

## 9.03

### **El contrato de donación de gametos y preembriones en la legislación española sobre técnicas de reproducción humana asistida**

*The donation of gametes and pre-embryos in the spanish legislation on human assisted reproduction techniques*

#### **Ángela Ruiz Sáenz**

Asesora Jurídica del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria / Investigadora del Observatorio de Salud Pública de Cantabria. Santander, España.

**Resumen:** El progreso experimentado en las ciencias de la vida y de la medicina impulsado por los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos ha propiciado el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida como una solución al problema de la esterilidad, sustituyendo a la adopción como alternativa tradicional a la paternidad biológica. De conformidad con la legislación española, concretamente la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las Técnicas de reproducción humana asistida, con independencia de su estado civil y orientación sexual, pudiendo clasificar las técnicas de reproducción humana asistida en técnicas homólogas, cuando para la fecundación se empleen los gametos de los miembros de la pareja que desea tener el hijo, y técnicas heterólogas, cuando al menos uno de los gametos que intervienen en la fecundación pertenece a un sujeto distinto de las personas que pretenden ser padres, es decir, procede de donante. En este sentido, el artículo 5 de la precitada Ley regula el régimen jurídico aplicable a los donantes de gametos y preembriones, configurando el contrato de donación como un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. Consecuentemente, y en tanto que el contrato de donación se celebra entre el donante y el centro autorizado, no sólo el donante es desconocido para la receptora, sino que también ésta es desconocida para el donante.

**Palabras-claves:** donante, contrato, gratuito, formal, confidencial

**Key-words:** donor, contract, free, formal, confidential

#### **1 Introducción**

La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los años 70, con el nacimiento el 25 de julio de 1978 en Reino Unido de Louise Brown, primer

bebé probeta, supuso la apertura de nuevas posibilidades para el tratamiento de la esterilidad, lo que se tradujo en una imperiosa necesidad por abordar su regulación. Para dar respuesta a esta necesidad se aprobó en España la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, ley pionera en Europa que permitió a España colocarse a la cabeza del desarrollo de la reproducción asistida.

No obstante, el paso del tiempo y los avances producidos en el ámbito de la técnica y la práctica médica pusieron de manifiesto la existencia de algunas limitaciones en la norma, generando situaciones de inseguridad jurídica y problemas de considerable calado ético y sanitario que hicieron precisa la reforma de la Legislación existente hasta que finalmente se aprobó la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA) que tiene por objeto: a) regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas; b) regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley; y c) la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

Las técnicas de reproducción humana asistida tienen como objetivo principal la solución de los problemas de esterilidad humana, para facilitar la procreación, cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces. También pueden utilizarse en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas. Sólo pueden llevarse a cabo cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud física o psíquica de la mujer o de la posible descendencia; y siempre en mujeres mayores de edad, con plena capacidad de obrar, con independencia de su estado civil y orientación sexual, que deben haber sido anterior y debidamente informadas de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

En los últimos años, las técnicas de reproducción humana asistida han ampliado su ámbito de actuación, de modo que en la actualidad, personas que no padecen de problemas de esterilidad constituyen nuevos clientes de estos

instrumentos de procreación, por causas que nada tienen que ver con la originaria. Es el caso de las mujeres que han superado su edad fértil, mujeres solas o parejas de mujeres.

En virtud de la LTRHA son técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas las recogidas en Anexo a la Ley: a) Inseminación artificial; b) Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; y c) Transferencia intratubárica de gametos<sup>1</sup>.

En términos genéricos podemos clasificar las técnicas de reproducción humana asistida en técnicas homólogas, cuando para la fecundación se empleen los gametos de los miembros de la pareja que desea tener el hijo, y técnicas heterólogas, cuando al menos uno de los gametos que intervienen en la fecundación pertenece a un sujeto distinto de las personas que pretenden ser padres, es decir, procede de donante.

