Lezioni di diritto di famiglia*, nueva ed., Padova, Cedam, 1997, p. 237.

¹⁵ A. TRABUCCHI. "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", en *Rivista di Diritto Civile*, 1986, I, p. 498. Por lo demás, en el plano moral esta hipótesis también es censurada por la doctrina católica, si se realiza *in vitro*, con la consiguiente destrucción de los embriones excedentes: véase M. MORI. *La fecondazione artificiale*, cit., p. 54; *Evangelium Vitae*, cit., p. 22.

¹⁶ Tribunal de Palermo, ord. del 29 de diciembre de 1998, en *Famiglia e Diritto*, 1999, p. 52 (con nota de M. DOGLIOTTI. "Inseminazione artificiale post mortem e

intervento del giudice di merito"), en donde, de conformidad con el artículo 700 C. P. C., el juez acogió el recurso presentado por una mujer que pretendía proceder a la fecundación asistida tras la muerte del marido, y ello pese a la negativa de la institución de salud motivada por razones deontológicas. En este caso los cónyuges habían empezado el tratamiento de procreación asistida y la institución de salud, en el momento de la muerte del marido, disponía de algunos embriones que la mujer, ya viuda, pedía que se le implantaran. A partir de esta demanda, el Tribunal conceptuó que la suspensión del tratamiento conduciría necesariamente a la destrucción de los embriones, lesionando el derecho a la vida del concebido y también el derecho a la integridad física y psíquica de la madre. Por ello pareció más equilibrado evitar la producción de un doble daño cierto (es decir el que el *nasciturus* y la madre soportarían de manera cierta de optarse por la destrucción del embrión en caso del deceso sobrevenido del padre) que la de uno puramente eventual (es decir, el que

tanto en la valoración de la admisibilidad de la inseminación *post mortem*, sino que es el de establecer si el hijo nacido, como consecuencia de la fecundación con el semen del marido ya muerto, 300 días después de la disolución del matrimonio tiene la calidad de hijo legítimo de la pareja o de hijo natural de la madre. La interpretación literal del artículo 232 C. C. no da lugar a dudas y, por lo tanto, se debe excluir la legitimidad del hijo nacido de inseminación *post mortem*. Esta solución ha sido criticada, porque perjudicaría al *nasciturus* privándolo del status de hijo del padre biológico sin razón fundada, de tal manera que se ha pensado en poder reconocerle al mismo estado de hijo legítimo, sin darle importancia al hecho de que la concepción se haya producido tras la disolución del matrimonio¹⁷. En realidad esta tesis no se puede sostener, porque el matrimonio, como presupuesto de la legitimidad, debe subsistir en el momento de la concepción; por lo demás, basta pensar que el hijo de una mujer divorciada, concebido con el propio ex marido, no obtiene el status de hijo legítimo, sino de hijo natural y, como tal, puede ser reconocido por la madre y por el padre¹⁸. De ello se deriva que, en ausencia de una intervención legislativa específica, el hijo concebido mediante inseminación *post mortem* tiene el status de hijo natural de la madre, y eventualmente podrá actuar para la declaración judicial de paternidad respecto de los herederos del propio padre, conforme al artículo 276 C. C. En este caso, en efecto, no pueden valer aquellas objeciones que se suelen formular para impedir que se establezca la paternidad biológica en cabeza del denominado donante, por lo general cubierto por el anonimato y ajeno a la pareja. En nuestro caso, siendo donador el mismo padre, no subsisten razones que impidan establecer la paternidad natural.

Mucho más compleja es la situación que se presenta tras la fecundación artificial heteróloga, que a falta de una prohibición explícita se seguirá practicando, no obstante las vicisitudes parlamentarias del proyecto.

