



Glenn Cohen
Esther Farnos Amorós

*Derecho y tecnologías
reproductivas*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

GLENN COHEN. Es profesor en la Facultad de derecho de la Universidad de Harvard, donde imparte docencia en Procedimiento civil y dirige el *Petrie Flom Center for Biotechnology, Health Law and Bioethics*. Su trabajo se centra en la intersección entre la bioética y el derecho. Sus investigaciones giran alrededor de la reproducción y las tecnologías reproductivas, políticas de salud y turismo reproductivo, y sus últimos estudios versan sobre la toma de decisiones en la fase final de la vida, la regulación de la *Food and Drug Administration* y los límites de la mercantilización. Ha publicado más de 50 artículos y trabajos en revistas jurídicas, médicas, bioéticas y de salud pública. Es editor de "The Globalization of Health Care: Legal and Ethical Issues" (Oxford University Press, 2013). Ha sido "law clerk" en el primer circuito del Tribunal de apelaciones de los Estados Unidos de América y ha trabajado como abogado en el Departamento de Justicia. Ha sido seleccionado como miembro del Instituto Radcliffe (2012-2013) y ha recibido el premio de bioética de la Greenwall Foundation.

ESTHER FARNOS AMORÓS. Es investigadora postdoctoral en la Universidad Autónoma de Madrid, es doctora en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra (2010), con la tesis "Ruptura del projecte parental i disposició dels preembrions" (IV Premio Extraordinario de Doctorado). Ha desarrollado la mayor parte de su trayectoria académica en el Área de Derecho civil de la UPF, donde ha impartido docencia y participado en proyectos de investigación sobre derecho de daños y derecho de familia. Entre sus publicaciones en estos campos, destaca su monografía "Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones" (XIV Premio de investigación bioética de la Fundación Víctor Grífols i Lucas, 2012). Ha sido investigadora visitante en el *Oxford Center for Family Law and Policy* y en la Universidad de Cornell. Formó parte de la Comisión de Codificación del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña durante la elaboración de la Ley del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Celestino Pardo

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

Gonzalo Aguilera

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Carlos Carnicer

Jesús González Pérez

Vicente Guilarte

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Fernando Pantaleón

Antonio Pau

Juan José Pretel

Eugenio Rodríguez Cepeda

Carmen Tomás - Valiente

Fernando Vallespín

Gerente

María Isabel de la Iglesia

*Derecho y tecnologías
reproductivas*

Glenn Cohen
Esther Farnos Amorós

*Derecho y tecnologías
reproductivas*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2014 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Glenn Cohen, Esther Farnos Amorós

I.S.B.N.: 978-84-617-0397-5

Depósito Legal: M-17196-2014

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

ÍNDICE

LAS RECIENTES CONTROVERSIAS SOBRE LA TECNOLOGÍA REPRODUCTIVA EN LOS ESTADOS UNIDOS (<i>Glenn Cohen</i>)	11
I. Las enmiendas en favor de la atribución de personalidad al concebido	13
a. Antecedentes teóricos	13
1. Vida v. Personalidad v. Humanidad	13
2. Porqué la FIV, las células troncales y el aborto suscitan cuestiones diferentes	16
b. Una breve historia de la controversia	20

II. El anonimato del donante de esperma	31
a. El Derecho vigente	31
1. Anónimos versus cono- cidos	31
2. Las opciones del donante anónimo: donación anó- nima versus donación identificada/abiertamen- te/desvelada	31
3. Que participe un médico acreditado vs. no emplear- lo	37
b. La cuestión normativa: ¿deben los Estados Unidos adoptar un registro obliga- torio de donantes?	45
1. Daño al donante y a los padres receptores y yoes cambiantes	48
2. Daño a los descendientes y No-Identidad	53
3. El argumento del último juicio	60

4. El argumento de que el perjuicio, a la postre, beneficia	66
5. El argumento basado en el principio de no afectación individual	70
6. Otras interpretaciones posibles	73
c. Analogías en disputa: una propuesta modesta para la paternidad mal atribuida y el Registro de Sexo Ocasional	75
d. Quedándose cortos: Registros Activos y Pasivos	83
III. Embriones por encargo	89
LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA: PROBLEMAS, PROPUESTAS Y RETOS (<i>Esther Farnós Amorós</i>)	99
I. Introducción	99
II. El anonimato del donante de esperma	102

1. Anonimato del donante v. derecho a conocer los orígenes	102
2. Posible extensión del dere- cho a conocer los orígenes a los concebidos mediante reproducción sexual	112
3. Paradojas de la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida	115
4. Diferencias en las regula- ciones y "turismo reproduc- tivo"	120
III. Modalidades de donación y establecimiento de la filiación legal	126
IV. Embriones por encargo	131

LAS RECIENTES CONTROVERSIAS SOBRE LA TECNOLOGÍA REPRODUC- TIVA EN LOS ESTADOS UNIDOS*

Glenn COHEN

Desde el advenimiento de la fecundación in vitro (en adelante FIV), e incluso antes –la inseminación artificial con semen de donante tuvo lugar por primera vez en 1884 a manos del Doctor William Pancoast en Filadelfia¹– los Estados Unidos han debatido si, y cómo, regular la tecnología reproductiva humana. Cuando se compara con otros países occidentales, los Estados Unidos cuentan con mucha menos regulación, y sin duda es con frecuencia un país de destino para el turismo de fertilidad por esa razón². Así y todo, uno no

* Traducción de Pablo de Lora.