## **2 Contrato de donación de gametos y preembriones**

En relación con las técnicas de reproducción asistida heterólogas, la LTRHA recoge en su artículo 5 el régimen jurídico aplicable a los donantes de gametos y preembriones<sup>2</sup>, configurando el contrato de donación como un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

---

<sup>1</sup> La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto que su predecesora de 1988 al enumerar en un anexo las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día, evitando la petrificación normativa al permitir, por un lado, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de cualquier otra técnica autorizada por la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, y por otro, la actualización por el Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, del anexo que contempla las técnicas de reproducción humana asistida para adaptarlo a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente, reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada.

<sup>2</sup> En virtud de lo previsto en el artículo 1.3 de la LTRHA se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. El Derecho español parte del diseño de un marco de protección gradual de la vida prenatal. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia nº 53/1985, de 11 de abril, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el texto definitivo del Proyecto de la Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal, define la vida humana como “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 en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital”. El Tribunal Constitucional reconoce en la citada sentencia (y posteriores sentencias nº 212/1996, de 19 de

El precitado artículo 5 contempla las donaciones de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por la Ley, esto es, donación con fines reproductivos y donación con fines de investigación, resultando asimismo de aplicación sus disposiciones a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella.

Sin perjuicio de lo anterior, de la lectura del precitado artículo 5 se desprende que prácticamente la totalidad del mismo se refiere a la donación de gametos más que a la donación de preembriones, la cual se regula fundamentalmente en el artículo 11 de la LTRHA relativo a la crioconservación de gametos y preembriones, debiendo entenderse ambos artículos de forma complementaria.

## 2.1 El donante

De conformidad con la LTRHA, los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. En este sentido, concreta el Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establece los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana (en adelante Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo) que al objeto de evitar, en la medida de lo posible, la aparición de malformaciones cromosómicas, las donantes de gametos femeninos no deberán tener más de 35 años de edad y los donantes de gametos masculinos más de 50 años.

Tal y como señala el artículo 5.6 de la LTRHA, el estado psicofísico de los donantes deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los mismos que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento

---

diciembre, y nº 116/1999, de 17 de junio) que, partiendo del análisis del artículo 15 de la Constitución española de 1978 que proclama el derecho de “todos” a la vida, no puede desprotegerse la vida en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma, concluyendo que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental. En otras palabras, el artículo 15 de la Constitución española reconoce el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los nascituri.

de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

En relación con lo anterior, la LTRHA tipifica como infracción grave la omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias (artículo 26.2.b) 2ª) previendo como sanción, además de una multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros, la posibilidad de acordar la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida.

La ley limita a seis el número máximo autorizado de hijos nacidos en España generados con gametos de un mismo donante, posiblemente al objeto de reducir las probabilidades de que surja una relación incestuosa entre hermanos, lo que es difícilmente detectable dadas las garantías de confidencialidad contempladas en la Ley. Por ello, la limitación prevista opera únicamente en relación con los hijos nacidos en España. A tal efecto, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones, siendo responsabilidad del centro o servicio que utilice los gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. La LTRHA prevé la comprobación de dichos datos a través de la consulta al Registro Nacional de Donantes, regulado en su artículo 21<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, preveía en su disposición final primera apartado b) el establecimiento, en el plazo de seis meses desde su promulgación, de los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y los usuarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida, a cumplimentar por los equipos biomédicos. Asimismo preveía en su disposición final tercera la regulación, en el plazo de un año desde su promulgación, de la creación y organización de un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana con las garantías precisas de secreto y en forma de clave. En cumplimiento de las anteriores disposiciones, el Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, establece los protocolos obligatorios de

En este sentido, la LTRHA tipifica como infracción grave la generación de un número de hijos por donante superior al legalmente establecido que resulte de la falta de diligencia del centro o servicio correspondiente en la comprobación de los datos facilitados por los donantes, resultando responsables éstos, cuando suministren datos falsos en la identidad o la referencia a donaciones previas. La superación del límite establecido determinará la destrucción de las muestras procedentes del correspondiente donante.

Debe observarse que el artículo 5.7 sólo limita el número de hijos nacidos en España generados con gametos de un mismo donante, no haciendo alusión alguna a los preembriones, mientras que la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, preveía la adopción de las medidas oportunas para que de un mismo donante no naciesen más de seis hijos, sin especificar que el donante fuese de gametos o de preembriones. Cabe deducir que el legislador al referirse expresamente al donante de gametos tratase de no obstaculizar la donación con fines reproductivos de los preembriones sobrantes de las técnicas de reproducción humana asistida, con el fin de evitar el problema de acumulación de preembriones humanos sobrantes sin destino determinado existente con carácter previo a la aprobación de la LTRHA <sup>4</sup>.

