

## El anonimato del dador en las técnicas de reproducción asistida: Problemas de constitucionalidad en nuestro derecho.

**Marina Pérez Monge**

*Becaria de FPI del MEC. Área de derecho civil.  
Universidad de Zaragoza.*

Resulta fácil apreciar que las técnicas de reproducción asistida repercuten en diversos aspectos de la vida, al ofrecer una diversidad de componentes (sociales, religiosos, éticos, jurídicos...). De ahí su carácter interdisciplinar.

Pues bien, dentro del campo jurídico(1), sin dejar por ello de reconocer las connotaciones importantes desde otros puntos de vista, me voy a referir al anonimato del donante de gametos en la determinación de la paternidad en caso de inseminación artificial y fecundación artificial heteróloga(2) y su posible inconstitucionalidad.

Esta materia está regulada en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 de noviembre de 1988 (en adelante, LTRA):

**Artículo 5.5:** "La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.

Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando

proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8º, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante".

**Artículo 8.3:** "La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación".

**Artículo 19.2:** "Los Equipos biomédicos y la Dirección de los Centros o Servicios en que trabajan, incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes".

**Artículo 20.2.B.j:** "Son infracciones muy graves: Desvelar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos por la presente Ley".

La Exposición de Motivos señala: La colaboración de donantes de material reproductor en la realización de estas técnicas supone la incorporación de personas ajenas a las receptoras y a los varones a ellas vinculados en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entredicho cuestiones del máximo interés relacionadas con el Derecho de Familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión; es necesario por lo tanto, establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos.

En este sentido, he de señalar cómo la equiparación de la realidad jurídica con la

biológica y la no discriminación de los hijos ha sido un hito en el Derecho de Familia, que hoy se ve afectado por las novedades introducidas por las técnicas de reproducción asistida, que responden a principios diversos a los inspiradores de las últimas reformas de nuestro Código Civil(3).

Antes de entrar en el análisis de los preceptos constitucionales, considero conveniente atender a las siguientes distinciones:

A) Según RIVERO HERNANDEZ, se pueden diferenciar tres sistemas de ordenación en lo que a la identidad del donante se refiere:

a) El sistema de conocimiento de la misma, seguido por la Ley Sueca de 1 de mayo de 1984, sobre inseminación, la cual establece en su artículo 4º que el Centro Médico que custodia los datos de identidad del donante, deberá ponerlos en conocimiento del hijo cuando éste lo solicite así y una vez haya alcanzado la madurez suficiente.

b) Un sistema de anonimato rígido, según el cual existiría un secreto absoluto y recíproco entre las identidades de los donantes y los receptores, con la correspondiente sanción, incluso penal, en caso de revelación de datos conducentes a la averiguación de tales identidades.

c) Un modelo de anonimato relativo o flexible, que es el que corresponde a la LTRA, recibido del Informe Warnock(4).

B) En cuanto a la relación del hijo con el donante de gametos he de destacar las siguientes soluciones aportadas por nuestra doctrina:

a) Anonimato total del donante, justificado por

- el interés de quienes deciden el nacimiento

- el derecho a la intimidad del donante y de la pareja que opte por la Inseminación artificial con semen de donante (en adelante IAD), en relación al cual se cita el artículo 18 de la Constitución Española.

- el riesgo de disminución de donaciones de gametos

b) Accesibilidad sólo a datos biogenéticos del donante

- se funda en el derecho de toda persona a la salud

- corresponde al hijo y a la receptora respecto a Banco de Gametos y Registro Nacional de Donantes.

- Se contempla en el artículo 5.5.2.

c) Derecho al conocimiento de la identidad personal del donante

- La LTRA lo reconoce sólo excepcionalmente (artículo 5.5.3).

Dicho esto, me voy a centrar en los preceptos constitucionales, matizando que aunque los supuestos de técnicas de reproducción asistida no estuvieran en la mente del legislador, la regulación de los efectos de la reproducción humana asistida se someten a la Constitución por ser la "norma normarum" y porque las normas deben ser interpretadas de acuerdo con "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas".

Los preceptos constitucionales que se ven afectados por la regulación señalada anteriormente son los siguientes(5):

**Artículo 39.2:** *La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

Entiendo que este artículo es el que entra en conflicto de una manera más evidente con la regulación de la LTRA, y en este sentido es fundamental tenerlo en cuenta para comenzar la argumentación.

