

## Padre referencial e identidad personal

**M<sup>a</sup> Dolores Vila-Coro**

*Prof. F<sup>o</sup> del Derecho, Univ. Francisco de Vitoria, Madrid.*

Las normas que rigen en la actualidad las técnicas de fecundación in vitro presentan situaciones de incoherencia interna que conducen al absurdo. Se constata la dificultad que entraña regular jurídicamente actividades que, por su propia naturaleza, inciden en los derechos nucleares de la persona humana: aquellos derechos que son previos a cualquier ulterior derecho porque constituyen la esencia de lo humano. Están expresados en el art.15 de la Constitución Española que define, junto al derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral; connotaciones éstas que trascienden la mera existencia biológica. La idea de integridad física y moral, parafraseando a Ortega, comprende el "yo" y la "circunstancia". La integridad del "yo" exige el respeto a los elementos que constituyen la esencia específica de lo humano, cual es la racionalidad y la libertad. La "circunstancia" exige el respeto al habitat que a cada ser humano le es propio.

La Ley 35/88 Sobre Técnicas de Reproducción Asistida -R/A- permite que sea fecundada con semen de donante la mujer de una pareja. El marido será el padre legal del hijo pero éste no conocerá a su padre genético, ni sus raíces, ni su estirpe porque la ley exige el más riguroso anonimato. También se permite inseminar a la mujer sin pareja, cuyo hijo estará en el mismo caso anterior al no saber quién fue su padre genético con el agravante, además, que no tendrá tampoco padre legal

o social: carecerá de la presencia física masculina. Si la mujer convive homosexualmente con otra mujer la figura paterna será del sexo femenino... Si se fecunda a la viuda con semen del marido muerto este hijo carecerá de padre físico, como el hijo de la mujer sin pareja, pero conocerá al menos a su padre genético.

### **Que se entiende por padre referencial**

He dado el nombre de padre -o madre- referencial al padre -o madre- genético conocido que no está presente físicamente en la vida del hijo (1). El padre referencial es el que engendra un hijo y desaparece físicamente de su existencia pero no referencialmente: se conoce su identidad, su trayectoria vital, su personalidad... El hijo a partir de la imagen de su progenitor crea un vínculo que le inserta en el linaje de sus antepasados; conecta con su estirpe y establece su identidad filogenética o histórica que le prolonga en el pasado, y que constituye una base fundamental para estructurar su identidad personal y su propia personalidad.

La paternidad referencial tiene actualmente dos versiones. La normal corresponde al hijo de una pareja cuyo padre ha fallecido. El hijo no goza de su presencia física pero sí de su presencia referencial: conoce su identidad. Además de conocer su identidad disfruta de los derechos civiles derivados de la relación paternofamiliar: tiene la nacionalidad paterna, lleva sus apellidos, es su heredero...

La segunda -o fecundación "post mortem"- se realiza en la madre viuda con material genesiaco procedente del marido muerto. El hijo tendrá conocimiento de la identidad de su padre, como en el caso anterior, pero a diferencia de éste se verá privado, por impe-

rativo legal, de los derechos derivados de la relación paterno-filial y de todos sus efectos: no tendrá la nacionalidad del padre, ni sus apellidos, ni será su heredero...

La paternidad referencial, en ambas versiones, permite al hijo establecer su identidad filogenética integrarse en su linaje "gens" o familia; conocer sus raíces, establecer los vínculos que le insertan en la Historia; disponer de datos suficientes para construir la imagen de su padre, su carácter, su aspecto físico, sus cualidades y defectos, sus aficiones, sus amigos. Podrá asumir o negar, seguir o evitar, aprobar o rechazar el temperamento o condición de quien le diera la vida.