---

estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida, al objeto de lograr uniformidad en los criterios básicos y mínimos a los que habrá de someterse a los donantes de productos utilizables en reproducción asistida, y regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana, cuyas normas de funcionamiento se recogen en la Orden de 25 de marzo de 1996. Sin perjuicio de lo anterior, y pese al desarrollo normativo, lo cierto es que el Registro Nacional de Donantes no ha llegado a constituirse. Es por ello que la vigente LTRHA prevé su organización y funcionamiento a través de Real Decreto del Gobierno, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, definiéndolo en su artículo 21 como aquel registro administrativo en el que se inscribirán los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de confidencialidad de sus datos, señalando que este registro consignará también los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización, estando obligados los centros en los que se practiquen técnicas de reproducción asistida a suministrar la información precisa, para su adecuado funcionamiento, a las autoridades encargadas del Registro.

<sup>4</sup> El artículo 11 de la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, señalaba que “los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarían en los bancos autorizados por un máximo de cinco años” a expensas de ser solicitados por las parejas progenitoras o ser donados a otras parejas que lo solicitasen, no especificando cual debía ser el destino de los preembriones crioconservados no transferidos una vez superado el plazo de los cinco años. Ante esta circunstancia, se aprueba la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, con el objeto de resolver el problema grave y urgente de la acumulación de preembriones humanos sobrantes sin destino determinado. Siguiendo las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y del Comité Asesor de Ética de Ciencia y Tecnología, la disposición final primera preveía la solicitud del consentimiento informado de las parejas progenitoras, o de la mujer en su caso, que podrían elegir entre las siguientes alternativas acerca de los preembriones crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la

En definitiva, son excluidos como donantes aquellos que presenten enfermedades genéticas, hereditarias o congénitas transmisibles y aquellos que hubieran generado seis descendientes o más por reproducción asistida o no asistida. En todo caso, excluido el donante, la Ley garantiza su derecho a conocer las razones que motivan su exclusión, la confidencialidad y la privacidad de la información.

## **2.2 El contrato de donación de gametos y preembriones como contrato gratuito**

En virtud de lo previsto en el artículo 5.3 de la LTRHA la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial, de modo que la compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta. Consecuentemente, el carácter gratuito de la donación no significa que la donación tenga que resultar gravosa para el donante, pudiendo establecerse una compensación económica resarcitoria. Lo que trata de evitar es que el donante actúe movido por un interés económico, y no por la generosidad que debe caracterizar su contribución. En este sentido señala el artículo 5 del Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, que

---

Ley: mantener el estado de crioconservación hasta que les fuesen transferidos; donarlos con fines reproductivos a otras parejas que lo solicitasen; manifestar su aprobación para que el material biológico obtenido en el momento de la descongelación pudiera ser utilizado con fines de investigación u optar por su descongelación sin otro fin posterior. La Ley dispensaba distinto tratamiento a los preembriones crioconservados o congelados según cual fuera la fecha de su generación. Los anteriores a noviembre de 2003, fecha de la entrada en vigor, podían ser dedicados, además de a otros fines, a la investigación, posibilidad que estaba vedada a los generados con posterioridad, que podrían destinarse únicamente a fines reproductivos de la pareja generadora o a la donación a otras mujeres. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida insistió desde la promulgación de la citada Ley en la necesidad de acometer con prontitud la reforma de la legislación vigente en aquel momento, con el fin de corregir las deficiencias advertidas y de acomodarla a la realidad actual, definiendo las líneas directrices que debería seguir la nueva regulación y que fueron incorporadas por la LTRHA que deroga la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre. Para corregir los problemas suscitados por la legislación precedente, la Ley elimina las diferencias en la consideración de los preembriones que se encontrasen crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y los que pudieran generarse posteriormente. En relación con los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo, la Ley prevé la posibilidad de su crioconservación en los bancos autorizados para ello. La crioconservación podrá prolongarse hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida. Entre los diferentes destinos posibles que pueden darse a los preembriones crioconservados cita la Ley su utilización por la propia mujer o su cónyuge; la donación con fines reproductivos; la donación con fines de investigación, y con carácter residual, el cese de su conservación sin otra utilización, esto es, su destrucción, opción que sólo será aplicable una vez que se considere que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida sin haberse optado por los anteriores destinos.