Sin entrar en el mérito de las valoraciones específicamente éticas, se debe advertir que esta técnica de reproducción pone en discusión un criterio inspirador de la legislación familiar más reciente, y que es expresión de un valor perseguido y vivido como un punto firme de nuestra civilización jurídica: el del *favor veritatis*, contrapuesto al *favor legitimitatis*, que caracterizaba la reglamentación anterior. *Favor veritatis* significa, sustancialmente, que el ordenamiento permite proceder a establecer la paternidad biológica también cuando está en contraposición con la legal. Esto se conecta con la presunción de paternidad del marido a que se refiere el artículo 231 C. C., que hoy, en términos generales, se puede remover en todos los casos en que no haya coincidencia entre esa presunción y la verdad de la concepción (art. 235 C. C.). Ahora bien, en caso de que la concepción se deba al semen de un sujeto diferente del marido, en donde el marido presta su consentimiento para la fecundación artificial de la esposa, se plantea un problema triple.

soportaría el *nasciturus* al insertarse en un contexto familiar carente de padre) y fundado en representaciones sociológicas inspiradas en un modelo familiar que, si bien es preferible, en abstracto, y está del todo radicado en la moral más difusa, no es ciertamente el único que está presente en el panorama de la sociedad italiana: basta pensar en las innumerables familias mono-

parentales que resultan tras la separación de los cónyuges.

¹⁷ T. AULETTA. *Fecondazione artificiale*, cit., p. 21.

¹⁸ Cfr. P. VERCELLONE. "La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale", en *Trattato di Diritto Civile*, dirigido por Vassalli, Vol. III, T. 2, Torino, Utet, 1987, p. 21.

Ante todo, si la paternidad legal se puede atribuir al marido con base en el artículo 231 C. C.

En segundo lugar, si el marido que ha dado su consentimiento para la inseminación puede, con posterioridad, hacer valer la verdad de la procreación y, por lo tanto declararse ajeno a la misma, ejerciendo la acción de desconocimiento de la paternidad.

Por último, si el donante del semen utilizado para la fecundación puede ser considerado padre natural, no sólo biológico sino también legal, y si puede, por lo tanto, proceder al reconocimiento del hijo o ser pasivamente legitimado en el juicio de declaración judicial de la paternidad.

Sobre estos temas pesa especialmente la carencia legislativa, porque la aplicación de las normas existentes conduce a resultados opinables, que la mayoría no aprueba. Por lo que hace a los primeros dos aspectos problemáticos, el discurso parece agotarse en breve —aunque en realidad no es así—, sobre la base del derecho positivo: el artículo 235 C. C. permite la acción de desconocimiento de la paternidad en el término de un año, entre otras hipótesis, cuando en el período legal de la concepción el marido estaba afectado por la impotencia, así sea sólo *generandi*, razón que por lo general induce a las parejas a proceder a la inseminación heteróloga.

En este contexto se plantea la cuestión del valor del consentimiento dado por el marido para la inseminación; más precisamente, la doctrina y la jurisprudencia han sido llamadas a pronunciarse acerca de la revocabilidad de este consentimiento. Las opiniones al respecto son contrastantes. La doctrina ha sostenido con autoridad que, puesto que el marido ha prestado su consentimiento al proyecto de reproducción, ya no le está permitido revocar su decisión, por lo que se ve inhibido el recurso a la acción de desconocimiento de la paternidad¹⁹: en efecto, una vez dado su consentimiento, el nacimiento del niño se debe a un acto consciente suyo, que se debe calificar como asunción de responsabilidad respecto del *nasciturus*, expresión de solidaridad familiar y, por lo tanto, no revocable²⁰. Además, para reforzar la tesis de la irrevocabilidad del consentimiento, se ha subrayado también la necesidad de tutelar la confianza creada en la esposa, o se remite a la reglamentación de la adopción —en vista de las evidentes analogías con la inseminación artificial heteróloga— y a la prohibición para el adoptante de revocar el propio consentimiento una vez perfeccionada la adopción²¹.

Por lo que se refiere a las posiciones de la jurisprudencia, inicialmente prevalece la tesis de la revocabilidad del consentimiento, por lo demás no compartida por una reciente decisión de la Corte constitucional²².

¹⁹ Así A. TRABUCCHI. “Fecondazione artificiale e legittimità dei figli”, en *Giur. Italiana*, 1957, I, 2, c. 220; M. DOGLIOTTI. “Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare”, en *Famiglia e Diritto*, 1994, p. 182.

²⁰ M. DOGLIOTTI. *Inseminazione eterologa*, cit., p. 185.

²¹ D. HENRICH. “Inseminazione eterologa e disconoscimento della paternità”, en *Studium Iuris*, 1997, p. 349.

