

# SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)

M.<sup>a</sup> DEL PILAR CAMARA AGUILA  
Doctora en Derecho  
Profesora Ayudante de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA VIDA. 1. *Introducción*. 2. *La protección del preembrión en la Sentencia 116/1999*. a) *La implantación como criterio determinante de la protección*. b) *Fundamentos jurídicos de la protección del embrión*. III. LA RELACION JURIDICO-FAMILIAR DEL NACIDO MEDIANTE LA APLICACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA. 1. *Introducción*. 2. *La familia constitucional*. 3. *La protección de la identidad del donante en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida*. a) *La libre investigación de la paternidad: el alcance del art. 39.2 CE*. b) *Las excepciones legales a la protección del anonimato del donante*. c) *El derecho a procrear de las mujeres: los hijos sin padre*.

## I. INTRODUCCION

La Sentencia 116/1999, de 17 de junio, del Tribunal Constitucional, viene a resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular en el mes de febrero del año 1989, contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA en adelante). Más de diez años ha tardado el TC

en decidir acerca de la constitucionalidad de la referida norma, dilación que, por excesiva, merece ser reseñada en el prelude del comentario que nos sugiere su contenido. Como antesala de esta sentencia, el TC resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto igualmente por el Grupo Popular contra la Ley 42/1988 de 28 de diciembre de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células tejidos u órganos. Se trata de la Sentencia 212/1996, de 19 de diciembre, a la que en ocasiones se remite el TC para resolver los problemas que abordan comúnmente ambas sentencias.

En el recurso de inconstitucionalidad se solicita se declare inconstitucional la LTRA en su conjunto, y subsidiariamente, que obtengan tal sanción buena parte de sus preceptos (1).

En cuanto al primer pedimento, entiende el recurrente que, por venir a afectar en su regulación el contenido de derechos fundamentales (el derecho a la vida y a la integridad física), la LTRA infringe la reserva de Ley Orgánica establecida en el art. 81 CE. El TC (F.J. 4) mantiene a este respecto una interpretación estricta en la aplicación del art. 81 CE, interpretación que ya había defendido, entre otras, en la Sentencia 212/1996 (F.J. 11), a la que ahora se remite el TC (2):

---

(1) El TC sólo declara inconstitucional el inciso inicial del art. 20.1 de la LTRA. Este precepto declara de aplicación las normas sobre infracciones y sanciones contenidas en los arts. 32 a 37 de la Ley General de Sanidad «con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta ley». Tal expresión implica para el TC (F.J. 16) una relativización que «no se compadece con las exigencias derivadas del principio de legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE».

(2) En el F.J. 3 del voto particular formulado por el Magistrado D. J. Gabaldón López a la Sentencia 212/1996, se critica esta interpretación estricta adoptada por el TC: "Aun sin desarrollar el anterior aserto en cuanto a sus consecuencias últimas, la interpretación que dimos en la Sentencia citada al art. 15 de la Constitución pone de manifiesto, al menos, que de aquel modo entendida la protección a la vida (y estimo que no hay otra en cuanto ella es el soporte de los derechos subjetivos) la mera consideración de que al *nasciturus* no le sea atribuible por falta de personalidad jurídica formal el derecho fundamental del art. 15 C.E. no es bastante para concluir que a las leyes cuyas prescripciones afectan directamente a la vida humana en desarrollo no les sea exigible que su procedimiento de emanación sea el de ley orgánica aplicándoles para ello la interpretación estricta que para casos menos llamativos hemos otorgado al art. 81.1 C.E. Con esa interpretación, y la ley aquí impugnada lo pone de manifiesto, puede incidirse negativamente, sin la garantía formal que dicho precepto implica, en la protección a la vida de un ser a quien es obligado proteger y por tanto aplicarle todo lo favorable como si hubiese ya nacido. Y esta consideración deberla conducir a la exigencia del carácter de ley orgánica para la aquí impugnada que, por las razones que seguidamente explicaré, es susceptible de lesionar el referido bien". Vid., asimismo, en relación con la interpretación restrictiva del TC en esta materia PARDO FALCON, "A vueltas con el art. 15 CE y otras cuestiones mas o menos recurrentes de nuestro derecho constitucional (un comentario a la STC 212/1996, de 19 de diciembre)", *REDC*, N. 51, 1997, p. 262 y ss.

“(..) A diferencia de otras reservas ordenadoras del sistema de fuentes (así, el art. 168 C.E.), la referencia del art. 81.1 C.E. no se hace a los contenidos generales de los preceptos afectados sino, directamente, a los derechos fundamentales y libertades públicas, de tal modo que ha debido ser este Tribunal quien interpretase qué debe entenderse por tales a los precisos efectos de esta reserva de ley orgánica, habiéndolos identificado, como es sabido, en la Sección 1.<sup>a</sup>, con este epígrafe, del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución [así SSTC 76/83, fundamento jurídico 2.<sup>o</sup>; 160/87, fundamento jurídico 3.<sup>o</sup>]. No basta, pues, con que una determinada exigencia dirigida al legislador, como las que hoy nos ocupan, se encuentre comprendida en uno de los preceptos constitucionales en los que al mismo tiempo se contenga también alguno de estos derechos fundamentales y libertades públicas para que se extienda a aquéllos también el ámbito de la citada reserva de ley orgánica; el entendimiento estricto de esta reserva que viene haciendo este Tribunal impide que la misma se amplíe, más allá del ámbito propio del derecho fundamental, en este caso el derecho fundamental de todos a la vida, a otras exigencias dirigidas al legislador y contenidas en los preceptos de la mencionada Sección 1.<sup>a</sup>, en este caso, al bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida del *nasciturus* tal como ha quedado recogido más arriba. Debe descartarse, en conclusión, que la Ley 42/1988 haya acometido un desarrollo normativo del derecho fundamental de todos a la vida reconocido en el art. 15 de la Constitución en el sentido del art. 81.1 CE, que hubiera debido adoptar, por tanto, la forma de Ley Orgánica”.

Habida cuenta lo anterior, el TC concluye en el F.J. 4 de la Sentencia que comentamos, lo siguiente:

“(..) es claro que la Ley impugnada, en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano...no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el art. 15 CE. Por consiguiente, la ley 35/1988 no vulnera la reserva de Ley Orgánica exigida en el art. 81.1 CE”.

En el voto particular formulado por el Magistrado D. M. Jiménez de Parga, al que se adhiere D. F. Garrido Falla, se critica la interpretación estricta ó restrictiva que mantiene el TC respecto a la aplicación del art. 81. 1 CE. En síntesis, el voto particular se dirige a destacar cómo el contenido de esta norma afecta a la dignidad humana, lo que por sí implicaría su condición de Ley Orgánica, en cuanto aquélla es el tronco del que luego derivan los derechos fundamentales. De esta cuestión nos ocuparemos más adelante, al analizar el *status* jurídico del preembrión.

No obstante, merece descartarse aquí la duda que genera el recurso a la Sentencia 212/1996. Como vamos a ver, la LTRA, a diferencia de la Ley 42/1988, está ordenada a regular la fase previa a la gestación, esto es, el momento anterior a la aparición de lo que jurídicamente conocemos por *nasciturus*. Esta diferencia es posteriormente remarcada por el TC, al señalar que los llamados preembriones no gozan de una protección equiparable al *nasciturus* (F.J. 12). En consecuencia, hubiera sido conveniente comenzar por aclarar si existe en este caso alguna razón adicional que justifique la condición de Ley Ordinaria de esta norma.

Por lo que respecta al contenido material de la Ley, punto donde centraremos nuestro análisis, los temas que resuelve la sentencia son principalmente dos: en primer lugar, el alcance del derecho a la vida y, en segundo lugar, el quebrantamiento a la garantía institucional básica de la familia que provocaría la LTRA, al regular las relaciones paterno-filiales derivadas de la aplicación de las técnicas de reproducción artificial. Estos son, por otra parte, los dos problemas capitales que toda norma que pretenda regular la fecundación artificial tiene que afrontar. Por la trascendencia de los principios y valores en juego, no debe extrañar que esta Ley haya sido amplia y vivamente comentada en nuestra doctrina (3). Bien para verter sobre ella las más fervientes críticas (4), bien para congratularse en el fondo con ella, al margen del reproche más o menos unánime que quepa hacer a las deficiencias técnicas que presenta.

## II. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA VIDA

### 1. Introducción

Como hemos señalado, la Ley 35/1988 tiene por objeto la regulación jurídica de las técnicas de reproducción artificial o asistida y, en cuanto tal, centra su atención en la fase previa a la implantación de los gametos masculinos (inseminación artificial —IA—) en el seno de la mujer o del

---

(3) El origen de la norma se encuentra en el famoso y no menos polémico "Informe Palacios", elaborado por la Comisión especial de estudio de la fecundación "in vitro" y la inseminación artificial humanas, presidida por M. Palacios, de donde toma su nombre. El referido Informe fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión del día 10 de abril de 1986.