¹ I. Glenn Cohen y Daniel L. Chen, *Trading-Off Reproductive Technology and Adoption: Does Subsidizing IVF Decrease Adoption Rates and Should It Matter?*, 95 MINN. L. REV. 485, 490 (2010).

² Véase I. Glenn Cohen, *PATIENTS WITH PASSPORTS: MEDICAL TOURISM, ETHICS, AND LAW* (Oxford University Press, en prensa, 2014).

debe confundir, al menos en este estadio, la falta de regulación con el consenso. Las tecnologías reproductivas en los Estados Unidos suscitan muchas controversias, en particular allí donde la tecnología amenaza con tocar el Santo Grial de la política estadounidense, a saber, las cuestiones relativas al aborto y al estatuto del feto.

Adaptando algunos trabajos previos³, en este ensayo discutiré tales controversias: las

³ I. Glenn Cohen, *Rethinking Sperm Donor Anonymity: Of Changed Selves, Non-Identity, and One Night Stands*, 100 GEO. L. J. 431 (2012); I. Glenn Cohen, *Can you Buy Sperm Donor Identification? An Experiment*, 10. J. EMPIRICAL LEG. STUDIES 715 (2013); I. Glenn Cohen *Regulating The Organ Market: Normative Foundations for Market Regulation*, 77 LAW AND CONTEMP. PROB _ (en prensa); Jonathan Will, I. Glenn Cohen, Eli Adashi, *When Potential Does Not Matter: What Developments in Cellular Biology Tell Us About the Concept of Legal Personhood*, 13 AM. J. BIOETHICS 38 (2013); I. Glenn Cohen & Eli Adashi, *Made-to-Order Embryos for Sale – A Brave New World?*, 368 N. ENGL. J. MED. (April 10, 2013); I. Glenn Cohen, *Personhood*, 2 J of Law (the Post) 437 (2012) (originalmente apareció en el blog prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2011/10/mississippi-personhood-amendment.html (Oct. 31, 2011); prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2011/11/the-constitutionality-of-mississippi-personhood-amendment-if-it-passes.html (Nov. 1, 2011); prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2011/11/stem-cells-ivf-and-abortion-is-there-a-right-and-left-position.html (Nov. 2, 2011); [12](http://prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2011/11/life-humanity-and-personhooda-</p></div><div data-bbox=)

enmiendas de la personalidad, los embriones por encargo y el carácter anónimo de la donación de esperma.

I. Las enmiendas en favor de la atribución de personalidad al concebido

a. Antecedentes teóricos

A la hora de presentar el bagaje de este asunto es útil introducir dos elementos teóricos más como prefacio a mi discusión sobre las enmiendas de la personalidad para así disipar cualquier confusión:

1. *Vida v. Personalidad v. Humanidad*

Tres cuestiones (al menos) deben ser distinguidas: Vida: ¿Es X un ser viviente o no? Humano: ¿Es X un miembro de la especie humana o no? Persona: ¿Es X una persona o no – y por persona queremos decir aquí el titular de un conjunto de derechos morales y legales, siendo lo más importante de ellos su carácter inviolable? La relación entre estos tres conceptos, con todo, no es obvia y depende de argumentación rigurosa.

source-of-some-confusion.html (Nov. 3, 2011) (vis. July 5, 2012).

Uno podría considerar que si X tiene VIDA+es HUMANO, entonces X es PERSONA. Esto supondría considerar que el hecho de ser un ser humano vivo es suficiente para ser persona.

Uno podría sostener que solo los seres humanos vivos son personas, y ello implicaría considerar que esas son condiciones necesarias. Pero ninguna de las dos proposiciones es verdadera de manera evidente.

Los defensores de lo que podría ser entendido como una concepción de la personalidad basada en "la cualidad X", por ejemplo, podrían estar en desacuerdo. Si apuestas por que la cualidad X es la capacidad para el razonamiento racional, podrías considerar a ciertos seres vivos no humanos (como los simios inteligentes o los alienígenas inteligentes si aparecen alguna vez) como personas. También podrías excluir algunos seres humanos vivos de la condición de persona, por ejemplo los niños anencefálicos o los severamente retrasados.