²² Corte const., sent. 347 del 22 de septiembre de 1998, en *Guida al diritto*, 1998, N° 39, p. 38, con nota de A. FINOCCHIARO. “In assenza di un intervento del legislatore il giudice può non seguire la tesi della consulta”; en *Famiglia e Diritto*, 1998, p. 405, con nota de G. Sciancalepore. “L’interesse del minore tra esercizi di formalismo giuridico e legalità costituzionale”; en *Giur. Italiana*, 1999, I, 1; c. 463, con nota de I. BALESTRA. “Inseminazione eterologa e status del nato”.

Una primera sentencia²³ se pronunció en favor de la irrelevancia del consentimiento para fines de la proposición de la acción de desconocimiento por parte del marido, con fundamento en el tenor literal del artículo 235, inciso primero, num. 2 C. C. —que establece precisamente, entre los presupuestos de la acción de desconocimiento, la *impotentia generandi*—, así como en el deber de que, de cualquier forma, no existe en el ordenamiento italiano ninguna norma que le atribuya al consentimiento una eficacia inhibitoria de la acción de desconocimiento.

Posteriormente esta orientación ha encontrado adhesiones²⁴, subrayándose cómo el consentimiento no sólo es ineficaz, sino que también puede constituir un “elemento integrador del supuesto de hecho del delito de alteración de estado civil”. En efecto, a partir del presupuesto de que para el ordenamiento los hijos son legítimos sólo si la concepción se ha producido realmente por obra del marido, y que ese status se constata mediante la redacción de conformidad del acta de nacimiento, de ello el juez infiere que —en caso de que en ésta se declare como legítimo el hijo nacido de inseminación heteróloga y, por lo tanto, no descendiente biológicamente de la pareja— se configura el delito de alteración del estado civil. Si bien no se niega —es más, se afirma— la licitud de la inseminación heteróloga, el juez subraya que, a la luz del derecho positivo vigente, no subsiste en cabeza de los ciudadanos particulares (así sean esposos) “un derecho potestativo de atribuirle a los recién nacidos, a su antojo y a través de la formación de actas de nacimiento falsas, una descendencia paterna y materna diferente de la real, es decir genética”, y ello a causa del carácter indisponible del *status filiationis* que, como tal, no puede ser objeto de negociación privada. De otra parte, el juez no deja de observar que contra estas conclusiones no tiene efecto la presunción del artículo 231 C. C., por cuanto para su operatividad no es suficiente la simple circunstancia de la concepción durante el matrimonio: ésta debe ser corroborada con posterioridad tanto por la efectiva descendencia genética del recién nacido como —en especial— por la constatación del status de filiación legítima a través de la formación de un acta de nacimiento conforme. Por lo tanto, el consentimiento del marido, al conducir a la formación de un acta de nacimiento no conforme a la verdad, integraría inevitablemente un elemento constitutivo del supuesto de hecho a que se refiere el artículo 567 C. P. y, con seguridad, no constituye un factor que inhiba el ejercicio de la acción de desconocimiento por parte del marido mismo²⁵.

Contra la relevancia del consentimiento también se produjo una sentencia en sede de apelación²⁶. En este caso, los jueces centraron su atención

²³ Tribunal de Cremona, 17 de febrero de 1994, en *Famiglia e Diritto*, 1994, p. 179, con nota de M. DOGLIOTTI. “Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare”; y véase, muy anterior, Tribunal de Roma, 30 de abril de 1956, en *Giur. Italiana*, 1957, I, 2, c. 218.

²⁴ Tribunal de Rimini, 24 de marzo de 1995, en *Famiglia e Diritto*, 1996, p. 39, con nota de M. DOGLIOTTI. “Ancora sull’inseminazione eterologa e sull’azione di disconoscimento”, en *Diritto di Famiglia*, 1996, I, p. 569, con nota de G. UDA. “Inseminazione artificiale eterologa e stato della persona”.

²⁵ El procedimiento argumentativo de los jueces de Rimini ha sido criticado justamente por M. DOGLIOTTI (“Ancora sull’inseminazione eterologa”, *cit.*), quien subraya con razón que admitir la posibilidad de que se configure el delito de alteración de estado civil daría lugar a una intrusión tan honda como inaceptable en la vida familiar, que los cónyuges, por el contrario, deben poder conducir con la autonomía necesaria.