“establecido el carácter de la donación de gametos y preembriones como actos voluntarios, altruistas, gratuitos y desinteresados, en ningún caso existirá retribución económica para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por los gametos o preembriones donados”<sup>5</sup>.

La precitada regulación responde al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, principios de gratuidad y ausencia de ánimo de lucro a los que responde asimismo el régimen jurídico de la donación de órganos para su trasplante, y que quedan definidos en el artículo 21 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, conforme al cual “el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”.

Asimismo señala la Ley que cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

En relación con lo anterior la LTRHA tipifica como infracciones graves la retribución económica de la donación de gametos y preembriones o su compensación económica en contra de lo previsto en los artículos 5.3 y 11.6 (artículo 26.2. b) 6ª) y la publicidad o promoción que incentive la donación de células y tejidos humanos por parte de centros autorizados mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos en contra de lo previsto en el artículo 5.3 (artículo 26.2. b) 7ª) previendo como sanción una multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros.

### **2.3 El contrato de donación de gametos y preembriones como contrato formal**

De conformidad con el artículo 5.4 de la LTRHA el contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Consecuentemente, en el contrato de donación no interviene como parte la usuaria de las técnicas. Ello es lógico

---

<sup>5</sup> A juicio de Iniesta Delgado (2007, a; b), “debería descartarse cualquier compensación económica en el caso de la donación de preembriones puesto que no se dan los presupuestos en los que dicha compensación se basa”. Como bien señala el autor “la generación del preembrión *in vitro* no deriva de un acto altruista con fin de donación, sino que ha sido consecuencia de la utilización de una técnica destinada a servir a la propia pareja donante. No procede, por tanto, compensar por gastos o perjuicios que hayan podido surgir en su generación o durante su conservación, ni tampoco por las molestias ocasionadas, puesto que la única molestia derivada exclusivamente de la donación es la emisión de la autorización ...”. (Delgado, 2007 a; Delgado, 2007 b, p. 137)



atendiendo a las características de la donación que estudiaremos a continuación, fundamentalmente la relativa al anonimato del donante.

Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto a través de protocolo de consentimiento informado. Concretamente señala el artículo 3.3 que la información y el asesoramiento sobre las técnicas se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de las mismas. En todo caso, la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

#### **2.4 El contrato de donación de gametos y preembriones como contrato confidencial. El anonimato del donante.**

En virtud de lo previsto en el artículo 5.5 de la Ley, la donación será anónima, debiendo garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Sin perjuicio de lo anterior, la citada Ley reconoce el derecho de las receptoras de los gametos y de los preembriones y de los hijos nacidos, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. En este sentido, el artículo 18.3 de la LTRHA establece el deber de los equipos médicos de recoger en una historia clínica, custodiada con la debida protección y confidencialidad, todas las referencias sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas, de modo que los datos de las historias clínicas, a excepción de la identidad de los donantes, se pongan a disposición de la receptora y de su pareja, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales, cuando llegada su mayoría de edad, así lo soliciten. Consecuentemente, el anonimato del donante no significa el desconocimiento del mismo, resultando necesario que el centro médico conozca su identidad y demás información.

La ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidas en la Ley aparece tipificada en el artículo 26. b) como una infracción grave lo que conlleva una sanción de multa desde los 1.001 hasta los 10.000 euros, frente a la tipificación como infracción muy grave contenida en la derogada Ley

35/1988, de 22 de noviembre. Además de la multa pecuniaria, la LTRHA recoge exclusivamente en relación con la comisión de la presente infracción, la posibilidad de acordar, en la resolución por la que se imponga la sanción, la revocación de la autorización concedida al centro o servicio de reproducción asistida.