Peter Singer, por ejemplo, ha argüido célebremente que aquellas concepciones que equiparan ser humano con persona, y excluyen a los animales no humanos de la personalidad mediante un expediente definicional son

"especieístas", y que esta es una forma de discriminación equivalente al racismo.

Aun así hay ulteriores matices: ¿cuál es la cualidad adecuada o la conjunción de cualidades con las que despejar la incógnita "cualidad X"? ¿Tiene uno que poseer de hecho la cualidad X en ese momento para ser persona, o basta con tener el potencial de poseer la cualidad X en el curso ordinario de las cosas? ¿Qué significa el "curso ordinario de las cosas", por ejemplo, es el espermatozoide humano aislado el tipo de cosa que, de acuerdo con el curso ordinario de las cosas, tendrá el potencial de poseer la cualidad X? ¿Lo es un feto en gestación? ¿Puede trazarse una divisoria? Hay ulteriores cuestiones relativas a los seres humanos no vivos y su relación con la personalidad que pueden gobernar el modo en el que tratamos a los muertos. Finalmente, hay algunas preguntas sobre la relación entre la personalidad legal y moral, y en el marco de la personalidad legal entre concepciones constitucionales y no constitucionales de la personalidad.

Uno sólo puede llegar a desentrañar estas muy difíciles e interesantes preguntas, sin embargo, si es cuidadoso y advierte que ser un individuo vivo, ser un ser humano y ser una persona son tres conceptos distintos cuyas

interacciones son complejas y no auto-evidentes.

2. Porqué la FIV, las células troncales y el aborto suscitan cuestiones diferentes

Mucha gente que, en relación con el aborto, se identifica como "pro-vida", está en contra de la obtención de células madre cuando ello supone la destrucción de los pre-embryones (o de "embryones", sin más, ya se sabe que el lenguaje es poder), y, como ocurre frecuentemente como parte del proceso de la fecundación in vitro (FIV), el descarte de embryones. En contraste, mucha gente que se reclama "pro-elección" se opone a las prohibiciones del aborto, de la obtención de células madre o de la destrucción de embryones sobrantes de los procesos de FIV. Lo que trato de mostrar a mis estudiantes en clase, y lo que quiero aquí defender, es que los tres asuntos no necesariamente van de la mano y que el terreno es más complicado de lo que frecuentemente se supone.

En primer lugar, en lo que hace a la izquierda, como Judith Jarvis Thompson intentó célebremente demostrar en su (aun hoy bastante controvertido) trabajo, defender el derecho a abortar no es necesariamente inconsistente con el reconocimiento del carácter de persona del feto⁴. Es decir, incluso si uno cree

que los fetos son plenamente personas, se puede defender un derecho a no ser progenitor de gestación (por usar mi terminología⁵) por razones que derivan de la integridad corporal o, quizá, de la autonomía. Tal y como he defendido en otro momento, desde el punto de vista normativo y constitucional, el reconocimiento de un derecho a no ser progenitor de gestación no implica necesariamente el reconocimiento de un derecho a no ser padre genético, lo cual sugiere que el derecho a abortar y el derecho a tomar parte en la destrucción de embriones supernumerarios en procesos de FIV son claramente deslindables porque prohibir la destrucción de embriones sobrantes no exige imponer indeseados deberes gestacionales sobre nadie⁶. La desconexión es incluso más poderosa cuando pensamos en la obtención de células pues ninguno de los "derechos a no procrear" está involucrado. Ello implica que uno puede ser gozosamente pro-elección en lo que hace al aborto y prohibir la destrucción o descarte de embriones vinculado a la obtención de células troncales.

⁴ Judith Jarvis Thomson, *A Defense of Abortion*, 1 PHILOS. & PUBL. AFFS. 47-67 (1971).

⁵ Véase I. Glenn Cohen, *The Constitution and the Rights Not To Procreate*, 60 STAN. L. REV. 1135, 1136 (2008).

⁶ Ver por todos I. Glenn Cohen, *The Right Not To Be a Genetic Parent?*, 81 S. CAL. L. REV. 1115, 1174-80 (2008).

En segundo término, y en lo que se refiere al derecho al aborto, asumamos que la posición pro-elección sobre el aborto depende de la idea de que los fetos son personas o algo muy cercano a ello, de tal forma que su protección desplaza los intereses de evitar la maternidad gestacional de las mujeres embarazadas. Esa posición no implica que la destrucción de los embriones en todos los estadios de su desarrollo sea igualmente problemática. Mucho depende de la teoría que uno abraza sobre porqué a los fetos ha de concedérseles personalidad o derechos frente a su destrucción (sobre esta cuestión recomendando vivamente el capítulo sobre personalidad del libro de Cynthia Cohen sobre células troncales)⁷. Si la teoría sobre la personalidad que se adopta pende de la posesión actual de los criterios X, los criterios para atribuir X –tales como el sufrimiento fetal, sobre lo que he escrito en otro lugar⁸– pueden hacer que los fetos en los últimos estadios de gestación los satisfagan pero no los embriones en el momento en el que se descartan o destruyen como parte del proceso de FIV o de obtención de células troncales. De manera análoga, muchos han defendido una

⁷ CYNTHIA B. COHEN, *RENEWING THE STUFF OF LIFE: STEM CELLS, ETHICS, AND PUBLIC POLICY* (2007).