²⁶ Corte de Apelación de Brescia, 10 de mayo de 1995, en *Famiglia e Diritto*, 1996, pp. 34 ss., con nota de M. DOGLIOTTI.

exclusivamente en el aspecto de la indisponibilidad de los status y en la tutela de la verdad de la filiación, por considerar que, de atribuirle relevancia al consentimiento del marido, “se introduciría, por vía de interpretación, una limitación non permitida al principio del *favor veritatis*, que caracteriza toda la materia de la filiación.

Las conclusiones a las que la jurisprudencia de mérito parecía haber llegado de manera estable han sido objeto de una dura crítica por parte de la doctrina predominante; y de ello hay una resonancia en una determinación jurisprudencial que considera no manifestamente infundada “la cuestión de legalidad constitucional del artículo 235 C. C., en relación con los artículos 2,º 3º, 29, 30 y 31 constitucionales, en la parte en que no inhibe respecto de la acción de desconocimiento de la paternidad a quien ha prestado su consentimiento para la inseminación artificial de la esposa, en vista de la condición de desventaja del nacido, hijo de padre desconocido, tras ser acogida la acción misma, no pudiéndose, de otra parte, realizar acciones para la declaración judicial de paternidad respecto del donante del semen”²⁷.

La determinación en examen no está en contraste con la orientación jurisprudencial prevaleciente y, es más, subraya su conformidad con el derecho positivo vigente, al no poderse hipotizar una lectura diferente de éste. En cambio, el Tribunal de Nápoles, al suscitar la cuestión de legalidad constitucional, desplaza la atención hacia los efectos que la interpretación consolidada en la jurisprudencia termina por producir en la esfera del sujeto destinatario de la acción de desconocimiento de la paternidad, es decir nacido de inseminación heteróloga que, en el caso de ser acogida la acción de que se discute, viene a encontrarse en la desventajosa posición de hijo de padre desconocido, con todas las consecuencias jurídicas del caso, por no considerar el Tribunal de Nápoles que el simple hecho de la inseminación artificial ofrezca “elementos suficientes para la constitución de una relación jurídica de paternidad respecto del donante del semen”. Consecuencias, ante todo, discriminantes respecto de los hijos adoptivos, con evidente violación del artículo 3º constitucional; pero también consecuencias patrimoniales en materia de mantenimiento.

En otros términos, ante las lagunas legislativas los jueces napolitanos se inspiraron en el consolidado principio-guía, de relevancia constitucional, del interés predominante del menor (arts. 29 a 31): todo niño tiene, en efecto, “el derecho a ser mantenido, instruido y educado por los propios padres [...] y este derecho puede ser eliminado sólo si el padre legítimo demuestra que no es responsable del nacimiento del hijo nacido durante el matrimonio”, y ciertamente no a través de un rechazo posterior por obra de un sujeto remitente. Así, por este camino se llega a recuperar la tesis de la doctrina del consentimiento como asunción de responsabilidad, con la consiguiente prohibición de *venire contra factum proprium*, para tutelar el interés del menor, prevaleciente respecto del de cada cónyuge.

La respuesta llegó rápidamente y, en cierto modo, de manera imprevista: la Corte constitucional, con sentencia de inadmisibilidad²⁸, declaró incluso la

“Ancora sull’inseminazione eterologa e sull’azione di disconoscimento”.

²⁷ Tribunal de Nápoles, ord. del 14 de marzo de 1997, en *Famiglia e Diritto*, 1997, pp. 261 ss., con nota de M. DOGLIOTTI. “La

Corte costituzionale è chiamata a giudicare sul consenso del marito nell’inseminazione eterologa”.

