



UNIVERSIDAD  
TORCUATO DI TELLA

## ESCUELA DE DERECHO

Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 13 (Agosto de 2012)

### Donación de gametos, información y anonimidad. Un comentario al Anteproyecto de Código Civil

Eduardo Rivera López

#### 1. Introducción

Una de las relaciones que pueden ser fructíferas entre la bioética y el derecho es la que podemos llamar “relación legislativa”.<sup>1</sup> Efectivamente, al crear la ley, las democracias deben hacerlo con argumentos y con razones. En el caso de las normas que involucran a la medicina o a las ciencias biomédicas, estas razones pueden provenir de la filosofía moral y, más precisamente, de la bioética. El Anteproyecto de Código Civil (ACC) posee, en la parte dedicada al derecho de familia, varios aspectos que son, en este sentido, de carácter bioético: la regulación de la reproducción asistida, de la maternidad por sustitución y de la donación de gametos.<sup>2</sup> Mi propósito aquí es discutir lo que el ACC dice acerca de la donación de gametos, específicamente, respecto del derecho a conocer la identidad del donante.<sup>3</sup>

El artículo 564 del ACC dice lo siguiente:

**“Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida.** La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede:

---

<sup>1</sup> Trato las diferentes relaciones entre el derecho y la bioética en Rivera López 2011: 37-44.

<sup>2</sup> Sigo la versión del ACC y de sus fundamentos que aparece en <http://www.nuevocodigocivil.com/>.

<sup>3</sup> Habría que decir “el o la donante”, dado que existe la donación de semen y de óvulos (así como de ambos, es decir, donación de embriones). Por comodidad expositiva, me referiré siempre al donante en masculino, pero debe entenderse siempre que puede ser tanto un hombre como una mujer. Existen aspectos bioéticos de la donación de gametos para los cuales la distinción entre donación de semen y de óvulos es relevante (por ejemplo, por el hecho de que la donación de óvulos implica una intervención médica no trivial en la mujer que dona). Para el problema que nos ocupa, la anonimidad de la donación, en cambio, la distinción no parece relevante.

- a) Revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.
- b) Obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud.”

En los fundamentos del ACC, se indica que, frente a un panorama dispar en el derecho comparado, se ha optado por una vía intermedia entre el anonimato absoluto del donante y la posibilidad de conocer su identidad sin necesidad de una orden judicial. Efectivamente, tal como también se indica en estos fundamentos, el ACC sigue de cerca la ley española (Ley 14/2006, art. 5.5.), aunque es algo más laxo. En cambio, es más restrictivo que varias otras legislaciones europeas, que paulatinamente han incluido la posibilidad irrestricta de conocer la identidad del donante por parte del hijo, una vez alcanzada la mayoría de edad. El primer país en abolir la anonimidad fue Suecia en 1984 (Swedish Law of Artificial Insemination, no. 1140/1984). Le han seguido países como Reino Unido, Austria, Suiza, Noruega, Nueva Zelanda, entre otros. La discusión sobre el tema lleva, entonces, al menos treinta años.

Sin intentar resumir esta larga discusión, mi propósito aquí es dar algunas razones por las que creo que habría que ir más allá del ACC en este punto y conceder un derecho irrestricto (no condicionado) a conocer la identidad del donante. Soy consciente de que mi tratamiento no agota todas las razones a favor y en contra de la anonimidad, por lo cual, mi argumento no pretende ser concluyente. Sólo pretende ofrecer consideraciones que, en mi opinión, deberían formar parte de una deliberación robusta y cuidadosa sobre el problema.

## 2. Dos derechos, no uno

Un primer punto fundamental es que en el art. 564 están involucrados *dos* derechos diferentes (aunque conectados), no uno.<sup>4</sup> Por un lado, se encuentra el derecho del hijo a *saber* que ha sido concebido heterológamente (lo llamaré, a partir de ahora, “derecho a saber”).<sup>5</sup> De modo similar a lo que ocurre con la adopción, puede ocurrir que los padres nunca le informen a su hijo de la circunstancia de haber sido concebido mediante una donación de gametos, a través de técnicas de fertilización asistida. Si, como se indica en el título del art. 564, existe un derecho a la información, parece que, en primer lugar, se trata de un derecho a conocer (o enterarse de) esta circunstancia.