(4) Vid., por todos, PANTALEON, "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida" en *Homenaje a Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, p. 641 y ss. La misma interpretación ha mantenido en otros trabajos posteriores en la materia (vid. "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, 1993, p. 129 y ss.).

cigoto o preembrión *in vitro* (fecundación *in vitro* —FIV—) (5). Ello marca la esencial diferencia que separa esta norma de la Ley 42/1988 sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o sus células tejidos u órganos. Mientras la primera centra su atención en los gametos y en el preembrión, la segunda se ocupa de los embriones y fetos y de su posible utilización. En efecto, el legislador aclara en la Exposición de Motivos de la LTRA, las diferentes fases del desarrollo embriológico. Con el término preembrión o embrión preimplantatorio se designa "al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero —acabado el proceso de implantación que se inició días antes—". Por embrión, en cambio, se entiende "a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más". Finalmente, "por feto, como base más avanzada del desarrollo embriológico se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto". Pues bien, la LTRA tiene por objeto regular la primera de las fases enunciadas, dejando para la Ley 42/1988 la regulación de las dos etapas siguientes: la de embrión y feto.

Aclarado así el objeto de la norma de cuya constitucionalidad se ocupa el TC en las Sentencia que analizamos, los problemas que en orden al derecho a la vida se plantean giran entorno al *status* jurídico del preembrión. La cuestión a determinar es si tiene o no fundamento constitucional la protección que la LTRA dispensa al preembrión. Y el primer problema que debemos resolver es si éste entra o no dentro del concepto de *nasciturus* definido por el TC en la famosa y no menos polémica Sentencia 53/1985 de 11 de abril sobre la despenalización parcial del aborto.

## 2. La protección del preembrión en la Sentencia 116/1999

En esta Sentencia, el TC despeja las dudas que inicialmente se planteó en un sector de la doctrina, a la hora de interpretar el término

---

(5) Una variante de la Fecundación *in vitro* es la llamada Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG), que consiste recoger el semen, prepararlo como en la fecundación *in vitro*, mezclarlo con los óvulos pero producir luego la fecundación en las trompas de la mujer, en vez de que ésta tenga lugar *in vitro*.

*gestación*, que según la STC 53/1985 es el punto de arranque del proceso de la vida (6). En su F.J. 5, (STC 53/1985), reza lo siguiente: “..la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina con la muerte..” (7).

Cuando el TC hablaba en la citada Sentencia de gestación no lo hacía de manera impropia: gestación es, se nos reitera en varias ocasiones en la sentencia objeto de nuestro comentario, la implantación en el seno materno; antes, el proceso de la vida que desemboca en el nacimiento de un ser humano no ha comenzado.

El TC sienta lo anterior en el F.J. 10 de la Sentencia 116/1999. Los recurrentes reclamaban se declarase inconstitucional el art. 2.4 LTRA, que permite a la mujer receptora de las técnicas, pedir su suspensión en cualquier momento de su realización, con el argumento de que el mismo permite la paralización, se haya o no producido la transferencia al cuerpo de la madre. Para los recurrentes, ello implicaría admitir tácitamente un nuevo supuesto de aborto. En cambio, el TC contesta lo que sigue:

“Si atendemos a las características de las técnicas permitidas por la Ley..., es manifiesto que las mismas dejan de estar realizándose en el momento en que los gametos masculinos o los preembriones son transferidos al cuerpo de la mujer, iniciándose el proceso de gestación. No hay en la dicción de la Ley motivo que permita interpretar esa posibilidad de suspensión, concedida a la mujer, como una opción permisiva y abierta a un nuevo supuesto de aborto no punible, pues concluida la práctica de tales técnicas, el precepto no autoriza en absoluto a suspender el proceso de gestación”.

En consecuencia, parece claro que la protección como *nasciturus* comenzaría con la gestación (implantación). Ahora bien, en el F.J. 9,

---

(6) Vid., a este respecto, CORRAL TALCIANI, “La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimiento afines”, *RDP*, 1992, p. 206, nota n.º 31.

(7) Como ha señalado RODRIGUEZ-MOURULLO —vid. “Comentario al art. 15 de la Constitución” en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (Alzaga Villaamil coord.), Cortes Generales, Madrid, 1997, t. II, p. 272—, el concepto constitucional de vida es puramente naturalístico. Con ello, el autor quiere significar que éste no se hace depender de valoraciones sociales, si bien éstas pueden condicionar la distinción de varias fases en el proceso del desarrollo de la vida, a las que el ordenamiento puede acordar una protección jurídica dispar.

donde se discutía acerca de la constitucionalidad de las técnicas de investigación que la LTRA permite realizar sobre preembriones, el TC señala:

“Es evidente que la Ley, en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención. Esta apreciación es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del art. 15 CE, por cuanto descartada, incluso por los recurrentes, que la investigación con finalidad diagnóstica, terapéutica o preventiva pueda suponer infracción alguna del art. 15 CE, el resto de las hipótesis a que se refiere la Ley solo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables, es decir, incapaces de vivir en los términos precisados por la STC 212/1996...” Y concluye este F.J. diciendo “No siendo los preembriones no viables (abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados en el sentido más profundo de la expresión) susceptibles de ser considerados, siquiera *nascituri*, ni las reglas que examinamos ni las ulteriores del art. 17...pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana. (8)”

Entonces, ¿en qué quedamos? O bien el preembrión viable en la fase anterior a la implantación es un *nasciturus*, o no lo es. Porque si lo es, cosa que en principio parece deducirse del F.J. 9, acto seguido, el TC no puede decir que la interrupción en cualquier momento del empleo de las técnicas no significa la muerte de algo protegido por el art. 15 CE.

Seguidamente, el TC entra a resolver la alegación de inconstitucionalidad que hacen los recurrentes en relación con los arts. 4, 11.3, 11.4 y 5.1 LTRA. En estos preceptos, la Ley permite que sólo se transfieran al útero el número de preembriones necesario para ase-

---

(8) En el voto particular formulado por el Magistrado Sr. Gabaldón a la STC 212/1996, se criticaba la introducción en la Ley 42/1988 de los conceptos viabilidad-inviabilidad, “categoría equívoca e indeterminada”. El distinto tratamiento que aquella Ley dispensa al embrión y al feto en función de su viabilidad o no es, para este magistrado injustificada: “Aquella argumentación se opone, pues, a la lógica, porque el embrión que pueda calificarse como no viable es porque todavía está vivo, cualesquiera que sean los pronósticos que acerca de sus posibilidades puedan hacerse”. (F.J. 5 y 6 ). Comparte la crítica a la introducción de los conceptos viable/inviable, FEMENIA LOPEZ, “Status” jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido “in vitro”, Mc Graw Hill, 1999, p. 267.

gurar razonablemente el embarazo. Los sobrantes se crioconservarán por un plazo máximo de cinco años, pasando posteriormente a disposición de los bancos correspondientes. Los recurrentes alegaban que tal disposición atenta contra la dignidad humana (art. 10.1 CE) “por cuanto impide el derecho al desarrollo y cosifica el fruto de la concepción”. En cambio, el TC considera (F.J. 11) que “..la crioconservación no sólo no resulta atentatoria contra la dignidad humana, sino que, por el contrario se nos presenta como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes y evitar así fecundaciones innecesarias.....”. Pero para perplejidad añade el TC lo que sigue “..cumple recordar que ni los preembriones no implantados ni con mayor razón los simples gametos son persona humana por lo que el hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 CE) o a la dignidad humana (art. 10.1 CE). En todo caso, su puesta a disposición de los bancos debidamente autorizados y controlados, no supone que por esa circunstancia dejen de serles aplicables los requisitos y garantías previstas en la Ley, particularmente, como ya nos consta, en cuanto a su empleo —fuertemente limitado— en la investigación y experimentación científica”.

En consecuencia, para el TC, los preembriones preimplantatorios no son objeto de protección ni por el art. 10.1 CE ni por el art. 15, porque no son persona humana. Se protegen porque la Ley así lo ha previsto. Ahora bien, ¿dónde encuentra su fundamento tal protección? Si la Ley hubiera sido más permisiva con su utilización ¿sería entonces inconstitucional?

El TC vuelve a reiterar que los preembriones *in vitro* no gozan de la misma protección que los implantados en el seno materno (esto es, que los *nascituri*), en el F.J. 12 de la Sentencia 116/1999. Los recurrentes tachan ahora de inconstitucionales los arts. 12 y 13 de la LTRA. En ellos se prevén intervenciones diagnósticas y terapéuticas sobre el preembrión y sobre el embrión y el feto (9). En concreto, en lo que ahora nos interesa, estiman inconstitucional el art. 12.1 LTRA, que permite, como consecuencia del diagnóstico realizado, “desaconsejar su transferencia para procrear”. El TC señala, en relación con el art. 12.1 LTRA lo siguiente:

---

(9) Estos últimos son objeto de regulación en la Ley 42/1988. Concretamente, en el capítulo II de esta norma se prevén las actuaciones posibles de realizar con embriones y fetos.

“Ahora bien, como queda afirmado con reiteración, los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno. Por ello han de considerarse como suficientes las garantías que en propio precepto se adoptan: en primer lugar, que la enfermedad hereditaria detectada deberá ser tratada si ello es posible y, en segundo lugar, el precepto sólo permite a los profesionales intervinientes desaconsejar su transferencia, por lo que en lo sustancial, la decisión última recae en la madre receptora..”.