⁸ I. Glenn Cohen, *Fetal Pain, Abortion, Viability and the Constitution*, 39 J. L. MED. & ETHICS 235 (2011).

concepción de personalidad que hace de la existencia a partir del día 14 el criterio relevante, con lo que la persona empieza el día 14 tras la fertilización, una vez que el proceso de gemelación embrionaria –el potencial que alberga el embrión de dar lugar a gemelos monocigóticos- concluye. Este argumento se apoya frecuentemente en los problemas relativos a la identidad numérica⁹. Si el embrión era una persona antes del día 14 pero se convierte en dos individuos, ¿cuál de ellos era, la persona A o la persona B? Muchos quedan persuadidos por este argumento, aunque también hay quienes lo objetan (por ejemplo aquellos que afirman que si un palo se parte en dos eso no quiere decir que no era originalmente un palo, aunque otros ponen en duda la analogía)¹⁰. Para nuestros presentes propósitos, todo lo que quiero sugerir es que quien se opone al aborto puede de manera fácilmente consistente oponerse a la prohibición de destrucción de embriones tempranos.

Nada de esto significa que los fundamentalistas a ambos lados van a ser capaces de matizar. Si algo demuestran los estudios cognitivos culturales es justamente lo contrario¹¹. Aun así yo espero que los jueces

⁹ Véase Cynthia B. Cohen, *supra* nota 7.

¹⁰ *Id.*

¹¹ www.culturalcognition.net.

y académicos estén mejor equipados para ver esos matices.

b. Una breve historia de la controversia

En los Estados Unidos, más o menos desde el 2008, se ha venido formando un "movimiento pro-persona" [*personhood movement*] que pretende que los Estados individuales extiendan la atribución de personalidad jurídica a los embriones tempranos a quienes se atribuiría protección jurídica. Tal y como ha señalado Jonathan Will en su relato sobre el movimiento¹², estos esfuerzos pueden remontarse a la lucha de Kristi Burton, una mujer de veintiún años que, en colaboración con la organización Colorado for Equal Rights, aunó el apoyo necesario para presentar una iniciativa popular mediante la que se proponía una enmienda (la número 48) a la Constitución de Colorado.

Es muy importante destacar que el texto de esta iniciativa, así como la de medidas semejantes más recientes, no menciona el aborto, ni incluye la retórica que podemos encontrar en el preámbulo de la Constitución de Missouri.

¹² Jonathan F. Will, *Beyond Abortion: Why the Personhood Movement Implicates Reproductive Choice*, AM. J. L & MED. 39 (2013): 573-616.

De manera más específica, la enmienda 48 propuesta pretende añadir una nueva sección a la Constitución de Colorado que simplemente rezaría: "Sección 31. Definición de Persona. A los efectos de las secciones 3, 6, y 25 del artículo II de la Constitución del Estado, los términos "persona" o "personas" deben incluir cualquier ser humano desde el momento de la concepción". En el año 2008 el 73 % de los electores de Colorado votaron en contra, pero el día después Keith Mason fundó Personhood USA para seguir adelante con su objetivo.

En el año 2010 Personhood USA logró introducir otra iniciativa de enmienda constitucional popular en la papeleta de Colorado. El lenguaje, en esta segunda ocasión, era ligeramente distinto. La versión del año 2010 pretendía aplicarse a los mismos artículos constitucionales, pero en esta ocasión la enmienda propuesta establecía que los términos "persona" o "personas" se aplicarían "a todo ser humano desde el comienzo de su desarrollo biológico". El término concepción, por lo tanto, fue eliminado, y la razón aducida para el cambio fue la ampliación del rango de posibilidades para asegurar que el precepto incluyera cualesquiera personas creadas mediante reproducción asexual como en la clonación. Tal y como ocurrió en 2008, los opositores a la medida en 2010 esgrimieron su

preocupación por el impacto que la propuesta podría tener sobre la anticoncepción, los tratamientos de fertilidad y el tratamiento médico de las mujeres embarazadas. Estas inquietudes fueron públicamente tildadas por Personhood USA como una estrategia del miedo, pero aunque el lenguaje de la iniciativa era distinto, el resultado fue el mismo: el electorado de Colorado votó en contra por un margen de 3 a 1.