De lo previsto hasta aquí parece desprenderse de la Ley un anonimato absoluto de los donantes de gametos y preembriones. Sin embargo, y en atención a las excepciones contempladas por la norma, podemos hablar de un anonimato relativo. En este sentido, el último párrafo del artículo 5.5 de la LTRHA permite que, sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, pueda revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En cualquier caso, dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

Asimismo, la revelación de la identidad del donante no implicará en ningún caso la determinación legal de la filiación (artículo 8.3 de la Ley), esto es, no modificará la relación paterno-materno-filial establecida previamente ni en las relaciones personales ni en las patrimoniales, no pudiéndose exigir responsabilidad jurídica alguna al donante.

Y es que, tal y como señalaba el Preámbulo de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, “la colaboración de donantes de material reproductor en la realización de estas técnicas supone la incorporación de personas ajenas a las receptoras y a los varones a ellas vinculados en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entredicho cuestiones del máximo interés relacionadas con el derecho de familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión; es necesario, por lo tanto, establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos (...) pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cual es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de

gametos u óvulos fecundados, los códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan”.

La sola referencia a los donantes de material reproductor como “personas ajenas” es suficientemente ilustrativa de la participación que, para el legislador, asume el donante en la “creación de los futuros hijos”, lo que parece tener su justificación en el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en la forma que considere libre y responsablemente y en el derecho del donante a la intimidad.

Consecuencia lógica de lo anterior, no cabe la selección del donante a petición de la receptora, sino que la elección del donante sólo puede realizarse por el equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación, si bien procurará la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora. Consecuentemente, y en tanto que el contrato de donación se celebra entre el donante y el centro autorizado, no sólo el donante es desconocido para la receptora, sino que también ésta es desconocida para el donante.

En definitiva, cabe afirmar que la regulación contenida en la LTRHA salvaguarda el derecho a la intimidad del donante frente al derecho del hijo a conocer su origen biológico, favoreciendo con ello el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. No cabe duda de que la supresión del anonimato del donante y por tanto el reconocimiento del derecho del hijo a conocer su origen biológico supondría una reducción considerable de las donaciones y en consecuencia de los tratamientos y de la calidad asistencial, y ello en tanto que la efectividad de la Legislación en materia de técnicas de reproducción humana asistida reside en su mayor parte en la persona que dona los gametos o preembriones, tal y como ha admitido el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 17 de junio de 1999<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> La figura del anonimato del donante ha sido avalada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 que resuelve recurso de inconstitucionalidad promovido por 63 diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Entre los motivos por los que se impugna la citada Ley nos interesa la pretendida incompatibilidad del artículo 5.5 de la misma, relativo al anonimato de la donación y de redacción similar al artículo 5.5 de la Ley vigente, con lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Constitución Española de 1978, conforme al cuál la Ley posibilitará la investigación de la paternidad. El Tribunal Constitucional resuelve la cuestión en el Fundamento Jurídico 15 de la precitada sentencia señalando que, si bien es cierto que la Constitución ordena al legislador que posibilite la investigación de la paternidad, ello no implica la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos a averiguar, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas

Sin perjuicio de lo anterior, algunos autores han señalado la ausencia de fundamento constitucional en el precitado precepto 5.5<sup>7</sup>. Un importante sector de la doctrina considera inconstitucional la regulación del anonimato del donante fundamentándolo principalmente en la conculcación del artículo 39.2 Constitución española de 1978 (en adelante CE), conforme al cuál la Ley posibilitará la

---

justificativas que lo desaconsejen, la identidad de su progenitor. Recuerda el Tribunal Constitucional que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, mientras que la revelación de la identidad del progenitor en la aplicación de 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 los gametos origen de la generación. Es decir, la identificación del progenitor en la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida tiene por objeto, no tanto la determinación de la filiación, sino la satisfacción de una necesidad personal de conocer el propio origen biológico. Afirma asimismo el Tribunal Constitucional que de la regulación contenida en el artículo 5.5 de la Ley no se derivan consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos, y ello porque, por un lado, el anonimato de los donantes regulado por la Ley no es absoluto, en atención a las excepciones previstas en la norma, y por otro lado, porque se atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. Finalmente concluye el Tribunal defendiendo que la finalidad de la Ley no es otra que compatibilizar la obtención de gametos y preembriones imprescindibles para la puesta en práctica de las técnicas de reproducción asistida 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 definitiva el Tribunal Constitucional reconoce a la figura del donante como elemento clave en las técnicas de reproducción humana asistida, de forma que sin donante no hay técnicas, resultando que sólo con la exención de responsabilidades a su cargo se facilitan los voluntarios.