De nuevo, volvemos a quedarnos sin saber cuál es el fundamento de la protección del preembrión: ¿hubiera sido inconstitucional permitir a los profesionales que, por sí mismos decidieran destruir los preembriones tras detectar una enfermedad hereditaria en ellos? En conclusión, lo que se desprende de esta sentencia es que los preceptos que regulan el tratamiento de los preembriones vivos *in vitro* no son inconstitucionales; pero no sabemos muy bien por qué. No queda claro si es que en esa fase del desarrollo embrionario no hay ningún principio constitucional que despliegue sus efectos, o si, en cambio, resultando de aplicación, la Ley no los afecta. El TC ha perdido una ocasión única para aclararlo.

#### a) La implantación como criterio determinante de la protección

La distinción entre el periodo anterior y posterior a la implantación en el útero materno como determinante de la aparición del *nasciturus* encuentra su apoyo en la biología (10). Hasta la implantación o anidación, no tenemos más que un conjunto de células que se han ido multiplicando desde la fecundación, pero sin alcanzar hasta ese momento el grado de individualización necesario para adquirir la categoría bioló-

(10) Vid., a este respecto, con abundantes citas bibliográficas al respecto, ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, CEURA, Madrid, 1994, pp. 147 y ss. No obstante, algún sector doctrinal ha discutido que tal distinción, de la que parte el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, tenga respaldo en la genética actual. En este sentido, vid. VILADRICH, “Las motivaciones de la Ley de reproducción asistida y el espíritu de los derechos humanos” en AAVV, *Actas del VI Congreso internacional de derecho eclesiástico*, Valencia, 1992, ed. Generalitat Valenciana, 1993, p. 142. Para este autor, “el invento del preembrión ha sido una necesidad arbitraria de base ideológica para posibilitar el aborto y parta poder decidir con absoluta libertad el destino de los embriones congelados”. Al poner el acento en la implantación, como momento en que se pasa de un conjunto de células que no merecen otra calificación que la de ser mero material genético, lo que pretende el legislador —concluye este autor—, es dar carta blanca para hacer lo que al científico venga en gana.

gica de individuo. Hasta ese momento no se sabe si el proceso que se ha iniciado con la fecundación culminará en un embarazo. Ahora bien, a diferencia de la fecundación conseguida por métodos naturales, esa incertidumbre en cuanto a la evolución misma del preembrión no existe cuando éste se obtiene *in vitro*. Por ello, algunos autores han criticado que en la fecundación *in vitro* la incertidumbre en cuanto a la propia generación y evolución inicial del preembrión pueda ser empleada como fundamento para descartar la aplicación del art. 15 CE (11). En cambio, como ha señalado ROMEO CASABONA, "...a pesar de contener ya su código genético propio, no está asegurada su continuidad biológica de forma natural, su desarrollo completo está condicionado por su posterior implantación en una mujer". Ello justifica que no reciba la misma protección que el *nasciturus* (12).

A mi juicio, tal interpretación es acertada. *Nasciturus* es el que va a nacer. Y sin implantación en el seno materno, el producto de la fecundación *in vitro* no va a nacer, porque su total desarrollo depende de la implantación o anidación en el seno materno. Si se me permite la expresión, todavía los niños no nacen de una probeta (13). Con todo, ello no implica que no deba otorgarse protección jurídica alguna al preembrión. A ello dedicaremos el siguiente apartado.

#### b) Fundamentos jurídicos de la protección del preembrión

Desde un plano general, algunos autores han convenido que la protección del *concepturus* ha de ir encaminada a prevenir su manipulación, y a convertirlo en un *nasciturus* (14).

Otros autores, en cambio, han dado un paso más en la concreción de los principios y derechos que entran en juego en la protección del

---

(11) Vid., a este respecto, VILA-CORO, "Los derechos del menor en la nueva genética", *RGD*, 1992, abril, p. 2490; FEMENIA LOPEZ, "Status" jurídico del embrión humano..., *op.cit.*, p. 263.

(12) En cambio, para BUSTOS PUECHE —vid. *El derecho civil ante el reto de la nueva genética.*, Dykinson, 1996, p. 87—, "El latín no puede disipar el confusionismo. *Nascituri* significa los que van a nacer y, por tanto, el preembrión es *nasciturus* en sentido pleno: otra cosa es que no le dejen".

(13) Vid., en este sentido, MARTINEZ CALCERRADA, "El derecho a la vida y a la integridad física", *Actualidad Civil*, 1987. 1, p. 1253. Asimismo, para ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética.*, *op.cit.*, p. 154, si fuera posible el completo desarrollo, podría hablarse de vida humana en formación desde el estadio de la fecundación.

(14) Vid., MARTINEZ CALCERRADA, "El derecho a la vida...", *cit.*, p. 1254; ROMEO CASABONA, *ibidem*, p. 154;

preembrión. A este respecto, ROCA TRIAS ha considerado que la protección jurídica del embrión, entendiéndose por tal también al llamado preembrión o embrión preimplantatorio, encuentra su fundamento en el derecho a la salud (la protección que se concede al embrión está dirigida a proteger la salud individual del futuro ser vivo y forma parte de la política general de mantener la población sana) (15). Para la autora, el valor que protege la Ley 35/1988 es el valor superior vida. Tal es así que considera que la principal diferencia existente entre la Ley 35/1988 y la 42/1988 reside en que la primera se parte del embrión vivo, mientras que la segunda parte del embrión que no lo está o que, estándolo, no es viable. El punto clave lo encuentra por tanto la autora en el dato de que el embrión esté vivo o que sea clínicamente viable "porque la razón de ser de la protección es el objeto, es decir, el bien jurídico protegido vida, dado que nos encontramos en una de las fases del proceso descrito por el TC en la ya aludida sentencia 53/1985. Sólo la existencia de vida en el sentido biológico del concepto obliga a tomar determinadas medidas que pueden ser consideradas insertas dentro del estatuto jurídico del embrión". Y apostilla, "Ello obliga a que las manipulaciones a que se someta el embrión tengan por objeto procurar la salud.....Cualquier ser vivo humano, y el embrión lo es, está incluido en la protección constitucional a la salud que ofrece el art. 43 CE".

Por su parte, VALLE MUÑIZ y GONZALEZ GONZALEZ han defendido que la protección del preembrión se fundamenta en la dimensión institucional de los derechos fundamentales y en la funcionalización de su contenido (16). En efecto, tanto la doctrina como el propio TC han reconocido el doble carácter (subjetivo y objetivo) de los derechos fundamentales. A este respecto, PEREZ LUÑO (17) ha señalado que los derechos fundamentales aparecen en la normativa constitucional "como un conjunto de valores objetivos básicos, y al propio tiempo, como marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas". En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales han dinamizado su propia significación al añadir a su función de garantía de las libertades existentes, la descripción anticipadora del horizonte emancipativo a alcanzar. De este modo, los derechos fundamentales han devenido "un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los pode-

(15) "El derecho perplejo: los misterios de los embriones", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N. 1, 1994, p.139 y ss.

(16) Vid. "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal", *PJ*, N. 26, 1992, p. 125 y ss.

(17) *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 3.ª ed., 1988, p. 20 y ss.

res públicos". En definitiva, concluye este autor, en el plano objetivo, los derechos fundamentales "han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionales proclamados".

Como decimos, el TC no ha sido ajeno a la doble función que desempeñan los derechos fundamentales y, así, de forma expresa lo reconoce en la Sentencia 25/1981 de 14 de julio, cuando proclama lo siguiente en su F.J. 5.º:

"En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1.º)."

O la STC de 15 de junio de 1981, en cuyo F.J. 10.º se señala que

"...los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal....que han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico".

Pues bien, esa funcionalización de los derechos fundamentales ha servido a VALLE MUÑIZ y GONZALEZ GONZALEZ para defender la protección constitucional de los preembriones, en la medida en que la utilización abusiva de las técnicas genéticas puede imposibilitar la presencia de todos los atributos con que la Constitución protege al ser humano: "No se trata, pues, de proteger al óvulo fecundado en sí mismo —concluyen estos autores—, sino de tutelar intereses jurídicos que emanan del cuadro valorativo constitucional, adelantando el momento de la prohibición a las manipulaciones ilícitas sobre preembriones" (18). Una interpretación similar ha sido defendida entre la doctrina civilista por BUSTOS PUECHE (19). En su opinión, la vida humana y la integridad física son principios generales del Derecho y, en cuanto tales, vinculan a todos, especialmente al legislador.

---

(18) *Op.cit.*, p. 128.

(19) *El derecho civil ante el reto....op.cit.*, p. 89 y ss.

Como señalamos al comienzo de este trabajo, en el voto particular formulado por el Magistrado D. M. Jiménez de Parga, se ponía de manifiesto este valor que el TC parece no ha reconocido a la dignidad humana. Así en el F.J. 1, señala que "La dignidad humana es un valor jurídico fundamental", concretando luego, en el F.J. 3 lo siguiente: "Tronco del árbol de derechos inviolables, germen o núcleo de ellos, la dignidad de la persona es un valor constitucional que exige la máxima protección de los poderes públicos en un Estado de Derecho".