#### **Fecundación "post mortem" (2)**

En la segunda mitad del presente siglo se ha iniciado un movimiento legislativo en favor de la investigación de la paternidad. Tradicionalmente los Códigos civiles han negado tal prueba, hasta el punto que la declaración de ilegitimidad del hijo por parte de la madre y su consiguiente condena por adulterio no impedía que se atribuyera al marido la paternidad de la criatura. Se inicia un movimiento legislativo en contra del reconocimiento forzoso del hijo por parte del marido, al mismo tiempo que se permite a aquél indagar su origen genético. Los países escandinavos iniciaron la modificación de sus leyes sobre filiación extramatrimonial. Les siguieron la Unión Soviética, Alemania Federal, Francia e Italia en los años 70. Irlanda y Bélgica lo hicieron en último lugar a raíz de las sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En España la nueva normativa se implanta a raíz de la ley 13 de mayo de 1981 impuesta por los art. 14, 15 y 39.2 de nuestra Norma

Fundamental. El art. 39 de la Constitución equipara a todos los hijos y permite la investigación de la paternidad. La reforma del Derecho de Familia -art. 127 del Código Civil- admite incluso las pruebas biológicas: el dato biológico es el que tiene la máxima relevancia para la determinación de la paternidad.

En ese panorama legislativo transcurrida apenas una década de la promulgación de los nuevos principios constitucionales, la ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida introduce nuevos principios que, como afirma García Cantero, "no puede menos de calificarse de distorsionadores del régimen de filiación antes descrito... la ley trata de asegurar el secreto de la procreación asistida, y prohíbe que en la inscripción del nacido se refleje dato alguno del que pueda inferirse el carácter de la generación, art.7"(3).

#### **Incoherencias de la ley 35/88 Sobre Técnicas de Reproducción Asistida.**

A tenor del art. 9.1: "No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón".

Este artículo se refiere a dos situaciones posibles: que el material reproductor -no dice si se trata de gametos o embriones- se halle en el útero de la mujer a la muerte del marido, o que no se halle (4).

La primera resulta totalmente obvia: si la mujer ya está embarazada cuando el marido muere no es fecundación "post mortem". Hay que suponer además que el hijo nacerá dentro de los 300 días posteriores al falleci-

miento, luego el marido será legalmente el padre de la criatura por la presunción del art. 116 del Código Civil.

El segundo supuesto se deriva de la inseminación o implantación del embrión en la mujer después del fallecimiento del marido. En ese caso, como ya se ha indicado, no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo póstumo y el marido fallecido, por las previsiones del citado art. 9.1. Al hijo se le niegan sus derechos civiles, derechos que tienen un origen biológico: el "ius seminis".

Implica contradicción que cuando se tiene una prueba del origen genético de una persona se le nieguen los derechos derivados precisamente de su origen genético. La presunción del art. 116 Cc, que estipula que el marido de la madre es el padre de la criatura, actúa cuando no se conoce la verdad y sólo mientras no se conoce, porque la verdad biológica se impone en todo casos.

Otra cosa es la posibilidad de fraude o error por parte de la viuda, quien, tras mantener relaciones con otro varón, puede pretender ser inseminada o que se le implante un embrión procedente del difunto marido para beneficiarse social o patrimonialmente de una filiación improcedente. Ante la duda hay dos alternativas posibles: primera, someter al hijo después de nacido a las pruebas que demuestren su filiación; segunda, negar a la viuda su acceso al material genesiaco.

Las pruebas de filiación sólo pueden llevarse a cabo si se dispone de antemano, con anterioridad a la realización de las técnicas de reproducción asistida, de datos suficientes del varón fallecido para verificar en el hijo después del nacimiento. Si no hay datos suficientes del fallecido para demostrar la pa-

ternidad habría que estar al segundo supuesto: negar a la viuda el acceso al material genesiaco del marido.

¿Con qué fundamento se podría prohibir a la esposa generar un hijo de su propio marido siendo así que la ley autoriza a una mujer sola a ser inseminada con semen de donante anónimo? La viuda se encontraría ante la paradoja de que podría generar al hijo de un desconocido, pero no al de su propio marido. El hijo del difunto, en cambio, gozaría de muchísimas ventajas sobre el de donante anónimo ya que tendría, al menos, un padre referencias de identidad conocida cuyo recuerdo se mantendría vivo en el que había sido el hogar de ambos progenitores. El hijo tendría una "gens" en la que insertarse, un linaje, una familia... podría establecer su identidad filogenética e histórica.