Así como los esfuerzos en Colorado se dirigían a la enmienda de la constitución estatal, a finales del 2010 un ciudadano de Alaska propuso enmendar la legislación existente. La enmienda legislativa propuesta perseguía "proteger el derecho natural a la vida y a la integridad corporal de toda la humanidad desde el inicio del desarrollo biológico" y establecía que "el derecho natural a la vida y a la integridad corporal del no nacido se sobrepone (sic) al derecho legal de la madre de consentir al daño o muerte del no nacido"

En Colorado la enmienda constitucional propuesta fue votada (y rechazada) por el cuerpo electoral, pero no así en Alaska, cuya iniciativa legislativa nunca llegó a las urnas. Antes bien, el lugarteniente del gobernador de Alaska (aconsejado por el Fiscal General del Estado) rechazó la iniciativa señalando "...su convencimiento de que los precedentes rele-

vantes (incluyendo Roe) hacían de la iniciativa algo claramente inconstitucional" porque tanto la Constitución federal como la de Alaska protegen el derecho a la privacidad de la mujer. El ciudadano que catalizó la iniciativa afirmó ante la prensa que le gustaría que la Constitución del Alaska fuera reformada para terminar con el aborto, pero en Alaska (a diferencia de Colorado) la Constitución no puede reformarse por iniciativa popular.

En Mississippi la Constitución estatal sí puede ser enmendada por iniciativa popular y Personhood USA ha dirigido sus esfuerzos al que pasa por ser el estado más conservador de la Unión en el período electoral de 2011. Si llegara a ser aprobada, la Medida 26 enmendaría la Declaración de Derechos de la Constitución de Mississippi para definir el término "persona" o "personas" de forma tal que "se incluya todo ser humano desde el momento de la concepción, clonación o su equivalente funcional".

A diferencia de Colorado, donde las encuestas pre-electorales de 2008 y 2010 anticipaban allí la derrota de las iniciativas en favor de la extensión de la personalidad, ciertos informes iniciales en Mississippi mostraban que por encima de un 80% del electorado se inclinaba por votar a favor de la Medida 26. Es más, los candidatos que se postulaban tanto

en la lista republicana como en la demócrata, incluyendo ambos candidatos a Gobernador, expresaron un abierto apoyo a la enmienda.

Fue en ese momento en el que me vi involucrado en estos debates. En el *New York Times* Jonathan F. Will y yo firmamos una tribuna sobre la Propuesta de Enmienda en Mississippi en la que sosteníamos que, independientemente de que uno fuera "pro-vida" o "pro-elección", la enmienda era una mala idea puesto que era ambigua en dos aspectos clave: (1) por un lado en que "fertilización" podría significar cualquier cosa desde el momento en el que el espermatozoide penetra el óvulo, hasta el momento en el que el óvulo fecundado se implanta en el útero (o no lo hace, como cuando en los procedimientos de fecundación in vitro no se usan), con lo que no resulta claro si, junto al aborto, incluye algunas formas de contracepción o el descarte de embriones sobrantes en procesos de fecundación in vitro y la obtención de células troncales; (2) no queda claro si la enmienda precisa o no de desarrollo y si, por tanto, impacta sobre el código penal y otras leyes, o si, en su lugar, requiere de alguna acción por parte del legislador procediendo a su adaptación por sectores del ordenamiento. Nosotros entendíamos que sin una enmienda clara, los ciudadanos de Mississippi no podrían en realidad saber lo que votan.

Es más, si los tribunales están inclinados a leer tales ambigüedades de forma tal que se evitan los problemas de constitucionalidad a nivel federal, incluso los grupos pro-vida que anhelan ofrecer a los tribunales una oportunidad para reconsiderar Roe pueden no conseguir lo que quieren con una enmienda ambigua.

También he participado en un debate público en Mississippi sobre la Enmienda¹³. Tal y como entonces escribí sobre esa experiencia:

A lo largo del debate resultaba muy obvio que los grupos pro-vida querían estar en misa y repicando con respecto a la cuestión de la eficacia directa de la enmienda tan pronto como les presionaba sobre este punto en la discusión. Si no va a ser una norma con eficacia directa, si se trata solo de la declaración de una medida política o de un principio, no se entiende porqué se despliegan tantos esfuerzos políticos y financieros. Ellos por su parte me acusaron de "agitar un espantapájaros" y la verdad es que siendo objetivos estoy cerca de hacerlo, pero albergo este temor que sí quiero compartir (aunque

¹³ www.cbsnews.com/8301-201_162-20126236/debating-mississippis-personhood-amendment/.

no "agitar"): temo que algunos grupos están abanderando una enmienda ambigua que tienen la esperanza de poder introducir gracias a los votantes de Mississippi protestando contra las probables implicaciones en cuanto a la fecundación in vitro y el aborto, para entonces presionar a los tribunales para que recalén en la enmienda pues ésta ha alterado otras normas penales en el Estado una vez que, de hecho, está impactando enormemente sobre las prácticas reproductivas. No pretendo hacer juicios de intenciones de quienes apoyan la enmienda. Estoy seguro de que las motivaciones son complejas, heterogéneas y en algunos casos sobre-determinadas. Pienso en realidad que el aborto es una cuestión difícil desde una perspectiva bioética y entiendo la fuente de los desacuerdos. Pero también compruebo que las posiciones que adoptan sobre la eficacia directa resultan muy peculiares, y aún no he escuchado una respuesta clara de quiénes apoyan la enmienda a la pregunta de por qué no creen que deba tener dicha eficacia. Hasta que no lo hagan públicamente persistiré en llamar la atención (que no "agitar demonios") sobre este temor.