En cambio, como ya hemos indicado, el TC pone el acento en el aspecto subjetivo de los derechos fundamentales: como los preembriones no son persona humana, ni gozan de una protección equiparable a los embriones ya transferidos al seno materno, difícilmente la puesta a disposición de los bancos pasado determinado período de tiempo puede resultar contrario al derecho a la vida o a la dignidad humana (F.J. 11 y F.J.12). En este punto, debemos hacer una observación, prueba una vez más de lo contradictorio de la argumentación mantenida por el TC en esta sentencia. En el F.J. 4, donde se razona la no aplicación a esta Ley del art.81.1 CE, el TC señala:

"(..) No obstante, debemos descartar de nuestro análisis toda referencia a este último concepto —la dignidad de la persona, art. 10.1 CE—, pues como queda dicho, la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 de la Constitución ha de entenderse referida a los derechos y libertades públicas regulados en la sección primera del capítulo segundo del título I, entre los que, obviamente, no se encuentra la dignidad de la persona que, además, es reconocida en nuestra Constitución como fundamento del orden político y de la paz social".

*A priori*, como vemos, el TC no descarta el juego que pueda tener la dignidad de la persona en la regulación de la Ley; lo que dice es que ello no implica que la Ley deba ser Orgánica, pues el art. 10.1 CE cae fuera de los derechos y libertades públicas regulados en la sección primera del capítulo segundo del título I de la CE. En cambio, insistimos, en el F.J. 11 se mantiene que ni los preembriones ni los gametos, con mayor razón, son persona humana, con lo que difícilmente se puede lesionar el derecho a la vida o ir en contra de la dignidad de la persona.

Sin duda, creo que la LTRA regula cuestiones que afectan a la dignidad humana; y entiendo que, con todo, el TC no ha sido ajeno a ello. Otra cosa es que con su alambicada argumentación no quede claro qué juego puede tener en la regulación de las técnicas de reproducción

asistida. Aun incurriendo en contradicción, de otra manera no cabría entender el F.J. 4 al que nos hemos referido, ni el F.J. 9 cuando, de nuevo, recurriendo a la STC 212/1996 (F.J. 5), admite la constitucionalidad de las normas que regulan las actuaciones sobre los embriones o fetos no viables —aplicado ahora a los preembriones—, por considerar que son “por definición embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir frustrados ya en lo concerniente a aquella dimensión que hace de los mismos un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto constitucional (art. 15 CE)..., por más que la dignidad de la persona pueda tener una determinada proyección en determinados aspectos de la regulación de los mismos... (20)”

En todo caso, aunque no llegue a realizarse esa objetivización de los derechos fundamentales, y se piense que la dignidad de la persona sólo entra en juego cuando se refleja en derechos constitucionales subjetivamente atribuidos a una persona, la manipulación y el trato denigrante que tanto los gametos como los preembriones pudieran sufrir afectaría a la dignidad de las personas. Tales personas no son otras que aquéllas de donde proviene el material genético posteriormente empleado para la obtención del cigoto o preembrión. Iría en contra de mi dignidad como persona (art. 10.1 CE) y contra mi integridad moral (art. 15 CE) la manipulación o el empleo indigno de mis células reproductoras (21). Del mismo modo, afectaría a la integridad física y a la dignidad de las personas que fueran receptoras en su caso de los preembriones que hubieran sido manipulados, provengan o no de ellas el material genético empleado para la fecundación.

La vida humana no se transmite sin la participación de hombre y la mujer. Ese continuo proceso de transmisión en que los seres humanos participamos debe ser observado con el mayor respeto. Respeto para las células reproductoras, y respeto, como no, a mayor abundamiento para el preembrión con ellas generado, que encierra ya una potencialidad de vida humana independiente. El *concepturus* no es la nada; es cuanto menos una parte del hombre y de la mujer de donde procede, que encierra una potencialidad de vida, aunque todavía no haya alcanzado individualidad propia.

No debemos olvidar, que tal es la protección que la comunidad internacional otorga a la vida en los primeros estadios de su formación.

(20) La cursiva es mía.

(21) Téngase en cuenta que el Código Penal —art. 161—, tipifica como delito la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto de la procreación humana, así como la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

El respeto por la dignidad humana ya latía en los Principios enunciados en el Informe del Comité *ad hoc* de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas (CAHBI), publicado en el año 1988, en el seno del Consejo de Europa. Y tal es el principal objetivo de la reciente Convención del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y la biomedicina (Convención para la protección de los derechos del hombre y de la dignidad del ser humano a la luz de las aplicaciones de la biología y de la medicina) firmado en Oviedo, el 4 de abril de 1997, así como su Protocolo adicional, firmado en París el 12 de enero de 1998. En el Preámbulo de la citada Convención, que España ha ratificado con fecha 1 de septiembre de 1999, (BOE, 20-10-1999), y acaba de entrar en vigor el 1 de enero del año 2000, se deja constancia de la convicción de los países miembros del Consejo de Europa y demás Estados signatarios, “de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como individuo y como parte de la especie humana, reconociendo la importancia de asegurar su dignidad”, así como de la existencia de actos que podrían poner en peligro la dignidad humana por un uso impropio de la biología y la medicina. A este respecto, el art. 2 de la citada Convención señala que “El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia”. La misma preocupación late en el Protocolo adicional de París, en que se adoptan varias disposiciones que tienen por finalidad prohibir la clonación humana “la instrumentalización del ser humano —reza en su Preámbulo—, por la creación deliberada de seres humanos genéticamente idénticos es contraria a la dignidad del hombre y constituye un uso impropio de la biología y de la medicina” (22).

El TC debería haber analizado cada una de las actuaciones que la Ley permite realizar sobre los gametos y sobre los preembriones, a la luz de estos principios. Desde este punto de vista, no considero inconstitucional que se transfieran al útero materno solamente los preembriones que el equipo médico considere adecuado, crioconservando los demás. De otro modo, se podría poner en peligro la salud o la vida de la madre, interés cuya prioritaria protección pocos discutirán. Opinión diferente me merece el apartado segundo del art. 5, sobre el que curiosamente los recurrentes no extienden su petición de inconstitucionalidad. En virtud de este precepto, “La donación sólo será revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles”. A mi juicio, esta

---

(22) España, junto con la mayor parte de los países firmantes, aún no ha ratificado el referido Protocolo.

limitación al poder de revocación del donante (por infertilidad sobrevenida) atenta contra la integridad moral del donante y afecta a su dignidad como persona: alguien que, por la razón que fuere cambia de parecer en orden a su reproducción, viene obligado a soportarla. Creo que tal previsión legal confiere un tratamiento indigno a las personas, a las que derechamente trata como máquinas de reproducir, sin tomar en cuenta cualquier valoración ética o moral. Más dudas me plantea, por último, la constitucionalidad de los preceptos donde se regula la investigación y experimentación que es posible realizar sobre gametos y preembriones (arts. 14, 15, 16 y 17 LTRA). La deficiente técnica empleada en su redacción genera cierta confusión a la hora de averiguar la licitud de los límites que la Ley reconoce en la práctica de tales técnicas. En todo caso considero que en aquéllo en que la LTRA se aparte de procurar un bienestar al preembrión, para favorecer su implantación y posterior desarrollo, como un ser vivo sano, debe caer bajo la sospecha de inconstitucionalidad.

### III. LA RELACION JURIDICO-FAMILIAR DEL NACIDO MEDIANTE LA APLICACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

#### 1. *Introducción*

El segundo motivo de inconstitucionalidad se dirige a poner de relieve que la institución familiar, tal y como la concibe nuestra CE, resulta afectada por los arts.1.1; 5.1 y 5; 6.1 y 7 a 10 de la LTRA. En estos preceptos se dibujan las relaciones paterno-filiales que se derivan de la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Se permite que *toda* mujer (casada o no) pueda ser receptora de las mismas; se determina la condición de anónimo del donante, con lo cual, la filiación biológica no coincidirá con la legal, y se impide al hijo la investigación de la paternidad, derecho constitucionalmente consagrado en el art. 39 CE.

Para un mejor análisis, vamos a ver, en primer lugar, qué ha de entenderse por familia, como institución protegida constitucionalmente. Una vez determinado lo anterior, analizaremos en qué medida las normas específicas sobre filiación contenidas en la Ley 35/88 pueden ser tachadas de inconstitucionales.

#### 2. *La familia constitucional*

Para el recurrente, la familia a la que la Constitución otorga protección (de forma indirecta en los arts. 9, 10, 15, 32, 33, y directamente en

el art. 39 CE), es la familia matrimonial; esto es, la que surge del matrimonio heterosexual, del que luego "se desprenden relaciones paternofiliales, determinadas legalmente con arreglo al principio de seguridad jurídica".