Sería una incoherencia negar a la viuda su acceso a la reproducción asistida "post mortem" y permitir que lo hiciera con semen de donante. El posible fraude o error se podría evitar si el establecimiento sanitario, como requisito previo antes de admitir el semen para su congelación, exigiera al marido los análisis mencionados además de una declaración de voluntad fehaciente por parte de ambos cónyuges para garantizar la filiación del hijo. Si a pesar de todo la viuda se hubiera inseminado con semen del marido fallecido no sería justo cargar al inocente con las consecuencias negativas de la acción: el hijo debería tener el derecho a la filiación paterna.

¿Podría la viuda ejercer indefinidamente ese derecho?

Hay que tener en cuenta que la herencia estaría yacente con perjuicio para otros herederos. Para evitar este problema la ley 35/88 R/A castiga al inocente, niega al hijo póstumo

sus derechos sucesorios.

El apartado 2 del citado artículo 9, regula también una excepción al principio general: "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial". Si se produce el embarazo durante los seis meses siguientes al fallecimiento, el hijo no se verá privado de sus derechos legales.

En buena lógica, si la voluntad del marido era la de someterse a las previsiones de la ley y permitir que su material genesiaco fuera utilizado durante los 6 meses siguientes a su fallecimiento, una vez finalizado el plazo, transcurrido ese período de tiempo, el material no utilizado debería destruirse. La destrucción no plantea ningún problema cuando se trata de semen congelado, pero ¿y si se hubiera fecundado ya el óvulo de la esposa? ¿Y si estamos en presencia de un embrión humano? Ese embrión adquiriría el estatuto de preembrión sobrante de una FIV, por no ser transferido al útero. El art. 11 R/A dice que esos "preembriones se crioconservarán en los bancos autorizados por un máximo de cinco años". Se entiende que transcurrido ese plazo, se destruyen. Se da la circunstancia de que los embriones congelados, almacenados y cedidos a los bancos pueden implantarse en cualquier mujer que lo solicite, en cuyo caso la solicitante tendría preferencia sobre la verdadera madre genética.

Aún cuando el marido no haya manifestado su voluntad la ley permite la fecundación de la viuda con los efectos previstos en

el artículo 9 apartados 1 y 2.

Desde la perspectiva del hijo no tiene sentido, va contra los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, contra las normas constitucionales y el respeto a los derechos fundamentales, que se le niegue su filiación biológica y los derechos que le son inherentes, puesto que se conoce la identidad del progenitor fallecido. Con la muerte de uno de los cónyuges el matrimonio se disuelve pero no por eso la Biología pierde su verdad. El hijo, si se quiere, será "no matrimonial" pero en todo caso hijo del marido. No estoy de acuerdo, por tanto, con la tesis contraria que sostienen algunos autores (6).

#### **¿Qué criterios han conducido a admitir este supuesto?**

Con motivo de la celebración de "Madrid Capital de la Cultura Europea" tuvieron lugar las Conversaciones de Madrid. A la reunión, que versaba sobre Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética. asistió el Dr. Marcelo Palacios que había presidido en su día el Informe elevado a la Mesa del Congreso de los Diputados a partir del cual se redactó la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Palacios participó en los debates y en la redacción de la Ley en su calidad de diputado del Grupo Socialista. Las Conversaciones de Madrid consistían en la exposición de unas Ponencias y un coloquio posterior entre los participantes. Parte del coloquio se refiere a la génesis del artículo que estamos comentando.

A la intervención de la Dra. Hernández Ibáñez, Palacios contesta textualmente: "El planteamiento que dice que tenía que ser una ley orgánica (la que regula las Técnicas de

Reproducción Asistida) es un planteamiento muy subjetivo, puesto que interpreta que se lesionan derechos de las personas en una ley que, desde la perspectiva de quienes la aprobaron y quienes la informaron, no incluía a las personas en su ámbito, puesto que hace referencia al período embriológico que va desde el momento de la fecundación hasta catorce días después de que se produce la implantación".