²⁸ Corte const., sent. 347, *cit.*

ajenidad de la hipótesis en cuestión respecto de la reglamentación censurada. En efecto, según el pensamiento del juez de las leyes, en ésta y en semejantes hipótesis el recurso a la acción de desconocimiento se debería considerar excluido *a priori*, puesto que la norma respectiva concierne “exclusivamente a la generación que se deriva de una relación adúltera, admitiendo el desconocimiento de la paternidad en casos taxativos, cuando las circunstancias indicadas por el legislador permiten presumir que el estado de embarazo se puede reconducir, con violación del deber de fidelidad recíproca, a una relación sexual con persona diferente del cónyuge”. Por lo tanto, siendo la fecundación artificial una hipótesis completamente nueva y distinta, la aplicación a ella de la disposición a que se refiere el artículo 235 C. C. resultaría arbitraria. De esta manera la cuestión es remitida principalmente al legislador –solicitándole una intervención reguladora *in subiecta materia*– y, por lo tanto, sustancialmente al juez, en vista de la actual situación de vacío normativo. A éste le corresponderá, por lo tanto, la tarea de “identificar, en el conjunto del sistema normativo, la interpretación idónea para asegurar la protección de los mencionados bienes constitucionales (implicados)”.

En este complejo cuadro ha intervenido la Corte de casación²⁹, disponiendo que, “en materia de fecundación asistida heteróloga, el marido que ha acordado válidamente o en todo caso manifestado su propio consentimiento previo para la fecundación asistida de la esposa con semen del donante desconocido, no tiene acción para el desconocimiento de la paternidad del niño concebido y dado a luz como consecuencia de esa inseminación”. Como se ha observado justamente³⁰, la adhesión a la solución planteada por la Corte, por significar la imposibilidad de la acción de desconocimiento, implica una legitimación –así sea implícita– de la inseminación artificial heteróloga como medio de atribución de la legitimidad del hijo así concebido.

La gravedad de la cuestión y lo pertinente de la crítica emergen con claridad de la lectura de la decisión de la Corte de casación, cuyos pasajes sobresalientes hacen expresa referencia a la “legitimidad” de la inseminación heteróloga, como es claro considerada evidente³¹. Tras precisar que “la inseminación artificial no es adulterio de la esposa” y que, por lo tanto, no “corresponde de manera inmediata y directa a las disposiciones del artículo 235”, y así mismo que no sería razonable una aplicación por vía analógica de la norma a la hipótesis en cuestión, se observa que la acción “no puede corresponder precisamente al sujeto que ha creado, o contribuido a crear, con actos o comportamientos *no prohibidos por la ley*, la situación jurídica para cuya modificación es aportada”. Las diferentes opiniones expresadas por la jurisprudencia de mérito son superadas sobre la base de la siguiente consideración: “La indisponibilidad de los derechos inherentes a la persona, en otras palabras, hace inoperantes las opciones contempladas para su tutela en presencia de elecciones de abdicación no permitidas, *no así de elecciones*

²⁹ Corte de Casación, sent. 2315 del 16 de marzo de 1999, en *Famiglia e Diritto*, 1999, p. 233, con nota de M. SESTA. “Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore”.

³⁰ A. FINOCCHIARO. “In assenza di un intervento del legislatore il giudice può non seguire la tesi della consulta”, nota a la Corte const., *cit.*

³¹ *Cfr.* al respecto A. FINOCCHIARO. “La Cassazione non può svolgere una supplenza nelle funzioni riservate al legislatore”, en *Guida al diritto*, 1999, p. 54, en donde se afirma con razón que «la Casación da por descontada la legalidad del sistema de inseminación heteróloga cuando es precisamente esta legalidad lo que el Parlamento aún no ha decidido».

legítimas, de contenido tal que se anulen los presupuestos y las bases lógicas del surgimiento de las acciones mismas”.

El punto es precisamente éste: ante la fecundación heteróloga, ¿puede hablarse de “elección legítima” cuando el Parlamento se prepara para adoptar una ley que la prohíbe?

Hasta la aprobación del artículo 11 del proyecto, la respuesta, a mi modo de ver, era necesariamente negativa, y dejaba en entredicho todas las consideraciones —por valiosas que fueran— que se leen en la motivación a propósito del interés del nacido a ambas figuras paternas, que conduciría al sacrificio, en el caso en examen, del favor *veritatis*, y a consolidar la relevante afirmación de la aplicabilidad a las relaciones familiares —*sub specie* de la solidaridad de la confianza recíproca— de los cánones de la buena fe, la corrección y la lealtad³². En breve, en opinión de quien escribe, en razón de la prohibición de la inseminación heteróloga, los principios afirmados por la Corte constitucional habrían debido ser objeto de una lectura diametralmente opuesta a la realizada por la Corte de casación: es decir, que la normativa sobre filiación legítima, que comprende el artículo 231 C. C. que establece la presunción de paternidad del marido, debería ser, *in toto*, inaplicable a la hipótesis de fecundación heteróloga y, por lo tanto, que el hijo concebido de mujer casada con semen de donante *no es hijo* del marido, y por ende no adquiere el status de hijo legítimo.