Este principio admite restricciones de orden temporal o subjetivo, pero no cabe la prohibición de manera absoluta de la investigación y el conocimiento de la verdad biológica. Además no puede decirse que el artículo 39.2 no es aplicable a las técnicas de reproducción asistida porque no estaba en la mente del legislador debido a que la *mens legislatoris* no es derecho positivo. Abundando en ello, quien mantenga dicha idea deberá determinar perfectamente cuál fue la mente del legislador y armonizar dicha opinión con los artículos 14 y 39.2 de la Constitución Española.

Considero oportuno insistir en el logro de la equiparación de la filiación biológica con la legal, reconocido doctrinal, jurisprudencial y legislativamente y, sin embargo prohibido en el supuesto a que nos referimos.

He de destacar que el supuesto más destacable se plantea en el caso de mujer sola, en el cual RIVERO entiende que no puede considerarse padre al mero donante de semen, aunque sea una solución perjudicial para el nacido(6). Ahora bien, la causa de inconstitucionalidad se halla en el hecho del anonimato, no porque impide la determinación de la filiación, sino porque impide radicalmente y de manera absoluta la investigación de la paternidad, la imposibilita y no se ciñe sólo a limitarla. Frente a ello, PANTALEON considera padre al donante siempre que haya sido debidamente informado(7).

**Artículo 10: La dignidad de la persona.**

Se reduce la consideración del niño a objeto en cuanto que no se le permite acceder a todos aquellos derechos que se reconocen a la persona considerada íntegramente(8).

El legislador puede limitar, pero no prohibir absolutamente la investigación de la

paternidad(9). Además en dignidad de la persona considero incluido el conocimiento de la identidad de los progenitores para el libre desarrollo de la personalidad, pues lo contrario podría llevar a importantes trastornos psicológicos en el niño.

**Artículo 14: Principio de igualdad.**

Se produciría discriminación porque habría dos clases de ciudadanos:

- Unos ciudadanos tendrían derecho a conocer sus padres biológicos(considerado como un hito perseguido por el Derecho Civil).

- Otros ciudadanos no gozarían de tal derecho, con lo que tendrían peor condición los seres nacidos por las técnicas de reproducción asistida que los nacidos por reproducción natural.

El caso más grave se produciría en el supuesto de mujer sola en que nace un hijo sin padre y la ley no permite la investigación de la paternidad. En este sentido dice RIVERO HERNANDEZ(10): Sólo la madre ha tomado la decisión de que nazca y es ella, con el autor de la ley, la responsable de haberlo dejado sin padre.

**Artículo 15: Integridad física y moral.**

a) La Integridad física quedaría afectada ya que se ha llegado al extremo de disponer que sólo un peligro para la vida del hijo podrá excepcionar la garantía legal del anonimato.

b) La integridad moral quedaría menoscabada si se piensa que ésta abarca el conocimiento de la identidad de sus progenitores(11).

Ahora bien, he de matizar que se trata de un derecho o facultad del sujeto, no de una obligación o deber de los progenitores o de los "padres jurídicos de poner en conocimien-

to del sujeto la verdad-identidad biológica de su fecundación.

El hecho de que una persona conozca que su origen genético se encuentra fuera de la familia a que pertenece no supone necesariamente una perturbación en la misma. Así se observa en la adopción. En este sentido, la experiencia aconseja hacerlo lo antes posible, una vez haya alcanzado el niño la suficiente madurez por cuanto que la falta de sinceridad puede ser más perjudicial. Por otra parte no debemos tomar sólo la posición de sujeto activo (¿Le diría yo al niño que no soy su padre?), sino que hemos de observar también la posición de sujeto pasivo en cuanto que no pudiésemos conocer nuestro origen nunca porque un médico destruyó la documentación. Hemos de tener presente que independientemente de las garantías legales, no se podría impedir que los padres legales revelen al hijo las circunstancias de su generación.

**Artículo 39.3:** *Deber legal de asistencia de los padres:*

"Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda".

El problema más grave se plantea cuando se trate de mujer no casada y que no convive more uxorio con nadie o cuando la fecundación artificial se haya realizado sin el consentimiento eficaz del marido o compañero. En este caso, y en la línea de que se equipara la realidad biológica con la jurídica, algunos autores consideran que será padre el donante siempre que haya sido advertido de ello por el Centro correspondiente responsable de dar

la información a que se refiere el artículo 2.2 LTRA(12). En estos supuestos es inconstitucional el artículo 8 LTRA. Así se violaría el derecho del hijo a ser asistido por el donante. He de señalar que en todo caso se ha de proteger el interés superior del hijo como resulta de los textos legales, constitucionales e internacionales(13).