Contra la opinión de Palacios el art. 29 del Código Civil, que tiene rango de ley orgánica, afirma que "al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable". Si ser persona le es favorable: es persona. A mayor abundamiento, la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida trata no sólo de preembriones, sino también de embriones y "fetos vivos fuera del útero" -eufemismo que oculta al niño recién nacido-. Está en juego el derecho a la vida, a la igualdad, a la investigación de la paternidad... derechos todos ellos protegidos constitucionalmente. Se burló la Constitución por no seguir la tramitación que exige nuestra norma fundamental para las leyes orgánicas. Por tanto, el precepto que analizamos es inconstitucional.

Continúa Palacios: "Hay otro tema que también viene forzado al decir que la ley que permite la actuación a las mujeres solas deja abierto un camino a una relación homosexual. A nadie se le pide cuando se casa si es homosexual o no, a nadie se le pide cuando va por la vida si es homosexual o no lo es. En los países avanzados, en los países cultos, en los países modernos, eso no debe ser una tara para nadie... Creo que es absolutamente impropio que nosotros incorporemos estos elementos perturbadores a una disquisición en la cual, de manera absolutamente clara, se

hace referencia única y exclusivamente a la persona, a la mujer como ser humano. Hemos incorporado el que toda mujer pueda recibir estas técnicas porque la Constitución hace suyas las Declaraciones de Derechos Humanos, y el art. 14 establece que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, y el 39 impone al Estado el deber de proteger a las madres cualquiera que sea su estado civil, y a los hijos cualquiera que sea su filiación. No hay ninguna razón para que la mujer pueda ser madre sola por la vía natural y no vaya a serlo por la vía artificial. Para mí no empece en absoluto que una mujer homosexual pueda constituir el tipo de familia que estime. Yo no soy quien para juzgar, no soy el hijo del pequeño Dios. La ley de adopción permite que toda persona mayor de edad, mayor de veinticinco años, pueda adoptar aunque sea una persona sola. No entro en qué es una situación diferente, entro solamente en el hecho de que una persona sola puede adoptar y nadie le pregunta si es lesbiana o si es homosexual o no".

Palabras a las que responde Hernández: "Yo no acepto la fecundación de una mujer sola ni fecundación 'post mortem'. No me meto en el tema de la homosexualidad, a mí me da igual, pero está por delante el derecho del niño a una familia sobre el derecho de una mujer a tener un hijo. Respecto a la adopción, es mejor que el niño viva con una mujer sola a que esté acogido en un centro u hospicio". La adopción, a diferencia de la ley que comentamos, no crea huérfanos, remedia las condiciones de vida de los que ya están en el mundo. Supone dar tratamiento legal a situaciones ya existentes (7).

Palacios interviene nuevamente: "¿Por qué poner tanto énfasis en la agresión hacia

la gestación 'post mortem' que ya está contenida prácticamente en nuestro Código Civil o amparada en este sentido?. Nuestro Código Civil dice que se 'imputarán hijos del fallecido a todos los nacidos en los 300 días que siguen al fallecimiento'. Pues bien, una gestación dura 268 días y en consecuencia cualquier mujer puede tener, a tenor del Código Civil, este hijo sin que se hubiera escrito la ley de Reproducción Asistida".

La opinión de Palacios resulta difícil de compartir. Si hoy se sabe con tanta exactitud que la duración del embarazo es de 268 días, como afirma Palacios, no era así cuando se redactó el Código Civil. Para no desposeer de sus legítimos derechos al hijo póstumo se estatuyeron 300 días como "margen de seguridad". Las leyes pretenden que se realice la justicia y en la duda favorecen al débil, en este caso al hijo. Pero es de todo punto disparatada la idea de que se hubiera previsto una posible inseminación de la viuda. Crear huérfanos porque hay un derecho constitucional a proteger a madres e hijos sin distinción, equivale a producir enfermos amparándose en el derecho, también constitucional, a la protección de la salud.

Mi criterio con respecto a esta situación es no permitir la creación de huérfanos legales expuestos a todos los traumas que lleva consigo la carencia física del padre. Considero que se trata de conculcar unos derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona. Pero en el caso de que se permitiera a la viuda acceder al material genesiaco del marido después de fallecido, no se pueden negar al hijo sus derechos. Las contradicciones internas de la ley que comentamos demuestran, una vez más, la necesidad de rechazar cualquier forma de reproducción arti-

ficial, a excepción de la homóloga, por los conflictos de intereses que provoca, las incoherencias que implica y el absurdo a que conduce.