Se quiere decir, con ello, que la presunción de paternidad del marido no podría tener lugar cuando *per tabulas* resulta que la esposa ha sido fecundada con semen ajeno, precisamente porque la misma “presume” que entre los dos hay relaciones idóneas para la procreación; así como, según la tesis de la Corte constitucional hecha propia por la Corte Suprema, el artículo 235 C. C. “presupone” el adulterio³³.

Tras una primera reflexión surgida de la lectura de la sentencia que se comenta, por lo demás desfigurada por la posterior aprobación del artículo 11 del proyecto, me había parecido que la prohibición de la inseminación heteróloga conduciría necesariamente a concluir que, en caso de haberse formado un título de estado de legitimidad, la solución más equilibrada era la de los jueces de mérito, al reconducir la hipótesis a las reglas comunes y, por lo tanto, permitirle a todos los sujetos legitimados, incluido el marido que ha prestado su consentimiento, el ejercicio de la acción de desconocimiento³⁴.

³² Al respecto, se puede compartir el planteamiento crítico de A. FINOCCHIARO. “La Cassazione”, *cit.*, p. 56.

³³ *Cfr.* Lo que escribe sobre ello, con gran precisión, P. SCHLESINGER. “Inseminazione eterologa: la Cassazione esclude il disconoscimento di paternità”, en *Corriere Giuridico*, 1999, p. 401, quien, por lo demás, considera que las conclusiones de la Corte resultan plenamente justificables también de *jure condito*, por cuanto el consentimiento para la inseminación artificial tiene “valor y efectos constitutivos” sobre la base de «aquellos principios que justifican el mundo de los efectos negociales en su totalidad, e, *in primis*, la “fuerza de ley entre las partes”

que se debe reconocer a todo acuerdo tendiente a constituir relaciones jurídicas (art. 1372 C. C.), en particular si se estipula “en favor de tercero” (art. 1411 C. C.)». Nos permitimos disentir de las autorizadas consideraciones apenas expresadas, por la razón de que los principios dictados en materia contractual —en donde, por lo demás, la eficacia vinculante de la voluntad está siempre subordinada a una causa idónea que la justifica— no parecen poderse transponer automáticamente a actos que no poseen naturaleza patrimonial, como los que aquí se consideran.

³⁴ En el mismo sentido A. FINOCCHIARO. “La Cassazione”, *cit.*, p. 56.

Sin embargo, la que parecía una consecuencia necesariamente vinculada a una intervención legislativa limitada a la fecundación homóloga habría dejado sin salvaguardia al nacido, sobre el cual, en definitiva, se habrían concentrado los efectos de la conducta antijurídica de quienes habían contribuido a su nacimiento (madre, marido, médico, donante). Por ello me parecía deseable que los jueces, pese a la prohibición, revisaran las posiciones de cierre³⁵, a mi modo de ver excesivas, respecto de la responsabilidad del marido en el mantenimiento del hijo concebido por la esposa con su consentimiento y después desconocido, y, sobre las huellas de la experiencia alemana citada, llegaron a reconocer en cabeza del nacido derechos de naturaleza patrimonial.

Como hemos visto, las anteriores consideraciones resultan hoy superadas, puesto que el Parlamento, con una coherencia en realidad muy discutible³⁶, decidió hacerse cargo de las preocupaciones mencionadas prohibiendo pura y simplemente el desconocimiento. Elección ésta a la que, cuando se convierta en ley, el intérprete tendrá que plegarse; de otro lado, hoy parece oportuno aclarar que el texto del artículo 11 aprobado resulta ampliamente criticable allí donde: 1. Se refiere a un consentimiento "obtenible de actos concluyentes", haciendo a un lado todas las fundadas cautelas originalmente contempladas en el proyecto unificado, relativas a la forma y a la sustancia, desde el punto de vista de la información, del mencionado consentimiento; 2. Parece haber pretermitido la disposición, originalmente contemplada, según la cual la impugnación, de conformidad con el artículo 263 C. C., no puede tener lugar ni siquiera cuando se está en condiciones de aportar la prueba de que la mujer tuvo relaciones con persona diferente del conviviente y que, por ende, el estado de embarazo no ha sido provocado por medio de inseminación artificial.