Sin embargo otros como BLASCO GASCO(14) consideran que no se plantea problema con este artículo dado que se parte de la previa determinación del padre, la cual se realiza mediante los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico, pero no determina que sea el padre, rol social que comprende una serie de deberes, cargas y facultades en interés del hijo. El fundamento de la filiación se halla en la combinación de los principios de responsabilidad y voluntad(15).

En esta línea, en Holanda, el Consejo de Ministros ha remitido al Parlamento un proyecto de ley por el que todo niño concebido por inseminación artificial podrá, a partir de los 12 años acceder a la información sobre las características externas de su padre, y a partir de los 16 años podrá conocer el resto de sus datos personales. A tal efecto se creará una Fundación que reunirá todos los datos referentes a los donantes de semen. Para que se revelen los datos será necesario el permiso del donante, a no ser que esté en juego el normal desarrollo emocional y psicológico del niño(16).

Por otra parte la Ley de Filiaciones de Cataluña, de 27 de abril de 1991, nada establece en cuanto al anonimato del dador. Cabe pensar que se puede impugnar y reclamar dicha filiación, según los casos mediante el ejercicio de las acciones ordinarias de filiación. Ello lo corrobora la Exposición de Moti-

vos cuando señala que el principio de la libre investigación de la paternidad y maternidad es una constante desde la Edad Media hasta la Compilación de 1960.

Finalmente, he de destacar cómo poco a poco va teniendo una plasmación en la realidad la posibilidad de conocer la identidad del donante atendiendo a los intereses en conflicto, dando primacía al interés del niño a conocer su origen, la estructura profunda y causal de su personalidad. Se aplican criterios similares a los de la adopción en cuanto a la oportunidad de que el niño conozca la verdad, a la vez que se toman las medidas protectoras necesarias, lo cual significa un avance en la dignidad humana y el reconocimiento de la conveniencia de conocer la identidad del donante(17), en nuestro entorno cultural, fruto de la experiencia en estos años en que han avanzado más rápidamente estas técnicas de reproducción asistida.

En conclusión, considero que queda vulnerado el artículo 39.2 de la Constitución de una forma clara en los términos señalados y que difícilmente es compatible la regulación establecida por la LTRA con los preceptos constitucionales analizados.

## RESUMEN

Se trata de una comunicación acerca de la posible inconstitucionalidad de las normas referidas al anonimato del dador: artículos 5.5, 8.3, 19.2 y 20.2.B.j, de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 de noviembre de 1988.

Tras indicar brevemente el status quo, se hace referencia a los diversos sistemas de ordenación desde la perspectiva de la identi-

dad del donante, así como a las diversas soluciones dadas en torno a las relaciones del hijo con el donante de gametos.

A continuación se analizan los preceptos constitucionales afectados por esta regulación:

- **Artículo 39.2:** Principio de libre investigación de la paternidad.

- **Artículo 10:** Dignidad de la persona.

- **Artículo 14:** Principio de igualdad.

- **Artículo 15:** Integridad física y moral.

- **Artículo 39.3:** Principio relativo a la asistencia debida a los hijos por sus padres.

En conclusión, se señala la vulneración del artículo 39.2 y la difícil compatibilidad con los preceptos constitucionales anteriormente señalados.

## Referencias Bibliográficas

(1) He de destacar cómo la ciencia jurídico-positiva ha profundizado en esta materia. Así, he de indicar, por ejemplo, el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia celebrado en Cáceres el año 1987, con Ponencias de diversos autores (E. ROCA, SANCHO REBULLIDA, GARCIA CANTERO, LACRUZ BERDEJO, BERCOVITZ, RIVERO, MONTES, DELGADO ECHEVERRIA, PANTALEON, LLEDO, CLAVERIA, SERRANO), *Tapia*, octubre-diciembre, (1987), y diversas Comunicaciones presentadas al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria el año 1987, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Editorial Trivium, Madrid, 1988.

(2) Terminología ampliamente aceptada entre la doctrina para referirse a la inseminación artificial y fecundación in vitro con semen de tercero, si bien he de destacar su rechazo por los genetistas, que la reservan para la mezcla entre especies.