### **Carencia del padre referencial**

La Ley Sueca, referida en concreto a la reproducción artificial, permite al hijo cuando adquiere la madurez suficiente conocer la identidad del padre. En Austria la Ley sobre la Medicina de la Reproducción, 1 de julio de 1992, reconoce al hijo un derecho a informarse cuando ha alcanzado la mayoría de edad. En la República Federal de Alemania se llega a un resultado semejante a través de la jurisprudencia sobre esta cuestión. España se ha decidido por la protección del anonimato del donante de semen.

Kock interpreta la posición española movida por el temor de "...que no exista número suficiente de donantes de semen si no se garantiza el anonimato en la inseminación heteróloga"(8). "En la inseminación artificial con donante el interés de los padres, sus derechos y responsabilidades se sitúan por encima del interés del hijo"(9). Esta es la razón de que se prive al hijo del conocimiento de su padre referencial.

La carencia del padre referencial causa importantes problemas en los hijos. "Se ha comprobado en los casos de adopción que muchas personas tienen necesidad psicológica de conocer su origen biológico... El niño puede verse afectado por el secreto y manifestar trastornos psicológicos"(10). Un estudio exhaustivo de estos problemas condujo a la ley sueca a permitir el conocimiento de la identidad del donante. Esos trastornos psicológicos impiden una adecuada integración de la personalidad porque afectan a la identidad

del sujeto (11).

De acuerdo con García Cantero "Hay un consenso doctrinal bastante generalizado en el sentido de que la persona humana, para asentarse en la sociedad, debe estar segura de sus orígenes, conocer a sus progenitores, no sólo en sus características genéticas, teniendo acceso a su genoma, sino comprendiendo su personalidad, como seres de carne y hueso, a quienes amar y admirar, imitar o discrepar"(12).

La identidad personal se puede definir desde distintas perspectivas: es el núcleo constitutivo de la persona, lo que permanece, la esencia específica. La esencia no se opone al concepto de desarrollo porque el desarrollo consiste en la actualización de las potencialidades contenidas en la esencia. La unidad constitutiva no se quiebra con los cambios que sufra el ser, si es que esos cambios le son propios, si son los que corresponden a su naturaleza específica. La identidad es lo que hace que el ser sea él mismo y distinto de cualquier otro; constituye una suerte de mismidad también llamada unicidad, que se erige en centro de coherencia y centro imputador de relaciones. Es lo que jurídica y gramaticalmente -en sentido distinto pero indicando lo mismo- se denomina sujeto. Gnoseológicamente es saberse a sí mismo plenamente, conscientemente; es memoria y es percepción del propio ser. Es, finalmente, libertad entendida como principio de autodeterminación.

Sobre el hombre pesa la herencia genética y la herencia histórica o sociocultural. La primera la transmite el padre con sus gametos; la segunda con su presencia directa y personal o, al menos, referencias. Si se priva al ser humano de su padre referencias se le están robando sus raíces, su estirpe, su "gens",

su historia, sus antepasados... No podrá asumir su linaje ni integrarse en su pequeña historia, integración que supone su identificación con el filum familiar o identidad filogenética necesaria para configurar su propia identidad personal. Como manifestación de esa identidad,, filogenética o histórica, vemos que en todas las culturas se conserva de algún modo como seña de identidad personal, el nombre familiar o apellido.

### **El derecho a la identidad personal.**

El derecho a la identidad personal es el derecho a ser uno mismo; a que sean respetados todos y cada uno de los elementos básicos y constitutivos del individuo; el derecho al curso ininterrumpido de la trayectoria germinal; a que la información genética sea transmitida continuamente a través de los cromosomas de una generación a otra, y a que la información histórica y cultural no se vea truncada por la ocultación y el secreto. Es el derecho al ejercicio de la libertad que no es sólo manifestación de la voluntad del individuo, sino también principio de autodeterminación e independencia de interferencias ajenas.