III. LA MATERNIDAD SUBROGADA

LAS TÉCNICAS MÉDICAS MODERNAS no han afectado sólo el aspecto de la paternidad: en efecto, también la maternidad, que desde tiempos inmemoriales se consideraba *semper certa*, ha dado lugar a cuestiones relevantes tanto en el plan ético como jurídico. El fenómeno más conocido es el denominado de la "maternidad subrogada", en donde una mujer asume la obligación de llevar a cabo un embarazo por cuenta de una pareja estéril, a la que se compromete a entregar al niño; la mujer que se presta a llevar a cabo el embarazo puede ser fecundada con el semen del marido o recibir el implante de un embrión ya concebido *in vitro*. En el primer caso se habla de maternidad subrogada o de madre en alquiler; en el segundo, de maternidad portadora o alquiler de vientre.

³⁵ Cfr. Tribunal de Cremona, 17 de febrero de 1994, *cit.*; Corte de Apelación de Brescia, 10 de mayo a 14 de junio de 1995, *cit.*, en cuya motivación parece admitirse la posibilidad de que, pese a la reconsideración por parte del marido, si éste prestó su consentimiento sigue estando obligado a contribuir en los costos económicos del mantenimiento, la educación y la instrucción del hijo concebido por la esposa.

³⁶ De las actas parlamentarias resulta la conciencia de la contradictoriedad de la ley

en su conjunto (véanse, entre otras, las declaraciones de ELSA SIGNORINO, MARIDA BOLOGNESI y MARCO TARADASH, quien declara: «Es importante que se afirme el principio de la imposibilidad del desconocimiento de la paternidad. Es sorprendente que éste se afirme incluso en caso de violación de la ley, a decir verdad, porque significa "poner un parche" para frenar la realidad que, como todos saben, no puede impedirse»).

La hipótesis se presentó con fuerza inusitada a la atención de la opinión pública y de los juristas en el ambiente norteamericano, en aquel evento que la prensa mundial denominó como el caso Baby M.: dos cónyuges, con la mediación de un centro de cura de la esterilidad, llegaron a un acuerdo con una mujer dispuesta a dejarse fecundar con el semen del marido y a entregar al niño en el momento del nacimiento, renunciando a los propios derechos de madre. Tras el arrepentimiento de la mujer los cónyuges acudieron al juez para pedir que se condenara a la mujer a entregar a la niña que, en razón del contrato, se debía considerar hija de ellos³⁷. En nuestro sistema estos acuerdos, sin duda atípicos, deben considerarse nulos: han sido valorados negativamente en el plano ético y deontológico por el Comité Nacional para la Bioética y por la Federación del Orden Médico, y los proyectos de ley presentados hasta ahora por lo general prohíben la maternidad subrogada y el útero en alquiler.

La jurisprudencia³⁸ identifica la nulidad de los contratos en cuestión en la inexistencia en el objeto de los requisitos necesarios de la posibilidad y de la licitud, a la luz de los artículos 1418, inciso 2º, y 1346 C. C.: en efecto, no pueden ser objeto de contrato los status personales ni la potestad de los padres y los derechos personales del menor a ser educado y mantenido por quien lo ha engendrado.

Además, se presentan los elementos constitutivos de la nulidad del contrato también sobre la base de la disposición del artículo 1343 C. C., cuando el negocio presenta carácter oneroso y, en esta hipótesis, se niega también, de conformidad con el artículo 2035 C. C., el derecho de los cónyuges comitentes a repetir las sumas eventualmente ya pagadas a la madre sustituta a título de compensación.