Por otro lado, existe el derecho a *acceder* a información acerca del donante (lo llamaré “derecho a acceder”), una vez que el hijo ha satisfecho, de alguna manera, el derecho a saber. Este derecho puede ser más o menos extenso, dado que la información puede ser más o menos precisa o profunda. Como hemos visto, el ACC permite el acceso a la información

<sup>4</sup> Para este punto, véase Frith 2001.

<sup>5</sup> Por comodidad expositiva, hablo del “hijo”, cuando habría que decir “hijo o hija”. Ser concebido “heterológamente” significa lo mismo que ser concebido con gametos de donante.

médica del donante sin autorización judicial (con la condición de que sea necesaria para la salud del hijo) y a la información identificatoria del donante con “razones fundadas” y autorización judicial.

A continuación, quisiera analizar cada uno de estos dos derechos y evaluar si el modo en que están contemplados en el art. 564 es adecuado.

### 3. Derecho a saber

En relación con el primer derecho, lo que dice el art. 564 es que la información relativa a que la persona ha nacido con gametos de un tercero debe constar en el legajo base para la inscripción del nacimiento. Esta cláusula garantiza, hasta cierto punto, el derecho a saber: la información no queda completamente fuera del alcance del hijo, sino que consta en un documento público. Ahora bien, aunque una persona puede solicitar el legajo base de inscripción de su nacimiento, no es obvio que cualquier persona lo vaya a hacer espontáneamente. Recordemos que, según el art. 559 del ACC, esa información no consta en el certificado de nacimiento (cosa a la que cualquier persona sí accede, por ser parte de su documentación). La pregunta sustantiva es, entonces, si pensamos que el derecho del hijo a saber es un derecho positivo, que implica la acción de darle a conocer esa información, o meramente negativo.<sup>6</sup> En mi opinión, este derecho debería funcionar como un derecho positivo, similar a la que se da en el ACC en el caso de la adopción.

En el caso de la adopción, el ACC estipula (en el art. 596) que el adoptado tiene derecho a acceder al expediente judicial en el que se tramitó la adopción (esto podría ser análogo al derecho a acceder al legajo de inscripción para el caso de la donación de gametos), pero, además, dice que los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Mi argumento a favor de un derecho positivo similar para el caso de la donación de gametos no apela a la similitud con la adopción (aunque existen ciertamente paralelos entre ambos, así como diferencias). La razón principal para otorgar este derecho es que garantizar un derecho a acceder (tal como hace, hasta cierto punto, el art. 564) y no garantizar un derecho robusto (positivo) a saber comporta una desigualdad inaceptable entre diferentes “clases” de hijos. Algunos hijos podrían acceder a esa información y otros no, dependiendo de la voluntad de los padres (o de otras personas) de informar o no a sus hijos de esta circunstancia.<sup>7</sup> El hecho de que los padres decidan o no informar al hijo o que éste se entere de algún modo es completamente fortuito o azaroso. Parece algo incoherente que la

---

<sup>6</sup> Llamo aquí “derecho positivo” a un derecho a que el estado garantice mediante acciones positivas la satisfacción del interés correspondiente (en este caso, el interés de saber que la propia fecundación ha involucrado gametos de donante). Un “derecho negativo”, en cambio, meramente garantiza que el estado no realizará acciones para impedir la satisfacción del interés (en este caso, implica que el estado no impida que el hijo genético sepa esta circunstancia, por ejemplo ocultando información).

<sup>7</sup> Véase Frith 2001: 478.

satisfacción de un derecho (a saber, el derecho a acceder, concedido por el propio ACC) dependa de que se produzca o no, contingentemente, este hecho azaroso. Algunos hijos sabrían que son producto de una fecundación heteróloga y, entonces, podrían gozar del derecho a acceder; otros no lo sabrían y, por lo tanto, no podrían gozar de ese mismo derecho. Tal situación sólo se puede remediar ofreciendo algún instrumento legal que, al menos, haga probable que el hijo sepa su situación.