Ahora bien, como ha venido reconociendo el TC y, en la actualidad defiende un importante sector doctrinal, el constituyente desvinculó la familia del matrimonio (23). En la CE se plasmó un sistema adaptable a las necesidades sociales de cada época en concreto. En consecuencia, lo que sea familia en un momento determinado dependerá de elementos sociales y culturales cambiantes; y todas ellas reciben amparo en nuestra Constitución. Siendo así, que duda cabe que, en la actualidad, tan familia es la formada por una madre o un padre sólo con su hijo, sea cual sea el origen de la filiación (hijo matrimonial, extramatrimonial o adoptado), como la constituida por un matrimonio con su prole. Y ello, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la reali-

---

(23) Vid., entre otros, LACRUZ, SANCHO y otros en *Elementos de Derecho civil IV. Derecho de familia*, vol.1, Bosch, 4.ª ed., 1997, p. 24; ROCA TRIAS, "Familia, familias y derecho de la familia", *ADC*, 1990 II, pp. 1055 y ss.; LLEBARIA SAMPER, *Hacia la familia no matrimonial*, Cedecs, Barcelona, 1997. En cambio, CASTAN VAZQUEZ *Derecho civil español, común y foral*, Reus, 1983, 10.ª ed., p. 95, ha defendido un concepto constitucional de familia circunscrito a la que se origina con el matrimonio. Para ello se remite a la interpretación mantenida por el constitucionalista SANCHEZ AGESTA. Para este autor —vid. *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 6.ª ed., Edersa, 1991, p. 205—, "familia es, en nuestra Constitución, el grupo constituido por un hombre y una mujer que han contraído matrimonio para vivir en comunidad conyugal duradera...". Otro ha sido el concepto de familia constitucional defendido por el TC. Así, en la STC 222/1992, se señala lo siguiente (F.J. 5): "Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresan". Tampoco debemos olvidar, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también ha venido a declarar que la familia no es sólo la que deriva del matrimonio. Así lo puso de manifiesto en el F.J. 44 de la sentencia en que resolvía el recurso interpuesto por el sr. Keegan contra el Reino de Irlanda. En síntesis, el sr. Keegan había dejado embarazada a su novia, con la que tenía planes de contraer matrimonio. La relación se rompe y, a pesar de que el sr. Keegan se había mostrado conforme en tener el hijo, su novia le impide mantener contacto con él, y decide darlo en adopción sin su consentimiento. El TEDH declara que la noción de familia incluye no solamente las relaciones matrimoniales. Esta noción, señala, puede de hecho englobar otras situaciones *de facto*, fuera del matrimonio. Queda así encuadrada la relación de la criatura nacida con sus progenitores en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que proclama el derecho de todos al respeto de su vida privada y familiar.

*dad de los comportamientos sociales — la familia que encuentra su origen en el matrimonio* (STC 222/1992, F.J. 5, y F.J. 13 de la STC 116/1999, que venimos comentando). Como señala el TC (F.J. 13), “es perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional la disociación entre progenitor biológico y padre legal”. Tal disociación tendrá lugar en caso de fecundación heteróloga (con material reproductor de tercero) (24), o en la fecundación artificial homóloga (con material reproductor de la pareja que desea someterse a las técnicas), en caso de fallecimiento del varón sin consentir la posterior inseminación de la mujer —arts. 8 y 9 LTRA—. A continuación veremos los problemas que tal disociación plantea, habida cuenta que el legislador parte de la condición anónima del donante (25).

### 3. *La protección de la identidad del donante en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida*

Nos disponemos ahora a analizar uno de los principales problemas de constitucionalidad que presenta la LTRA, y que no es otro que la protección legal del anonimato del donante. En efecto, en virtud del art. 5 LTRA y por remisión, el art. 8.3, la donación será anónima, manteniéndose los datos acerca de la identidad del donante en el más estricto secreto. Para garantizar que ello sea así, la Ley determina la responsabilidad de los equipos biomédicos y de la propia Dirección de los Centros o Servicios en que trabajan, si violan el deber de guardar secreto (art. 19. 2 y 20.2.B, j). No obstante, se reconoce tanto a las receptoras de los gametos como a los hijos el derecho a obtener información general sobre el donante, excepción hecha de su identidad (art. 5.5 LTRA). Esta sólo podrá revelarse en supuestos excepcionales, que el legislador concreta en aquellos casos en que exista peligro para la vida

---

(24) Normalmente, nos referiremos a los supuestos en que el donante es el hombre, si bien cabe que una mujer done sus óvulos. En tal caso, la madre será la que geste al hijo (véase el art. 10 LTRA que, una vez declarado nulo el contrato por el que se convenga una gestación de sustitución se señala que la filiación de los hijos nacidos en tal caso, será determinada por el parto).

(25) Para ALBALADEJO, vid. *Curso de derecho civil IV. Derecho de familia*, Bosch, 8.ª ed., 1997, p. 273, tal disociación entre la filiación legal y biológica “no se da por capricho, sino que la ley ha estimado que en estos casos, en virtud de la artificialidad del procedimiento y circunstancias que concurren en la procreación del hijo que se engendra, su filiación legal puede ser preferible que se base más que en la naturaleza, en la voluntad de asumirlo como hijo, parecidamente —podría decirse— a como ocurre en la filiación adoptiva”.

del hijo o que proceda conforme a las normas procesales penales (art. 5.5 *in fine*). Con todo, si por esta vía llegara a conocerse la identidad del donante, ello no implicará en ningún caso la determinación legal de la filiación, tal como declara el art. 8.3 LTRA.

El anonimato del donante de gametos ha sido uno de los temas más polémicos que ha planteado la fecundación artificial. A este respecto, en el seno del Consejo de Europa, el Comité ad hoc de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas (CAHBI), publicado en 1988, enunció lo siguiente en su Principio n.º 13: "El médico y el personal de un establecimiento que utilice las técnicas de procreación artificial deben preservar el anonimato del donante y, sin perjuicio de las disposiciones de la ley nacional en caso de procedimiento judicial, el secreto de la identidad de los miembros de la pareja así como el secreto sobre la procreación artificial en sí misma. En caso de necesidad en interés de la salud del hijo, puede suministrarse información acerca de las características genéticas del donante. Sin embargo, el derecho nacional puede prever que el hijo, a una edad apropiada, tenga acceso a la información relativa al modo de su concepción e incluso a la identidad del donante".

Este principio proclama ya las distintas soluciones que cabe mantener acerca del carácter anónimo del donante. Así, en Gran Bretaña, uno de los países pioneros en el desarrollo de las técnicas de reproducción artificial, se creó en 1982 una comisión presidida por la filósofa Mary Warnock. De los trabajos de la comisión resultó, en 1984, el conocido "Informe Warnock", que se ha convertido en un importante referente para legisladores (entre ellos, el nuestro) y, en general, para quienes desde entonces se han acercado al estudio jurídico de la fecundación artificial. En el Principio n.º 18 se establece lo siguiente "Como medida de buen procedimiento cualquier tercero que done gametos para el tratamiento de esterilidad debe ser desconocido para la pareja antes, durante y después del tratamiento; igualmente el tercero no debe tener conocimiento de la identidad de la pareja asistida". No obstante lo anterior, en el Principio n.º 20 se enuncia que "Al llegar a la edad de dieciocho años la persona debería tener acceso a la información básica acerca del origen étnico del donante, así como de su salud genética, para lo cual se actualizará la legislación, a fin de reconocer el derecho a este acceso.". Por último, debemos mencionar el Principio n.º 52 donde se establece que "Debe modificarse la ley de manera que el donante de semen carezca de derechos y deberes paternales respecto al niño" (26).

(26) Este Informe, así como otros pormenores de su gestación, aparece en M. BOLADERAS CUCURELLA, *Bioética*, ed. Síntesis, Madrid, 1998, pp. 139 y ss.

Las posibles soluciones legislativas al problema del anonimato oscilan pues, desde leyes como la sueca de inseminación artificial, de 20 de diciembre de 1984, que permiten al hijo, si lo desea, conocer la identidad del donante, cuando alcance cierto grado de madurez (art. 4), a normas que, como la nuestra, sólo en situaciones excepcionales permiten revelar su identidad (27).

Nuestra Ley parte de un anonimato relativo: los hijos pueden obtener información general de los donantes excepción hecha de su identidad, que sólo se podrá revelar en supuestos excepcionales. Ahora bien, para los recurrentes, el art. 5.5. de la LTRA es inconstitucional por vulnerar el art. 39.2 de la CE, en cuya virtud "La Ley posibilitará la investigación de la paternidad". Desde esta perspectiva el TC declara que "la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional por infringir lo dispuesto en el art. 39.2 CE, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad" (F.J. 15). Y, según el TC, existen tres motivos que justifican la restricción de la investigación de la paternidad en este caso. En primer lugar, el TC pone de manifiesto la finalidad que pretende la investigación de la paternidad (determinación de la relación paterno-filial), que en este caso no procede:

*"Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a construir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 CE".*

Partiendo de ahí, el TC considera, en segundo lugar, que la protección de la identidad del donante no implica una desprotección de los hijos en la medida en que la Ley determina el anonimato del donante con un carácter relativo. En efecto, aquélla cede ante el interés superior

---

(27) La citada Ley, que fue la primera norma europea dictada en la materia, se recoge en la Ponencia dictada por GÖRAN EWERLÖF, bajo el título "Swedish legislation on artificial insemination", pp. 65 y ss. *II Congreso Mundial Vasco, sobre La filiación a finales del siglo XX*. Universidad del País Vasco, 1988.

del hijo cuando concurren circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para su vida (art. 5.5 *in fine*). Asimismo, el inciso segundo del art. 5.5 permite a los hijos obtener información general de los donantes, excepción hecha de su identidad.