La libertad, que se ha elevado a valor superior del ordenamiento jurídico a tenor del art. 1 de la Constitución Española, ofrece una triple dimensión: respecto al pasado configura el derecho histórico a ser el fruto del propio destino, de la propia indeterminación; en el presente constituye el derecho a no verse privado de la libertad física, ideológica y religiosa -art. 16 y 17 C.E.- y con respecto al futuro, al libre desarrollo de la personalidad, fundamento del orden político y de la paz social -art. 10 C.E.-. Esto explica que "... el más violento ataque a la libertad sea 'robar' la

intimidad. Esta es la intuición de fondo que explica la prohibición tajante de todos los ordenamientos jurídicos sobre el uso de métodos ilícitos como medios de investigación policial o de prueba judicial, como son toda la variedad de fármacos que anulan el propio dominio. Porque quien se apropia injustamente de la intimidad no sustrae algo de la persona, sino que se adueña de la persona misma"(13).

La identidad representa el núcleo de lo que más ampliamente protege nuestro ordenamiento como derecho a la intimidad. La intimidad es la "conciencia que cada uno de nosotros tiene como sujeto irrepetible" ", o "aquella zona espiritual del hombre que él considera inespecífica, distinta a cualquier otra, independientemente de que lo sea"(15).

El derecho a la intimidad se sitúa entre los derechos de la personalidad. Coincido con Lacruz Berdejo en que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela al individuo no sólo como portador del derecho subjetivo, sino también como ente cuya humanidad es, en sí, esencialmente digna de tutela (16).

De acuerdo con Beltrán de Heredia, los derechos de la personalidad son "unas titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma, de la que vienen a ser como emanación o atributo íntimo y entrañable, relativas no a bienes exteriores, en los que aquélla se proyecta al actuar, sino personales en cuanto forman parte de nosotros mismos, teniendo consiguientemente un contenido ideal, inmaterializado"(17).

### **Protección del derecho a la identidad**

El derecho al conocimiento del padre referencias, por ser un elemento constitutivo de

la identidad personal, está protegido por distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico.

La Constitución Española protege el derecho a la investigación de la paternidad art.39, y también a la identidad personal en art. 15 y 18 C.E. El art. 15 C.E. al proclamar el derecho a la vida y a la integridad física y moral no se refiere solamente a la mera existencia corporal, sino a una existencia propiamente humana, condición definida por su dignidad, de la que emanan su racionalidad y su libertad. El derecho a la integridad física protege no sólo el cuerpo físico individual, sino también el "circum mundo" o pequeño mundo circundante, el entorno natural de la persona, que en el ser humano tiene carácter constituyente. A tenor del art. 45 C.E.: "Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo".

Del art. 15 C.E. se deriva directamente la indisponibilidad del ser humano y la inviolabilidad de su genoma. Se deduce un no a la ingeniería genética como no sea en beneficio del propio sujeto; se deduce un no a situar al fruto de la concepción en un medio privado deliberadamente de la presencia del padre o la madre que lo han engendrado, "cercenando su legítimo derecho a desarrollar y expandir su personalidad en el 'habitat' a que es acreedor por el mero hecho de haber sido engendrado"(18).

Para mostrar que el hombre se expande mas allá del cuerpo físico que lo define, para reforzar la idea de que lo físico no es en el ser humano, a diferencia del animal, un simple lugar "ubi" en el que se encuentra situado, en el art. 18 se garantiza "el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar". obsérvese

que el honor, el buen nombre y la fama son señas de identidad. De acuerdo con Beltrán de Heredia, el derecho a la integridad moral comprende el honor, el respeto a la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen.

Según González Gaitano, y centrándonos en la jurisprudencia existente, la sentencia -25 Mayo 1.992- tiene un especial interés porque: 1) distingue netamente entre honra y vida privada e intimidad, reconociendo el valor superior de esta última, de la que sigue gozando incluso quien ha perdido su honra, como puede verse en el considerando 7º en que se "reconoce al delincuente el derecho al honor, por encima y al margen de la lesión social cometida, que sólo permite su publicidad material limitada, pero no destrozarse sin razón ni necesidad su personalidad y el santuario de su intimidad...". La sentencia de 8 de marzo de 1974 define el derecho a la intimidad como "el derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hombre". Goza de ella incluso quien ha perdido la vida. La Ley Orgánica 1/1982(19), fija en su artículo 4.3 un período de ochenta años desde el fallecimiento del titular como plazo hábil para ejecutar las acciones de protección del derecho a la intimidad (20). Esta ley protege civilmente el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todo género de intromisiones ilegítimas, que se registrarán por el Código Penal si son constitutivas de delito. Es un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible y es nula la renuncia a su protección a tenor de los arts. 1, 2 y 3. El art. 7 se refiere a "intromisiones ilegítimas". Privar a una persona de su padre referencias y exponerla a las conse-