Ciertamente, existen problemas de técnica legislativa para garantizar positivamente este derecho. Es razonable que la condición de ser hijo producto de una donación no figure en el certificado de nacimiento (véase art. 559 del ACC). El individuo tiene un derecho a que esa información sea confidencial. Sin intentar proponer métodos, el código podría al menos indicar la necesidad de algún instrumento administrativo que conserve la confidencialidad y, al mismo tiempo, comprometa a los padres a informar debidamente a sus hijos su condición genética, dejando su instrumentalización concreta a la legislación especial.

### **Derecho al acceso**

Una vez garantizado que efectivamente el hijo sabe que ha sido concebido heterológamente, resta la segunda cuestión: si y bajo qué condiciones puede acceder a información acerca del donante. Al respecto, me inclino por otorgar un derecho amplio de conocer la identidad del donante, así como información que pueda ser importante para su propia salud. Me voy a concentrar en la cuestión de si debe otorgarse un derecho a conocer la identidad del donante, es decir, a saber quién es.

Como vimos, el ACC permite acceder a información identificatoria “por razones debidamente fundadas evaluadas por la autoridad judicial”. Pienso, en oposición a esto, que debe garantizarse un derecho a acceder a esa información sin necesidad de ninguna autorización judicial ni de ofrecer razones.

Esta posición ha sido defendida de diversos modos. Nuevamente, no es mi intención resumir la discusión bioética.<sup>8</sup> Presentaré, en cambio, dos argumentos que no he encontrado en la literatura sobre el tema.

El primer argumento se refiere específicamente al requisito de tener una razón debidamente fundada evaluada por un juez. Requisitos como éste aparecen en numerosos artículos del ACC así como del Código Civil vigente. Sin embargo, parecería que esta clase de requisito es aceptable sólo cuando, o bien no hay un derecho en juego (y sólo hay cuestiones de bienestar general involucradas), o bien hay un posible conflicto de derechos. Sin embargo, en este caso no ocurre ninguna de estas dos cosas. El ACC afirma la existencia de un “derecho a la información”. Si este derecho existe, y no se da ninguna posible colisión entre este derecho y algún otro derecho por parte de otra persona, no hay ninguna razón para

---

<sup>8</sup> Para una presentación de varios argumentos habituales a favor y en contra de la anonimidad, véase Dennison 2007-2008. Este trabajo es también una defensa de la abolición de la donación anónima.

restringirlo, imponiendo el requerimiento de una autorización judicial. Debe tenerse en cuenta que el donante no tiene un derecho a la anonimidad, dado que (como argumentaré a continuación más detenidamente) él no está obligado a donar. Tampoco es plausible pensar que los padres (receptores) tienen un derecho a la anonimidad.<sup>9</sup> Ellos podrían pretender legítimamente (como también veremos) que el donante sea anónimo *respecto de ellos mismos* (si es que el donante acepta esta condición), pero no respecto del hijo. En otras palabras, ellos no tienen un derecho a impedir que el hijo acceda a la identidad del donante, al menos no una vez que se ha concedido que el hijo tiene un derecho a saber.

El segundo argumento es más filosófico y se refiere más en general a las *razones* para otorgar el derecho a acceder a la información identificatoria. Pensemos que en el caso de la donación de gametos hay un donante y *dos* donatarios: los padres receptores y el hijo producto de esa donación. El hijo también es un donatario: él recibe parte de su dotación genética del donante, y su propia existencia es, en parte, debida a él. Quién es el hijo depende crucialmente de algo que perteneció al donante y de algo que hizo el donante.

Cuando una persona dona algo a alguien, digamos que A dona X a B, B normalmente puede rechazar X. O puede rechazarlo salvo que se cumpla alguna condición. Por su lado, A puede también poner condiciones para realizar la donación. El espectro de condiciones que podrían imponer las partes es muy amplio. En este sentido, pienso que la relación entre el donante y los padres receptores debería ser libre. Por ejemplo, un donante debería poder exigir anonimidad frente a los padres receptores, y los padres deberían poder exigir saber la identidad del donante. En caso de desacuerdo (porque el donante quiere anonimidad y los padres no, o viceversa), no se produce la donación.