(3) Desde la entrada en vigor de la Constitución Española, las reformas del Derecho de Familia se han orientado hacia el principio de verdad biológica, que pretende que los datos registrales coincidan con la progenitura genética, si bien como todos los principios del Derecho, no operará de un modo absoluto. Así, GARCIA CANTERO, "La reforma de la filiación" *Revista General de Legis-*

lación y Jurisprudencia 1983-II, págs. 135 y sigs.

(4) RIVERO HERNANDEZ, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", *La filiación a finales del siglo XX*, op. cit., págs. 141 y sigs.

(5) Vid. DELGADO ECHEVERRIA, "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que no corresponde", *La filiación a finales del siglo XX*, op. cit., págs. 201 y sigs.; PANTALEON, "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la Democracia*, núm. 5, (1988), págs. 19 y sigs.; RIVERO HERNANDEZ, "Filiación derivada de procreaciones asistidas", en *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, (LACRUZ BERDEJO y otros), V 2°, 3ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1989, págs. 147 y sigs.; CARBAJO GONZALEZ, "El principio de verdad biológica y las relaciones de filiación derivadas de Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro: el anonimato del dador", en *La filiación a finales del siglo XX*, op. cit., págs. 401 y sigs.; BLASCO GASCO, "La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación", núm. 2, (1991), *Anuario de Derecho Civil*, págs. 697 y sigs.

(6) Vid. RIVERO HERNANDEZ, La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial, *La filiación a finales del siglo XX*, op. cit., pág. 149.

(7) Vid. PANTALEON, op. cit., pág. 34.

(8) Así CARBAJO GONZALEZ, op. cit., pág. 405, señala que para aumentar las donaciones se declara legislativamente la posibilidad de ocultarle su origen de manera sistemática. No se nos ha de escapar que existen importantes razones de orden práctico o técnico que propician el carácter anónimo de la donación porque si el donante sabe que se le puede reclamar en un futuro para asumir una paternidad no deseada, no dona y si no dona, desaparecen por sí mismas un gran número de inseminaciones y fecundación in vitro. De ahí la defensa de médicos, biólogos y también juristas. A su vez dicho argumento se rebate atendiendo a los resultados prácticos en la aplicación de la Ley Sueca de 1984, que reconoce el derecho del hijo a ser informado del contenido del informe del hospital sobre el dador de gametos. En este país sólo en un primer momento descendieron las donaciones. Posteriormente lo que se produjo fue un cambio en el sujeto donante: se pasó de jóvenes solteros a hombres casados con hijos.

(9) Señalar que el Código Civil no contiene una acción de investigación autónoma e independiente de las acciones de filiación, sino que posibilita en el artículo 127, la investigación sobre paternidad y maternidad en juicios de filiación. En cambio, en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, sí se establece tal acción con carácter autónomo respecto de las acciones de filiación (artículo 4), aunque actualmente es discutida su vigencia tras la Ley de Filiaciones de 27 de abril de 1991, así como su utilidad si se desconecta de toda consecuencia jurídica. Vid. GETE ALONSO, *Comentaris als articles 4, 5 i 6 en Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya*, Barcelona, 1987; y GETE ALONSO-BLASCO GASCO, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

(10) RIVERO HERNANDEZ, "Filiación derivada de procreaciones asistidas", op. cit., pág. 159.

(11) Así, BLASCO GASCO, op. cit., pág. 702: "Nadie puede ni debe ser privado de conocer su verdad biológica"; y PANTALEON, op. cit., pág. 32: "La imposibilidad de ese conocimiento puede ser fuente de trastornos psíquicos por ser dato importante para encontrar la propia identidad y consecuentemente para el desarrollo de la personalidad."

(12) Vid. PANTALEON, op. cit., págs. 19 y sigs.

(13) En este sentido se dice en el artículo 3.1 del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del hijo; *Actualidad Civil Legislación*, núm. 12, (1990), pág. 2057.

(14) Vid. BLASCO GASCO, op. cit., pág. 709.

(15) Vid. RIVERO HERNANDEZ, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", *La filiación a finales del siglo XX*, op. cit., págs. 146 y sigs.

(16) Vid. Boletín ACEPRENSA, núm. 8, (1993), pág. 4.

(17) Vid. HERNANDEZ IBANEZ, "La filiación en la Ley sobre técnicas de reproducción asistida de 22 de noviembre de 1988", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 75, (1989-1990), págs. 405 y sigs.