<sup>7</sup> En este sentido Carlos Díez Soto (2007 a) señala que “pese a contar con el aval de la STC 116/1999, tal planteamiento, sustentado en un pretendido derecho a la procreación carente de fundamento constitucional, resulta difícilmente conciliable con las exigencias constitucionales, especialmente en lo que se refiere al principio de igualdad de todo nacido con independencia de su filiación, y al derecho que todo hijo tiene a recibir asistencia de todo orden de sus padres (arts. 14 y 39 de la Constitución española de 1978)” (Díez Soto, 2007 a, p. 107). En el mismo sentido señala Jaime Vidal Martínez que “la normativa en la LTRA en relación con el anonimato del donante, contraviene a la Constitución colaborando a que los nacidos mediante estas técnicas sean considerados como objetos y no como personas, negándoles derechos básicos como el derecho a la no discriminación y el derecho a conocer su origen, encuadrable a nuestro juicio en el artículo 10.1 de la C.E., cuyos principios en el ámbito de la protección de la familia y de la dimensión familiar de la persona humana son igualmente vulnerados por esta figura legal” (Vidal Martínez, 1988, p. 103). En sentido contrario, señala Fernando Abellán García-Sánchez que “el anonimato del donante se antoja como una medida de equilibrio razonable entre el conjunto de valores y bienes jurídicos en juego. En este sentido, admitiendo que el reconocimiento de un derecho del hijo a conocer a sus padres biológicos podría tener una razón de ser en casos extremos en los que aquél ha sufrido una falta de cariño y atención por sus padres legales y padece por ello una fuerte crisis de personalidad, no parece muy acertado elevar a la categoría de regla general ese supuesto esporádico, sobre todo cuando la experiencia demuestra que los hijos adoptados y los buscados a través de la procreación artificial suelen ser especialmente deseados y queridos. Además, no cabe duda que esa mediada mermaría considerablemente las donaciones (...) y perjudicaría en definitiva las expectativas procreativas de muchísimas parejas con problemas de esterilidad. Por otro lado, si admitimos que el afecto y el cariño no son meros productos de los genes ni de la biología, sino de las relaciones personales mantenidas en el tiempo, no se alcanza a entender bien la importancia que se quiere otorgar a la denominada «verdad biológica»” (Abellan-García, 2013, p.691-692).

investigación de la paternidad; el artículo 39.3 CE que impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; el artículo 14 CE en tanto que negar a unos hijos el derecho a conocer su filiación biológica frente a otros atenta contra el derecho de igualdad; el artículo 10 CE en tanto que se atenta contra la dignidad del hijo y el libre desarrollo de su personalidad, entendiendo que aquellos que desconocen su origen biológico mal pueden desarrollarse como persona; el artículo 15 CE concretamente en lo relativo al derecho a la integridad moral y el artículo 18 CE en lo relativo al derecho a la intimidad personal y familiar del hijo.

## **2.5 Revocación de la donación.**

La LTRHA prevé la posibilidad de que se revoque la donación cuando el donante precise para sí de los gametos donados, y siempre y cuando aquellos estén disponibles a la fecha de la revocación. Para este supuesto concreto prevé la norma la devolución por el donante de los gastos originados al centro receptor.