cuencias que esta carencia le ocasione constituye mucho más que una "intromisión ilegítima". Supone una agresión a su integridad psicológica, a su integridad moral - que protege el art. 15 de la Constitución- porque impide la adecuada conformación de la identidad personal.

La protección constitucional de la familia proclama el respeto a ese cúmulo de afectos que son el núcleo sobre el que se apoya el individuo, y del que emana la energía que sirve de soporte y complemento a la persona. Las funciones del padre y de la madre están perfectamente definidas por la naturaleza. "Así como la función de la madre en el terreno afectivo es un principio fundamental, la del padre adquirirá una especificidad en el establecimiento de una normativa, y en la socialización del niño... Estas funciones desempeñadas por la familia normalmente acaban su ciclo con la adolescencia, período crítico de consolidación de la identidad e independencia personales, que necesita perentoriamente de las funciones paternas para ser culminado de una forma adecuada y satisfactoria"(21)

### Conclusión

La carencia del padre referencias por ocultación de la identidad del padre (o madre) generante conculca derechos fundamentales protegidos por nuestro ordenamiento jurídico: Constitución Española, Leyes civiles y penales y Tratados internacionales suscritos por España. Produce las siguientes consecuencias negativas en el hijo:

\* Le priva de sus derechos civiles derivados de la filiación.

\* Le expone a enlaces consanguíneos y a

sufrir enfermedades en incubación del donante.

\* Le sustrae del conocimiento de su padre y de su estirpe, elemento necesario para establecer su identidad filogenética o histórica.

\* Le expone a trastornos psicológicos, como se ha demostrado en situaciones parecidas en los casos de adopción.

\* La Ley 35/88 Sobre Técnicas de Reproducción Asistida no respeta ninguno de los derechos referidos, por esta razón resulta contradictoria y conduce a situaciones de incoherencia.

### Notas bibliográficas:

1 Es más frecuente la figura del donante anónimo masculino porque el semen se puede congelar. Por el contrario el óvulo, por su mayor labilidad, no admite la congelación: no existen bancos de óvulos.

2 "La procreación con esperma del marido o del compañero muerto no será permitida, afirma El CAHBI en el Proyecto de Recomendación R (87) del Comité de Ministros en su principio 7.4.

Ley 7/1991 27 de abril sobre filiaciones. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, 10 Mayo 1991, "art. 9.: El hijo nacido a consecuencia de fecundación asistida 'post mortem' será considerado del marido o pareja. Se exige a) voluntad fehaciente y expresa de ambos b) se permitirá la fecundación en un solo caso c) en un plazo máximo de nueve meses después del fallecimiento del marido, ampliable por el juez si hay justa causa por tres meses más".

MARTINEZ CALCERRADA, L., Derecho médico, T I, Madrid 1986, pág. 534 ss.: admite la inseminación "post mortem". En su libro La nueva inseminación artificial: un estudio de la ley 22 nov. 1988, Ed. L.Martínez Calcerrada, Central de Artes Gráficas, Madrid, 1989, pág. 104 ss.: No admite la voluntad unilateral de la viuda, pero sí cuando existe voluntad expresa del premuerto, tanto por el respeto testamentario a esa voluntad como porque fue ésa su intención.

3 El Derecho a la propia identidad, en El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano. Tomo IV. Fundación BBV. Madrid, 1994, pág. 156.