También examiné en el discurso público qué pasaría si la enmienda se aprobara y un tribunal tuviera que revisar su lenguaje ambiguo y concluyera que la enmienda tenía eficacia directa.

He llamado la atención sobre el hecho de que si la ambigüedad del término "fertilización" es disuelta con el expediente de que engloba todo lo que ocurre desde el momento en el que el espermatozoide penetra el óvulo, la enmienda (si tiene eficacia directa) puede convertir en conductas típicas algunas formas de control de la natalidad, de destrucción de embriones sobrantes resultantes de procesos de fecundación in vitro, la derivación de células troncales y la interrupción del embarazo (antes y después del momento de la viabilidad). Permítaseme que aborde estos contextos uno por uno.

Si la enmienda se aplicara para prohibir abortos antes del momento de la viabilidad, la enmienda obviamente entraría en conflicto con *Roe* y *Casey* (las decisiones de la Corte Suprema en las que se anulan por inconstitucionales ciertas restricciones a la interrupción voluntaria del embarazo). Por supuesto que algunos defensores de la enmienda lo saben y lo que quieren es ofrecer a la Corte Suprema una oportunidad para revertir esas decisiones, pero creo que las prohibiciones de provocar

daño al feto en la práctica del aborto aprobadas en otros Estados sobre las que he escrito en otra ocasión (con Sad Sayeed) son en realidad una vía más promisorio para que la Corte reconsidere la cuestión, aunque finalmente también pensamos que se trata de normas inconstitucionales por las razones que exponemos en ese trabajo.

¿Y qué decir de la aplicación de la enmienda para criminalizar la destrucción de embriones fertilizados mediante fecundación in vitro pero que se descartan cuando no se necesitan, esto es, forzar a que todos los embriones estén disponibles para la adopción embrionaria? En este punto la cuestión torna en la de si hay un derecho constitucional federal a no procrear (o, tal y como prefiero expresarlo, derechos a no procrear). He escrito sobre ello en el contexto de las disputas en los tribunales sobre la asignación de embriones en casos de disolución matrimonial, cuando los jueces tratan de fundamentar dicho derecho¹⁴. En ese artículo expresé algunas dudas sobre la existencia de un derecho a no ser padre genético cuando se desliga del interés en no llevar a término una gestación no deseada o adquirir la paternidad legal, pero también esgrimí algunos argumentos en relación con la acción o

¹⁴ See Cohen, *The Constitution and the Rights Not To Procreate*, *supra* nota 5.

abstención del poder público que resultan menos relevantes en este contexto. Está también la cuestión práctica de si la prohibición puede ser sorteada mediante el expediente de una congelación indefinida de los embriones antes que su destrucción o adopción.

En cuanto a su aplicación como una prohibición de la obtención de células troncales embrionarias, dudo de que haya un problema de constitucionalidad a nivel federal especialmente si se acepta *Abigail Alliance*¹⁵ como una decisión que sienta jurisprudencia en esta materia (por decirlo todo, actué como representante del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en este asunto cuando ejercía la profesión). La Corte concluyó que los pacientes terminales no tenían un derecho constitucional al acceso a medicamentos experimentales que no habían superado la fase II del ensayo clínico. No es la menor de las razones la de que las células troncales están lejos de tener valor terapéutico en este momento, con lo que el argumento parece incluso más débil que en el caso *Abigail Alliance*.

Albergo más dudas acerca de la aplicación a ciertas formas de control de natalidad que

¹⁵ *Abigail Alliance for Better Access to Dev. Drugs v. Eschenbach*, 445 F.3d 470 (D.C. Cir. 2006) rev'd en banc, 495 F.3d 695 (D.C. Cir. 2007).