Sentado lo anterior, el TC concluye que la limitación a la investigación de la paternidad encuentra también fundamento en la protección del derecho a la intimidad de los donantes, lo que contribuye asimismo a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción. En consecuencia, se rechaza la alegada inconstitucionalidad del art. 5 de la LTRA.

Vistos los fundamentos que emplea el TC para defender la constitucionalidad de la protección de la identidad del donante, vamos a centrarnos en cada uno de ellos.

a) La libre investigación de la paternidad: alcance del art. 39.2 CE

Como acabamos de ver, el TC hace una interpretación conjunta del art. 39.2 y 3 de la CE: si la Ley ha de permitir la investigación de la paternidad, es en la medida en que con ello se puede determinar la filiación del progenitor respecto de su hijo, viniendo aquél obligado a prestarle la asistencia debida. Ahora bien, si la Ley parte de que tal vinculación jurídica no ha de producirse entre el donante y el hijo, entonces el conocimiento de la identidad de aquél escapa del ámbito del art. 39.2 CE. Lo que no aclara el TC es cuál es el fundamento de la inmunidad jurídico-familiar del donante respecto del hijo, paso ineludible para resolver acerca de la aplicación del art. 39 CE.

La doctrina, como era de esperar, no se ha mostrado pacífica a la hora de entender si el principio de la verdad biológica consagrado constitucionalmente en el art. 39 CE debía sufrir una excepción en aquellos supuestos de fecundación heteróloga. Hay autores que descartan la aplicación del art. 39 CE en estos supuestos (a). Otros, en cambio, consideran que, en determinados casos, la filiación debe poder establecerse en protección del hijo (b). Por último, hay autores que reclaman el derecho a conocer la identidad del donante, aun cuando de ello no se derive una relación paterno-filial entre el donante y el hijo (c).

a) Uno de los autores que ha defendido la inaplicabilidad del principio de verdad biológica ha sido LACRUZ. En su opinión, de la Constitución no cabe deducir el derecho de cada uno a tener un padre, sino la responsabilidad del procreador por sus actos de procreación (28). ¿Cabría

(28) "La Constitución y los hijos artificiales", *Actualidad Civil*, 1987. 2, p. 2035.

hacer responder al donante? —se pregunta el autor—. A su juicio, la respuesta ha de ser negativa. En primer lugar, la intervención decisiva es la de la madre, pues la fecundación no tendría lugar sin su solicitud. En segundo lugar, este autor considera relevante el dato de la intercambiabilidad y la aleatoriedad del material reproductor, que la LTRA proclama en el art. 6.5. Ello conlleva para LACRUZ poder hablar de una suerte de *exceptio plurium concubentium* intencional de que dispondría el donante frente a la receptora y al hijo. Por último, este autor hace referencia a la *ratio* del art. 39.2 CE, que no estaba pensando en un supuesto como el contemplado en la Ley, sino que se encuentra ordenado a solucionar una problemática bien distinta (la del hombre que escapa a sus responsabilidades dejando el hijo al cuidado de la mujer, y la del esposo que, ante la infidelidad de la esposa tenía que pechar con el hijo fruto de su adulterio) (29).

b) Uno de los principales defensores de esta interpretación ha sido PANTALEON (30). Este autor estima inconstitucional el art. 5.5 LTRA, en relación con el art. 39.3 y el art. 24.1 CE, al cercenar la posibilidad de obtener el cumplimiento de los deberes fundamentales que corresponden a un padre respecto de su hijo, en los casos en que la madre no estuviese casada o no conviviese *more uxorio*, o en aquellos supuestos en que la fecundación artificial se hubiera realizado sin el consentimiento eficaz de su marido o compañero. Para este autor, la inmunidad jurídico familiar del donante no puede defenderse en estos supuestos.

Para evitar llegar a esta situación —prosigue PANTALEON— el Centro ha de asegurarse de que el consentimiento prestado por la pareja de la mujer es eficaz, o de que el donante consiente expresamente que su semen sea empleado para fecundar a una mujer sin pareja. De no ser así, el donante podrá dirigirse contra el citado Centro médico y reclamar responsabilidad civil derivada del daño que le irroga la determinación de la filiación respecto del hijo. Ante una eventual insolvencia del Centro, o del médico, el donante deberá soportar el

---

(29) En el mismo sentido vid. R. BERCOVITZ, "La filiación inducida y las clasificaciones legales", *La filiación a finales del siglo XX*, p. 122; DIEZ-PICAZO, intervención en el grupo de trabajo constituido en la DGRN sobre "Problemas civiles que plantean la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Suplemento*, N. 3, 1986, p. 26.

(30) "Contra la Ley sobre técnicas de Reproducción Asistida", cit., p. 662 y ss. En este sentido vid., entre otros, DELGADO ECHEVARRIA, "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde", *La filiación a finales del siglo XX*, cit., p. 216; SANCHO REBULLIDA, "Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española", *La filiación a finales....cit.*, p. 110; BUSTOS PUECHE, *El derecho civil ante el reto...*, op.cit., p. 149 y ss.

perjuicio, no el hijo, pues “al fin y al cabo nada le obliga a donar su espermia (a gente de dudosa solvencia)”. Por último, PANTALEON cierra su argumentación comparando al donante de semen con “el varón que una buena o mala noche sin deseo alguno de tener un hijo con ella, mantuvo relaciones sexuales y dejó embarazada a una mujer, que le había asegurado que tomaba anticonceptivos y que, caso de fallar éstos, abortaría o se ocuparía ella sola de la criatura, sin reclamarle nada ni revelar nunca su identidad.. Es completamente absurdo —concluye— convertir la paternidad y los deberes a ella inherentes en una suerte de castigo de las relaciones sexuales”.

Entiendo, en cambio, que la posición de ambos frente al Derecho no debe ser la misma. Cuando una persona mantiene una relación sexual, aun cuando no desee tener un hijo, está asumiendo el riesgo de la procreación. Riesgo que puede reducir, pero no eliminar, empleando métodos anticonceptivos. En definitiva, quien yace carnalmente asume el riesgo de traer un hijo al mundo y, en consecuencia, de sufrir una eventual reclamación de paternidad, riesgo que se deriva de un acto voluntariamente realizado. En cambio, los gametos donados son un instrumento para una finalidad que la Ley protege y ampara: permitir a determinadas personas procrear y fundar familias. La figura del donante se necesita en la medida en que el material reproductor no se puede obtener artificialmente. De ser esto posible, aquélla desaparecería. Son otros los que provocan con su comportamiento el nacimiento del hijo: la madre sola fecundada, o la pareja que se somete a estas técnicas. Ello no significa una sanción a las relaciones sexuales. Simplemente, que el Derecho debe valorar de forma distinta la fecundación artificial, basada en la donación de gametos de alguien a personas indeterminadas, que la fecundación que se produce por medios naturales.

c) Otros autores, en cambio, matizan el alcance del derecho constitucional que asiste al hijo procreado con semen de donante a descubrir su identidad. Tal es el caso de RIVERO HERNANDEZ, en cuya opinión, el hijo debe poder conocer la identidad del donante, sin que quepa en ningún caso determinar la filiación respecto de él, con base en principios que escapan del art. 39 CE (31).

---

(31) “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, *La filiación a finales del siglo XX, cit.*, pp. 152 y ss.; BLASCO GASCO, “La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación”, *ADC*, abril-junio 1991, pp. 702 y 703. En el mismo sentido parece apuntar también QUESADA GONZALEZ, *vid.* “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *ADC*, abril-junio 1994, p. 290 y ss.

Ciertamente, como pone de manifiesto este autor, la investigación de la paternidad sin pretender por ello la determinación de la filiación, no se contempla en el Código civil. El CC no reconoce una acción de investigación de la paternidad al margen de las acciones de filiación previstas en los arts. 127 y ss.; la investigación de la paternidad o descubrimiento de la verdad biológica se consigue a través del ejercicio de estas acciones, inaplicables según RIVERO, al caso que nos ocupa. Ello conlleva acudir a los principios generales del Derecho y, en particular, al art. 10.1 de la CE. RIVERO pone el acento en la trascendencia de la herencia genética en la persona y en la conformación de su personalidad. Así, hay datos que, amén de los puramente biológicos interesan a las personas "(por ejemplo si su padre es un hombre bien plantado o no, y cómo envejece, y muchas otras cosas que con un poco de imaginación cabe adivinar)". Todo ello excede, según este autor, de la relación jurídica de filiación, afectando a su dignidad como persona; toda persona tiene, en definitiva, derecho a conocer su origen, "la estructura profunda y causal de su personalidad, elementos que contribuyen a formarla o deformarla". En cambio, y en la medida en que en nada afecta a la personalidad del donante si a su desarrollo físico o psíquico, el donante no tiene derecho a conocer la identidad del hijo.

En relación con el perjuicio de orden psicológico que puede padecer el hijo, RIVERO establece un primer punto de conexión entre la situación del hijo nacido mediante fecundación heteróloga y el adoptado. Éste, se dice, puede sufrir un grave daño psicológico si llega a descubrir su verdadero origen a través de terceras personas: una información natural y abierta favorece la relación de los padres adoptivos con el adoptado y evita graves traumas psicológicos que el engaño sobre el origen biológico del hijo podría causarle.