4 Cf. LACADENA, J., Seminario sobre Reproducción Asistida: Una lectura genética de la ley española sobre

técnicas de reproducción asistida. Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 12<sup>o</sup> Curso de verano, 15-17 de julio 1991, pág. 8. Según este autor la ley española no hace referencia expresa a la autorización o prohibición de transferir tras la muerte del varón embriones crioconservados obtenidos por fecundación in vitro de la pareja. Herrera Campos: La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española, Servicio de Publicaciones Universidad de Granada, 1991. Entiende este autor que la inseminación "post mortem" no debe ser admitida. Cree que se refiere indistintamente al depósito de gametos o embriones. En este último caso la fecundación se hizo cuando el marido vivía, pero el resultado es el mismo porque se discrimina al hijo a nacer sin padre.

5 Lo cual no obsta para que, como dice Blasco Gasco, "el fundamento de la filiación se halla en la combinación de los principios de responsabilidad y voluntad". La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación. Anuario de derecho civil abril-junio MCMXCI Madrid pág. 710.

6 Entre otros BLASCO, o.c., pág. 706-707.

7 Cf. VILA-CORO, M.D., La reproducción asistida en la mujer sola. Revista General de Derecho. núm 572. Valencia, 1992, donde se trata ampliamente este tema.

8 KOCK, HANS-GEORG. "El control de la natalidad y el Derecho penal". Eguzkilore. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, n<sup>o</sup> 5 extraordinario-Diciembre 1992. pág 131.

9 GEORGE, J., y ANNAS, J.D. "The Treatment of Infertility: Legal and Ethical Concerns". Clinical Obstetrics and Gynecology, Vol. 32, n2 3, septiembre 1989, pág. 6165.

10 LORIB. ANDREWS, J.S. "Legal and Ethical Aspects of New Reproductive Technologies". Clinical Obstetrics and Gynecology, Vol. 29, n<sup>o</sup> 1, marzo 1986. pág. 198.

11 A este tema me he referido en diversos trabajos. Cf. VILA-CORO, M.D., "Nuevas tendencias del Dcho. de familia", Revista General de Derecho. num. 143, Valencia, Diciembre, 1989. "Los Límites de la Bioética", en Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética., publicación que recoge las Conversaciones de Madrid. Eudema. Madrid 1992, pág 71-86. "La reproducción asistida en la mujer sola". Revista General de Derecho n<sup>o</sup> 572. Valencia 1992 pág 3.901-3.903.

12 O.c. pág. 159

13 GONZALEZ GAITANO N. El deber de respeto a la intimidad. Ed. Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1990, pág. 62.

14 GARCIA LOPEZ, J. Los derechos humanos en Santo Tomás de Aguino. Pamplona 1979, pág. 131, citado

por González Gaitano, N. El deber de respeto a la intimidad. Ed. Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1990, pág. 52.

15 DESANTES GUANTER, J.M. "Intimidad e información, derechos excluyentes". Nuestro tiempo, n2 213, marzo 1972. Pamplona, pág. 30.

16 Citado por RUIZ VADILLO. Derecho Civil. Ed.Ochoa. Logroño 1991, pág. 48.

17 Cf.BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO. La construcción jurídica de los derechos de la personalidad, discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 29 de marzo de 1976. Madrid, pág. 22. En el mismo sentido O'CALLAGHAN, "Sinopsis de los derechos de la personalidad". Rev.Actualidad Civil n° 27, julio 1986. ROJO AJURIA, L. "La tutela civil del derecho a la intimidad". Anuario de Derecho Civil, marzo 1986, idem: "La tutela judicial del honor y la intimidad", Rev. Actualidad Civil. n° 344, 1988. LOPEZ JACOISTE, J.J. "Una apro-

ximación tópica a los derechos de la personalidad". Anuario de Derecho Civil, XXXIX, fasc. IV, 1986. Madrid.

18 VILA-CORO, M.D., Nuevas tendencias... 0. C, p. 7825.

19 De 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen -reformada por la L.O. 3/85, de 29 de mayo-.

20 Cf. GONZALEZ GAITANO, N. El deber de respeto a la intimidad. Ed. Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1990, pág. 91.

21 RALLO ROMERO J. Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética. Ed.Eudema. Madrid 1992. pág 67-68. Cf. VILA-CORO, M.D. La reproducción asistida en la mujer sola,... donde se estudia ampliamente la incidencia negativa que ocasiona la falta de progenitor masculino.