interrumpen el embarazo una vez que el espermatozoide ha penetrado el óvulo. De acuerdo con *Griswold*, *Carey*, y *Eisenstadt* (si se leen en clave "debido proceso" y no de "igual protección") parece que se contraviene un derecho fundamental. Sin embargo, quizá el Estado podría argüir la disponibilidad de formas anticonceptivas de control de la natalidad de tal forma que la prohibición superará el test del escrutinio estricto. Cabría pensar en este supuesto como un análogo de control de natalidad a la más reciente decisión de *Carhart* sobre el procedimiento de aborto por nacimiento parcial, esto es, que el Estado puede legítimamente excluir algunas formas de contracepción en la medida en que permite otras¹⁶. Dicho esto, gran parte de la opinión en *Carhart* se apoyaba sobre las concepciones de Kennedy relativas al arrepentimiento de las mujeres sobre sus decisiones abortivas, sobre las que mi colega Jeannie Suk, entre otras, ha escrito que uno puede cabalmente concluir que la opinión está absolutamente circunscrita al aborto, e incluso así no como un argumento que pueda tomarse como definitivo¹⁷. Así pues, en mi interpretación, la constitucionalidad variará de manera dramáti-

¹⁶ See *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124, (2007).

¹⁷ "The Trajectory of Trauma: Bodies and Minds of Abortion Discourse," 110 *Columbia Law Review* 1193 (2010).

ca en función del contexto de aplicación de la norma.

II. El anonimato del donante de esperma

El segundo debate reciente en el que me quiero centrar es el relativo a si se debe permitir que los donantes de gametos sean anónimos.

a) El Derecho vigente

En los Estados Unidos los pacientes cuentan con muchas opciones en relación con los potenciales donantes de gametos. Una manera de pensar sobre ellos es dividirlos en función de dos características relativas al donante y un rasgo del método de inseminación.

1. Anónimos versus conocidos:

Un donante conocido es aquel con el que se tiene una relación pre-existente. Puede ser un familiar o un amigo. La gran mayoría de las inseminaciones de donante lo son de donante anónimo y el esperma procede de un banco.

2. Las opciones del donante anónimo: donación anónima versus donación identificada/abiertamente/desvelada

Entre los donantes anónimos en los Estados Unidos, extraños al comienzo del proceso, hay dos opciones convencionales sobre el tipo de contacto que el hijo puede tener con el donante cuando el menor alcanza la mayoría de edad. Los donantes anónimos son aquellos que siempre permanecerán no identificados tanto para el receptor como para el hijo. Así como los receptores conocerán cosas tales como su color de pelo, altura e información médica, nunca podrán acceder a la información que identifica al donante que tampoco recibirá información identificativa sobre los receptores. Esto significa que si el niño desea contactar con el donante no será posible, y a la inversa.

Pese a que denominamos "anónima" a la donación anónima, el término alude fundamentalmente al hecho de que el banco nunca revelará información identificativa del donante o el receptor, lo cual no es lo mismo que garantizar que el niño que resulta del proceso nunca será capaz de descubrir quién fue el donante. Hay muchos foros en Internet y lugares semejantes que han permitido que niños concebidos por donación rastreen sus orígenes y conecten con otros niños concebidos con espermatozoides del mismo donante.

La alternativa más importante a la donación anónima es la donación con opciones de

identificación/identificación abierta/desvelamiento de la identidad. En términos generales se trata de un donante que ha accedido a aportar información a un niño producto de su donación. En muchos casos los niños están capacitados para acceder a dicha información sólo una vez que han cumplido 18 años. Los detalles concretos de estos programas varían de banco a banco. Por ejemplo, en algunos bancos el nombre del donante y la información de contacto será revelada a instancia del menor cuando cumpla 18, pero no en otro caso (lo cual incluye los supuestos en los que el receptor nunca informa al menor de su origen). En otros bancos los niños no obtienen la información identificativa directamente. Antes bien, una solicitud de contacto es hecha primero por el banco al donante y éste tiene la posibilidad de acceder o no al contacto. Otros programas pueden facilitar ambas clases de contacto antes de los 18 años.

Si bien en los programas identificación/identificación abierta/desvelamiento de la identidad los donantes han elegido inicialmente la opción de poder ser contactados cuando el concebido alcance los 18 años, no hay ninguna garantía de que sus preferencias no cambien. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en el que ellos mismos han formado una familia desde entonces y ya no desean ser conocidos por el individuo creado a partir de su esperma.

Simplemente porque el donante accedió a ser parte de este tipo de programa, no hay garantía de que será receptivo al contacto futuro cuando su hijo genético le quiera conocer. También es importante no confundir "contacto" con "relaciones". El contacto puede ser simplemente una llamada de teléfono o un correo electrónico, lo cual no garantiza el surgimiento de una relación de ningún tipo con el donante.

Cuando un donante quiere donar anónimamente, los bancos típicamente aceptan contractualmente guardar confidencialidad. Ese acuerdo es típicamente aplicable, pero ha habido al menos un caso en los Estados Unidos en el que un tribunal ha ordenado un desvelamiento parcial de la identidad del donante de esperma.