El segundo punto de conexión entre la fecundación heteróloga y la adopción lo encuentra RIVERO en el CC y en la legislación del Registro civil. En virtud del art. 180.4 CC "la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción". En consecuencia, el adoptado puede conocer su origen, sin que ello afecte a la relación paterno-filial establecida entre éste y el / los / adoptante /s/. Por su parte, el art. 22 RRC permite al adoptado mayor de edad obtener certificación del Registro, sin requerir para ello autorización especial. Siendo ello cierto, también se ha planteado si, incluso para el Registro Civil, puede preservarse la identidad de los padres naturales (la madre en todo caso), conocida por el servicio médico que atiende el alumbramiento. La cuestión no ha estado exenta de polémica pues, al lado del interés de los padres biológicos y del derecho-

deber del personal médico de guardar secreto profesional, se encuentra el interés personal del hijo y el interés público en la constatación del estado civil (32). No obstante, el art. 167 *in fine* del RRC previene, en relación con el parte de nacimiento que emite el personal sanitario, que éste no se referirá a la madre contra su voluntad, figurando entonces el hijo como de madre desconocida (33). El TS, en reciente sentencia de 21 de septiembre de 1999, ha entendido derogados, por inconstitucionalidad sobrevenida, éste y otros preceptos de la LRC y su Reglamento, en cuanto obstaculizan al hijo el conocimiento de la identidad de la madre. Sería discriminatorio que ello sucediera en la filiación materna extramatrimonial en comparación con la matrimonial, en que la identidad de la madre no se puede ocultar por su libérrima decisión, vulnerándose entonces los arts. 14 y 39.2 CE; asimismo, se considera que atenta contra el art. 10.1 CE, pues el conocimiento de la identidad del hijo concierne a la dignidad de la madre y del hijo, a los derechos que le son inherentes y al libre desarrollo de su personalidad (34). Esta Sentencia, por de pronto, ha obtenido inmediata respuesta en el Ministerio de Justicia, que acaba de dictar la Orden de 10 de noviembre de 1999 sobre cuestionario para la declaración de nacimiento al Registro Civil —BOE núm. 280, de 23 de noviembre—, acatando su doctrina.

Con todo, estimo que el recurso a la adopción no ha de servir para dar una solución al problema que aquí planteamos. La adopción —así lo señala la Exposición de Motivos de la Ley 21/1987 de reforma del CC y la LEC en la materia— ha de cumplir una función social, que no es otra que la protección de los menores privados de una vida familiar normal. De ahí que los principios fundamentales de la adopción sean la integración familiar del adoptado, y la protección de su interés, por encima del de las demás personas intervinientes en ella (padres naturales y adoptivos). De este modo, en la adopción se parte de una situación de necesidad (la del menor que carece de vida familiar normal), creada por las particulares características de sus progenitores (desintegración familiar, precariedad económica, presión social, etc.). En cam-

(32) Vid., a este respecto, DONAPRETY CAMACHO, "El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptado y de los adoptantes", *La Ley*, 1990. 4, p. 1009 y ss.

(33) En tal caso la inscripción de nacimiento se promoverá por el jefe del establecimiento o funcionario que conozca el hecho del nacimiento (vid. arts. 24 y 43 LRC).

(34) Vid. PUENTE SEGURA, "Filiación materna extramatrimonial. Imposibilidad de ocultar la identidad de la madre", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 413, 11 de noviembre de 1999, pp. 5 y 6.

bio, el empleo de técnicas de reproducción asistida permite dar una solución clínica a los problemas de esterilidad de las parejas, así como satisfacer el interés de la mujer a procrear y fundar una familia, sin tener por ello que mantener relaciones sexuales con nadie. A diferencia del padre biológico de un hijo adoptado, la posición del donante de gametos es y debe ser desde el origen anónima. De no ser así, se podrían producir situaciones absolutamente indeseables, como posibles extorsiones del donante a los receptores de su material reproductor, o bien dar origen a los que podríamos llamar "niños a la carta", si los receptores pudieran elegir de entre los donantes cuál les parece el más idóneo (probablemente el más fornido y bien parecido de la lista). Una situación tan despreciable como ésta parece estarse viviendo en EE UU. En noticia que hace escasos días saltó a la prensa se cuenta que un fotógrafo relacionado con el mundo de la moda ha puesto a la venta a través de Internet óvulos de bellas modelos dispuestas a venderlos por una cantidad de dinero. El cliente puede elegir la que le guste más. El referido fotógrafo anuncia que hará lo mismo con semen de modelos profesionales, más barato eso sí, por el menor coste que acarrea su obtención.

Como decimos, el padre biológico, aunque su deseo sea dar el hijo en adopción, no parte *a priori* de la posición del donante. Debe intervenir en el proceso de adopción, bien asintiendo a la misma, bien siendo oído, de acuerdo con el art.177 del C.c. De hecho, aun cuando el requisito del asentimiento que deben prestar los padres sea más flexible que el consentimiento del adoptado mayor de doce años y del o los adoptantes, se ha considerado requisito *sine qua non* para la validez de la adopción (35). Sin olvidar, que a petición de padre o de la madre biológicos, siempre que no hayan transcurrido dos años desde la adopción y no se perjudique gravemente el interés del menor, el Juez acordará la extinción de la adopción, si éstos, sin mediar culpa, no hubieran intervenido en el expediente de adopción en los términos previstos en el citado art. 177 CC (art. 180.2 CC).

Sentado lo anterior, debemos analizar el eventual interés del hijo en conocer la identidad del donante, interés que encontraría su fundamento en el art. 10.1 CE, que proclama el libre desarrollo de la personalidad, y que tendría su reflejo en el derecho a la integridad moral (art. 15 CE). Para ello debemos preguntarnos en qué medida el conocimiento de la persona del donante puede influir en el desarrollo de la personalidad del hijo. La respuesta a esta pregunta, que excede el

---

(35) Vid. LACRUZ, SANCHO y otros, *Elementos de Derecho Civil IV*, op. cit., p. 562.

ámbito del Derecho, debemos encontrarla en la sociobiología. A este respecto, LEWONTIN, ROSE y KAMIN, autores de un conocido libro en la materia, ponen de manifiesto las distintas concepciones que se han mantenido en relación con la influencia del factor genético en la conformación de la personalidad (36).

Una primera posición es la defendida desde el determinismo biológico. A la pregunta, por qué los individuos son como son, o por qué actúan como actúan, el determinismo biológico responderá que “las vidas y las acciones humanas son consecuencia inevitables de las propiedades bioquímicas de las células que constituyen al individuo y que éstas características están a su vez determinadas únicamente por los constituyentes de los genes que posee cada individuo” (37). En el plano radicalmente opuesto se encuentra la concepción dualista. Partiendo de que la naturaleza humana se considera infinitamente plástica, se desprecia la relevancia del hecho biológico en la construcción de la personalidad, frente al hecho social, como único factor determinante. Por último, desde una postura dialéctica, como la que los autores defienden y que a la postre, goza de gran predicamento en la comunidad científica, parten de la interacción del hecho biológico y del ambiente social en que se desenvuelve una persona: “Las propiedades de los seres humanos no se dan aisladamente, sino que surgen como consecuencia de la vida social, aunque la naturaleza de esa vida social sea a su vez consecuencia del hecho de que somos seres humanos y no, por ejemplo, plantas”.

En conclusión, la personalidad es un hecho extraordinariamente complejo en que influyen factores sociales y biológicos. Con esta premisa no creo que quepa sostener que el desconocimiento del donante de gametos pueda suponer un obstáculo al desarrollo de la personalidad del un individuo.

Puesta en tela de juicio la importancia que el conocimiento de la identidad del donante de semen pueda tener para el desarrollo del individuo que haya nacido gracias a su cooperación, debe prevalecer en mi opinión el derecho a la intimidad y a la integridad moral del donante (arts. 18 y 15 CE). Ante el eventual interés que aquél pueda tener en conocer al donante, prima el de este último en mantenerse en el anonimato.

Comparto en este punto la conclusión a la que llega el TC. En el F.J. 15, *in fine*, reza lo que sigue:

---

(36) *No está en los genes. Crítica del racismo biológico* (traducción E. Torner), ed. G. Mondadori, 1996.

(37) *Op.cit.*, p. 16.

“...los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [orientadas —debe nuevamente recordarse— a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley)], con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones —desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación— puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo”.

El TC considera que sólo protegiendo el derecho a la intimidad del donante es factible poner en práctica las técnicas que reproducción asistida: de otra forma, sería muy difícil obtener el material reproductor necesario para llevarlas a cabo. Entonces, se frustrarían los fines que persigue la Ley (combatir la esterilidad humana), fines que en consecuencia han de primar sobre el eventual derecho del hijo a conocer la identidad del donante. El inconveniente de esta argumentación es que la Ley, aun cuando principalmente se encuentra orientada a resolver problemas de esterilidad humana, permite su empleo para satisfacer otras necesidades, tal y como proclama el art. 1.2 LTRA. Luego, o bien hay que entender que el TC ha tenido un lapsus, o sino, cabría entonces preguntarse si la ponderación de intereses ha de ser la misma cuando se trata de fecundar a una mujer sola.