El caso del hijo es crucialmente diferente. El no puede rechazar la donación. No puede rechazar su propia existencia, ni su identidad genética. La pregunta es si, bajo estas circunstancias tan peculiares (una donación que es tal, por su naturaleza, que es imposible rechazar), es razonable que el donante pueda exigir que el donatario, o sea el hijo, no sepa su identidad, es decir, quién le hizo la donación. El hecho de que la donación es, para el hijo, forzada (imposible de rechazar) permite explicar por qué el donante no tiene un derecho a exigir que su donación sea anónima respecto de él como condición para realizar su donación. El estado debe en este caso poner una condición que sea razonable que el receptor pusiera como condición para recibir la donación. Por otro lado, esta condición es razonable, dado que el hijo puede tener un interés genuino en conocer la persona que le ha “regalado” parte de su identidad genética.

Se podrían oponer al menos dos objeciones a estos argumentos. El primero es consecuencialista. Una de las razones para mantener el anonimato que ha sido frecuentemente esgrimida es que dar la posibilidad de conocer la identidad del donante disuadiría a los donantes potenciales y reduciría la cantidad de donaciones. Este argumento

---

<sup>9</sup> Llamo “padres receptores” (o simplemente “padres”) a la persona o pareja que recibe los gametos para convertirse padre y/o madre. Puede ser una o dos personas.

merece dos comentarios. En primer lugar, la regulación que prevé el ACC ya produce el temido efecto disuasorio, dado que permite conocer la identidad con autorización judicial. Si un potencial donante es temeroso de que su hijo genético aparezca algún día, ese temor ya se tiene que disparar con esta cláusula. En segundo lugar, el art. 564 ya tomó partido a favor de otorgar un derecho a conocer el origen. Si se trata de un derecho, entonces las consideraciones consecuencialistas no deberían desplazarlo.

Otra objeción posible es sostener que, de hecho, existen muchas personas que desconocen la identidad de su padre genético. Por ejemplo, puede ocurrir que una mujer infiel tenga un hijo que luego aparece como de su marido cuando en realidad no lo es. El estado no busca remediar esta clase de situaciones, por ejemplo, obligando a verificar la filiación genética de todos los hijos. No se ve, entonces, por qué debería hacerlo en el caso de los hijos producto de una donación.<sup>10</sup> Es cierto que pueden existir muchas circunstancias en las que una persona desconoce la identidad de su padre (o madre) genético y el estado no hace nada para evitarlo. El problema es, nuevamente, que el ACC ya ha tomado partido otorgando ese derecho en el caso de los hijos producto de una donación. Si este argumento fuera contundente, entonces habría que permitir la donación anónima (del mismo modo que permitimos que un amante tenga un hijo con una mujer casada y nadie se entere). Al reconocer un derecho a la información, se está implícitamente reconociendo, o bien que ambas situaciones no son análogas, o bien que toleramos de la mujer y su amante por ser imposible (o indeseable) detectar cada uno de los casos de esta clase. La donación de gametos, en cambio, es un acto en el que intervienen terceros (médicos) y también el Estado (de hecho, la identidad del donante queda registrada, según el art. 564, en el legajo base del nacimiento). En esta situación, no resulta comprensible que el donante rechace dar su identidad por una donación que el que la recibe (el hijo) no ha tenido la oportunidad de rechazar.

## Referencias

- Dennison, Michelle 2007-2008, “Revealing Your Sources: The Case for Non-Anonymous Gamete Donation”, *Journal of Law & Health*, Vol. 21.
- Frith, Lucy 2001, “Beneath the Rhetoric: The Role of Rights in the Practice of Non-Anonymous Gamete Donation”, *Bioethics*, Vol. 15, 5/6.
- Rivera López, Eduardo 2011, *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética*. Madrid: Marcial Pons.

---

<sup>10</sup> Una versión de esta objeción fue presentada por Marisa Herrera en el Simposio sobre el Anteproyecto de Código Civil en el que presenté este trabajo, en la Universidad Torcuato Di Tella.