La doctrina³⁹ no ha dejado de subrayar que un aspecto adicional de nulidad de estos acuerdos surge del hecho que las obligaciones que se derivan de ellos pueden ser consideradas como actos de disposición del propio cuerpo, prohibidos de conformidad con el artículo 5º C. C., en cuanto no puede excluirse que el embarazo y el parto lleguen a causarle a la mujer una disminución en su integridad psicofísica. Y, de otra parte, se subraya que el contrato de maternidad subrogada no se puede considerar operante la figura del consentimiento del derechohabiente que, sólo en casos excepcionales, le permite al sujeto una disponibilidad parcial de su propia integridad física, con el fin de garantizar intereses considerados merecedores de tutela por nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, en el contrato de maternidad a título oneroso estos intereses no emergen, por lo que se configura una finalidad puramente económica; y la situación no cambia en el caso de que el acuerdo sea gratuito, pues, pese a presentar afinidades con la donación de órganos entre vivos, y por lo tanto un fin altruista, está en contraste con la ley y las buenas costumbres: desde el punto de vista legislativo, en efecto, subsiste en cualquier caso el interés público de la identificación del status del recién nacido, que no puede delegarse a un acuerdo entre particulares.

³⁷ Sobre el caso Baby M., y más en general sobre el debate de los problemas ligados a la fecundación artificial en la óptica del derecho norteamericano, *cf.* C. Shalev. *Nascere per contratto*, Milano, Giuffrè, 1992; L. Giaimo. "Biogenetica e dato giurisprudenziale dell'esperienza di common law", en *Vita not.*, 1996, pp. 536 ss.

³⁸ *Cfr.* Tribunal de Monza, 27 de octubre de 1989, en *Diritto di Famiglia*, 1990, I, p. 174, y también *Diritto di Famiglia*, 1991, I, p. 191, con nota de M. C. LANDOLFI. "Inseminazione artificiale e tutela del nascituro".

³⁹ M. T. CARBONE. "Maternità, paternità e procreazione", en *Diritto di Famiglia*, 1993, II, p. 855.

Para concluir, las anteriores consideraciones ponen en claro la dificultad de resolver de manera coherente las hipótesis ligadas a la fecundación heteróloga que hoy, tras las posiciones negativas del Parlamento, parece encontrarse en un limbo, entre la indiferencia del ordenamiento y la posible sanción judicial de la irrelevancia del consentimiento.

De otra parte, estas consideraciones subrayan la insuficiencia del principio del *favor veritatis*. Las técnicas de fecundación artificial revelan, en efecto, que el fenómeno de la paternidad no se reduce a la mera generación, y que por ende el valor atribuido al aspecto biológico puede no ser absoluto. El llamado a la responsabilidad significa que el derecho, de alguna manera, también debe darle relevancia a aspectos diferentes de la mera reproducción. Surge entonces la pregunta de si es oportuno disponer que el legislador, o el juez, pueda superar la verdad biológica en aras de valores como la responsabilidad o la solidaridad, así como en el pasado la verdad biológica se sacrificaba al interés del núcleo legítimo.

Por lo demás, si bien se mira, la solución no parece deseable, y sin duda los avatares parlamentarios de los proyectos así lo atestiguan. Sería preferible que el legislador siguiera un camino diferente, para salvar al mismo tiempo el valor profundo y ancestral de la verdad biológica y el otro, igualmente significativo, de la responsabilidad: así, podría equipararse el status del hijo nacido de fecundación heteróloga con el del hijo adoptivo; éste gozaría de toda la protección reconocida al hijo legítimo y, sin embargo, en la base de la relación no se encontraría una ficción —que siempre resulta inoportuna— sino la conciencia de una procreación biológica no coincidente con la legal⁴⁰.

⁴⁰ Sobre las relaciones entre fecundación artificial y adopción, en general, *cf.* F. CRISTIANI. “In tema di rapporti fra inseminazione artificiale ed adozione”, en G. Ferrando. *La procreazione artificiale, cit.*, p. 217; L. GRASSO y M. ROBERTI. “In tema di rapporti tra l’istituto dell’adozione e la procreazione artificiale”, en *Diritto di Famiglia*,

1987, I, p. 1263. Más en general, sobre las problemáticas planteadas por las prácticas de fecundación artificial, y en especial por la fecundación heteróloga, *cf.* G. Uda. “Inseminazione artificiale eterologa e stato della persona”, nota a la sentencia del Tribunal de Rimini del 24 de marzo de 1995, en *Diritto di Famiglia*, 1996, pp. 569 ss.