Ciertamente, el argumento mantenido por el TC como principal para proteger la identidad del donante ha sido un importante referente entre los defensores de la condición anónima del donante. A juicio de PANTALEON, este argumento es el fundamental “y más sincero” de los que se emplean desde esa posición doctrinal (38). Para rebatirlo, el autor acude a la Ley sueca sobre inseminación artificial de 1984 que, como sabemos, permite al nacido conocer la identidad del donante, una vez alcanzada la madurez suficiente (art. 4), y no por ello deja de haber donantes, imperturbables ante tal eventualidad. Ahora bien, lo que puede ser admisible e incluso recomendable en una sociedad no tiene porqué serlo en otra. Y, precisamente, las diferencias sociales y culturales entre suecos y españoles son lo suficientemente significativas como para entender que la repercusión de una solución

---

(38) “Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida”, *op.cit.*, p. 666.

como ésta no sea la misma en ambas sociedades. Puedo imaginar que a un sueco, en nada afecte conocer un día al producto de su cooperación, por lo demás totalmente aleatoria, en la medida que es el Centro médico quien elige el material que empleará para la fecundación. Pero no creo que la reacción personal y familiar del donante español sea la misma si dieciocho años más tarde al día en que se acercó a un Centro para donar semen, el nacido desea conocerle.

b) Las excepciones legales a la protección del anonimato del donante

Por otro lado, debemos hacer referencia a la revelación de identidad que permite el art. 5.5 LTRA en casos excepcionales. Para el TC, habida cuenta la revelación de la identidad del donante en esos supuestos, y el reconocimiento del derecho del hijo a obtener información general sobre el donante, no se ocasionan consecuencias perjudiciales para los hijos "con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos" (F.J. 15). Esta conclusión debe ser criticada. Si la protección de la identidad del donante sólo cede en supuestos de comprobado peligro para la vida del hijo, ello implica un atentado al derecho a la integridad física del hijo, que necesita llegar a una situación de peligro de muerte (quien sabe, si en ese punto tan crítico irreversible) para poder destruir la protección de la identidad del donante. Ello chocaría con el art. 15 CE y con el art. 43 CE que reconoce el derecho a la salud. La ponderación de intereses en juego (derecho a la vida, a la integridad física, a la salud *versus* derecho a la intimidad), no debe saldarse con un argumento como el que emplea el TC. En consecuencia, creo que una aplicación literal del art. 5.5 en este punto ha de ser tachada de inconstitucional.

c) El derecho a procrear de la mujer: los hijos sin padre

Por su importancia, como uno de los puntos neurálgicos de la LTRA, merece profundizar algo más en el reconocimiento legal del derecho a *toda* mujer a someterse a las técnicas de reproducción asistida (art. 6) En efecto, como intuye el TC (F.J. 13) la *ratio* última a que responde la impugnación de la Ley con base en la quiebra institucional de la familia que conlleva su regulación, reside en la posibilidad que brinda a cualquier mujer de someterse a las técnicas en ella reguladas, "independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de

que esté o no vinculada matrimonialmente" (39). Responda o no la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a problemas de fertilidad (40).

Como decimos, la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida que la Ley ofrece a una mujer soltera, que no conviva *more uxorio*, ha sido una de las cuestiones que más problemas ha planteado en orden a su constitucionalidad. En tal caso, la filiación sólo quedará determinada respecto de ella, quedando además vedado al hijo el ejercicio del derecho a investigar su paternidad que proclama el art. 39.2 CE, habida cuenta que, como sabemos, la Ley protege el anonimato del donante.

Recordemos que, para PANTALEON, este era uno de los supuestos en que no cabía alegar la inmunidad jurídico-familiar del donante (41). A juicio de este autor, el ocultamiento de la identidad del donante que la Ley proclama y se encarga de proteger vulnera el art. 39.2 CE, por no permitir al hijo investigar quién es su progenitor, así como el art. 10 CE, al degradar al niño a la condición de objeto; el art. 15 CE, al llegar al punto de permitir conocer la identidad del donante cuando exista un peligro para la vida del hijo, afectando así el derecho a la integridad física del hijo, como el derecho a la integridad moral, por el trastorno psíquico que puede suponerle el no conocer sus orígenes.

Otros autores, como PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, han criticado tal posibilidad, por el perjuicio que ello puede causar en el desarrollo de la personalidad del hijo (42). En su opinión, "No debería facilitarse el uso de estas técnicas si el nuevo ser ha de venir al mundo en condiciones ambientales notoriamente insuficientes para el conveniente desarrollo de la personalidad, y sólo para satisfacer los intereses o los sentimentalismos de una mujer solitaria" (43).

---

(39) En este sentido, VILA-CORO —vid. "Los derechos del menor en la nueva genética", *cit.*, p. 2491—, ha señalado que "La mujer no puede establecer formas familiares distintas a las admitidas en nuestro ordenamiento, que constituyen el fundamento y la estructura de nuestra sociedad occidental".

(40) A este respecto, MONTES PENADES, "El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana", *La filiación a finales del siglo XX..cit.*, pág 192, limita el acceso de la mujer soltera a las técnicas de reproducción artificial, cuando ello sea un remedio a su infertilidad.

(41) "Contra la Ley sobre técnicas...", *cit.*, en particular, pp. 667 y 668. Vid. *supra* § 3.a.

(42) Vid. *Derecho de familia*, Facultad de Derecho de la UCM, 1989, p. 490, nota n.º 4. En el mismo sentido, poniendo el acento en el aspecto psicológico del desarrollo del hijo, vid. JUNQUERA DE ESTEFANI, *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Tecnos, 1998, p. 69 y ss.

(43) La cursiva es mía.

¿Dónde encuentra fundamento el derecho de la mujer a procrear? En el Informe Palacios se justifica la posibilidad legalmente reconocida a toda mujer de someterse a las técnicas de reproducción asistida con base en el derecho de la mujer a tener hijos. Se alegan a favor de tal derecho los arts. 9, 10.1, 14, 18 y 39.1 CE (44). Así se refleja en la Exposición de motivos de la Ley “..desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsable”. Ahora bien, el derecho de la mujer no es absoluto; habrá que calibrar hasta qué punto se justifica la desprotección del hijo que se deriva de la privación del derecho que le asiste en el art. 39 CE a investigar la paternidad y, consecuentemente, de los derechos que se derivan de la relación paterno-filial. Y no sólo, añaden algunos, en lo que respecta a intereses de orden patrimonial (alimentos, sucesiones), sino a intereses de índole afectivo, al privar al hijo de la figura paterna (45).

Uno de los argumentos a favor de la solución acordada por el legislador reside en comparar la inseminación de una mujer sola con la adopción que a esa misma mujer le es posible realizar. Los recurrentes alegan que tal equiparación no puede mantenerse, por la distinta *ratio* a que responde en uno y otro caso la admisión de tal posibilidad. A diferencia de este supuesto, —señalan—, en la adopción el interés que prevalece es el del hijo (46). A ello responde el TC (F.J. 13) que la finalidad que persigue la LTRA es “posibilitar la fecundación y, por ende, la creación o el crecimiento de la familia como unidad básica y esencial de convivencia”. En consecuencia, el TC, que soslaya una abierta ponderación de los intereses en juego, considera más digno de protección el interés de la persona que se someta a estas técnicas: el fundar una familia.

(44) Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación “in vitro” y la inseminación artificial humanas, *cit.*, p. 158 y ss.

(45) En este sentido, vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, *cit.*, p. 490; MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro”*, Bosch, 1988, p. 192.

(46) En el Informe presentado por varios autores (entre ellos los civilistas CASTAN VAZQUEZ e YZQUIERDO TOLSADA), bajo el título *Nuevas técnicas de reproducción humana*, ed. Prof. Gafo, UPC, Madrid, 1986, p. 121, no consideran “serio” asimilar la fecundación de una mujer soltera con su posibilidad de adoptar. A su juicio, “no parece que el deseo de maternidad se justifique con una forma de conseguirlo que comporta una desintegración del sentido humano de la procreación”.

Ante esta interpretación se podrá contestar que el derecho a fundar una familia puede ejercerse a través de la adopción (47). Ello evitaría el conflicto de intereses que se produce en la fecundación asistida entre la madre y el hijo. Ahora bien, amén de las dificultades prácticas que hoy existen para formalizar una adopción en España (48), ello implicaría desconocer los derechos constitucionales de la mujer anteriormente mencionados, en relación con los cuales el TC no se ha venido a pronunciar expresamente, si bien parecer subyacer en el F.J. 13.

A mi juicio, considero constitucionalmente admisible el derecho de la mujer a la procreación. Ahora bien, estimo que a la hora de proceder a la inseminación deberán tomarse ciertas cautelas que obstaculicen su ejercicio contra los intereses del futuro hijo: vgr., equilibrio emocional de la madre y nivel económico suficiente para poder asumir la responsabilidad que conlleva la crianza y educación del futuro hijo.. etc. Sólo con estas cautelas, que toman en consideración el interés del hijo a ser recibido en una familia normal, podrá defenderse la licitud de estas prácticas y, en consecuencia, la constitucionalidad del art. 6.1 LTRA.

---

(47) Vid. ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética...*, cit., p. 238.

(48) Vid. en este sentido DE LEON ARCE, "La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana", *La filiación a finales del siglo XX*, cit., p. 412.