La LTRHA prevé la posibilidad de revocar la donación en aquellos supuestos en que “el donante precise para sí de los gametos donados” sin especificar los supuestos concretos. Frente a la actual regulación, la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, más restringida en su regulación a este respecto, preveía la posibilidad de revocar la donación en el supuesto de que “el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados”. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la nueva regulación resulta más acorde con la previsión del artículo 11.6 de la vigente Ley que posibilita la modificación en cualquier momento del consentimiento otorgado para la utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o del tejido ovárico crioconservados para cualquiera de los fines previstos en la Ley. Ello implica la posibilidad de revocar la donación en cualquier supuesto, sin necesidad de que concurra una circunstancia concreta, siempre y cuando los gametos estén disponibles a la fecha de la revocación. En cualquier caso, la previsión relativa a la devolución por el donante de los gastos originados al centro receptor no puede entenderse sino como un medio disuasorio frente a una posible revocación de la donación. Teniendo en cuenta que la donación es gratuita, no existiendo en ningún caso retribución económica para el donante salvo compensación

económica dirigida a compensar las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales, deberá entenderse que son éstos los gastos originados al centro.

### **3 El artículo 11 de la LTRHA: crioconservación de gametos y preembriones.**

Tal y como señalábamos al inicio del presente trabajo, el artículo 5 de la LTRHA relativo a los “donantes y contratos de donación” debe relacionarse necesariamente con el artículo 11 de la propia Ley relativo a la “crioconservación de gametos y preembriones” cuyo apartado 4 prevé entre los destinos que pueden darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados los siguientes destinos: a) su utilización por la propia mujer o su cónyuge; b) la donación con fines reproductivos; c) la donación con fines de investigación; d) el cese de su conservación sin otra utilización, esto es, su destrucción<sup>8</sup>.

La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones.

El consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.

En el caso de los preembriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o de la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta

---

<sup>8</sup> Esta última opción se prevé con carácter residual para el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, resultando únicamente aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en la Ley sin que se haya optado por alguno de los anteriores destinos, es decir, una vez que se considere que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida sin haberse optado por los anteriores destinos. El carácter residual de esta opción radica en la especial protección de que la Ley dota a los preembriones humanos y a los ovocitos crioconservados, no así con el semen o el tejido ovárico.

requerida, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados, manteniendo las exigencias de confidencialidad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

## Referencias

ABELLAN-GARCÍA SÁNCHEZ, F. Derecho y reproducción humana asistida. En: PALOMAR OMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.) *Tratado de Derecho Sanitario*. Volumen II, Aranzadi, 2013. Págs. 679-701. ISBN: 978-84-9014-656-9

BARBER CÁRCAMO, R. Reproducción asistida y determinación de la filiación. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, (8): 25-37, dic. 2010. ISSN-e 1695-078X

DÍEZ SOTO, C. M. Usuarios de las técnicas. En: LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir. Jur.), OCHOA MARIETA, C. (Dir. Científico) y MONJE BALMASEDA, O. (Coord.) *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid: Editorial DYDINSON, S.L., 2007, pág. 107. ISBN 8498490251 (a)

DIEZ SOTO, C. M. Donantes y contratos de donación. Comentario jurídico. En: LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir. Jur.), OCHOA MARIETA, C. (Dir. Científico) y MONJE BALMASEDA, O. (Coord.) *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid : Editorial DYDINSON, S.L., 2007, págs. 88-97. ISBN 8498490251 (b)

DURAN RIVACOBIA, R. Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma. *Revista Ius et Praxis*, 16(1):3-54, 2010. ISSN 0717-2877

FÁBREGA RUIZ, C.F. *Biología y Filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*. Granada: Editorial Comares, 1999. ISBN: 9788481518146

INIESTA DELGADO, J. J. Donantes y contratos de donación. En: COBACHO GÓMEZ, A. (Dir.) y INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.) *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Navarra : Aranzadi S.A., 2007, págs. 105-177. ISBN: 978-84-8355-426-5 (a)

INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.) *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Navarra : Aranzadi S.A., 2007. (b)

NIETO ALONSO, A. Reproducción asistida y anonimato de los progenitores. *Aranzadi civil: revista doctrinal*, (3): 2309-2336, 2004. ISSN 1133-0198

ROMERO COLOMA, A.M. La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos. *Actualidad jurídica Aranzadi*, (789):10-13, 2009. ISSN 1132-0257

VIDAL MARTÍNEZ, J. La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español. En: VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord.), BENÍTEZ ORTUZAR, J. y

VEGA GUTIERREZ, A. M. *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Granada : Comares,1998, pág. 103. ISBN: 8481517666