Se trata de *Johnson v. Superior Court*, una decisión del Tribunal de Apelaciones de California del año 2000 relativa a un menor nacido a partir de una donación anónima de un donante conocido como "Donante 276" que donó a un banco de California. Diane y Ronald Johnson emplearon los gametos para concebir a su hija Brittany, pero, desgraciadamente contrajo la enfermedad conocida como Enfermedad poliquística renal autosómica dominante (PQRAD). El banco aseguró al matrimonio Johnson que el esperma del do-

nante había sido plenamente examinado y cribado genéticamente. Ninguno de los dos padres padecían del PQRAD ni había antecedentes familiares, lo cual les llevó a pensar que quién había transmitido la enfermedad era el donante. Así que demandaron al banco porque alegaban que éste conocía los antecedentes familiares de enfermedad renal, hipertensión y patologías neurológicas de la madre y hermana del donante, indicios de padecer el PQRAD. La pareja alegaba la existencia de negligencia profesional, fraude e incumplimiento de contrato y pretendieron que se tomara declaración al Donante 276 para así mostrar que dicho donante no había engañado al banco y que era éste el responsable, pero el banco rehusó revelar la identidad del donante.

El banco señalaba que el contrato con el donante especificaba que su identidad sería "mantenida en la más estricta confidencialidad a no ser que un tribunal ordenara el desvelamiento por una buena causa", y alegaba que desvelar la información identificativa sobre el donante vulneraría el contrato y el derecho a la intimidad del donante.

El Tribunal, en cambio, consideró que la promesa de confidencialidad entraba en conflicto con el orden público (*public policy*) y no era aplicable. Si bien el tribunal sostuvo que

el donante tenía derecho a la intimidad, concluyó que revelar su nombre para permitir que testificara, así como su historia clínica, no violaba su intimidad. El tribunal, por tanto, conminó a que se revelara su nombre y dirección para posibilitar el testimonio y también instó a que se conociera parte de su historia clínica, pero al tiempo indicó que su identidad debía "protegerse en la mayor medida posible y que las identidades de los miembros de su familia no se revelaran".

Este es uno de los pocos (quizá el único) de los casos documentados en los que un tribunal de los Estados Unidos ha ordenado a un banco de esperma revelar el nombre y la información de un donante de esperma anónimo. Aunque este caso sienta jurisprudencia en California, que otros tribunales vayan a sentirse vinculados por su doctrina es una cuestión abierta. Hasta nueva orden, estos acuerdos de confidencialidad siguen siendo válidos.

Más allá de los casos judiciales, un Estado hasta ahora, el Estado de Washington, ha impuesto legislativamente el desvelamiento siempre que el donante no objete a ello. La norma establece que las clínicas de reproducción asistida deben conservar la "información identificativa" del donante, con lo que quieren decir: "el nombre propio y los apellidos así

como la edad del donante en el momento de la donación". De acuerdo con la norma, los descendientes que tienen 18 años de edad al menos, pueden solicitar el acceso a esa información "salvo que el donante haya firmado una declaración jurada de confidencialidad con la clínica". En ese caso el descendiente no obtiene la información.

Actualmente hay presiones para que los Estados adopten registros obligatorios de donantes de espermatozoides, del tipo de los ya existentes en Suecia, Austria, Alemania, Suiza, los Estados australianos de Victoria y Australia Occidental, los Países Bajos, Noruega, y, más recientemente el Reino Unido y Nueva Zelanda. En estos países los nuevos donantes de gametos masculinos y femeninos son normalmente obligados a aportar información identificativa en un registro. Una vez que el descendiente alcanza la edad de 18 años él o ella tiene derecho a solicitar y obtener el nombre del donante y su último domicilio conocido.

3. *Que participe un médico acreditado vs. no emplearlo*

Una tercera característica útil para categorizar el mundo de la fecundación artificial a partir de donante es la relativa no ya al donante de espermatozoides sino al modo en el que se

obtiene el esperma. Como se verá cuando discutamos las cuestiones jurídicas involucradas, en algunos Estados y para algunos propósitos el Derecho distingue entre la inseminación hecha por un médico acreditado de la inseminación practicada por uno mismo, especialmente en lo que hace a las consecuencias jurídicas para la paternidad.

En los Estados Unidos, la forma en la que escoges el donante de esperma y el modo en el que esta inseminación tiene lugar puede ser crucial en la determinación de la paternidad. Y es que, en los Estados Unidos, no hay ley federal que regule la paternidad resultante del uso de la inseminación artificial, con lo que tenemos una pléyade de normas que varían de Estado a Estado. Hay, con todo, unas cuantas aproximaciones generales. La *Uniform Parentage Act (UPA)* es una influyente ley-modelo que muchos Estados han adoptado en alguna de sus variantes.

La UPA de 1973 establece que si el receptor es una mujer casada, entonces su marido será el padre si (1) aquél consintió por escrito, y (2) la inseminación fue hecha bajo supervisión médica. Bajo esta normativa la paternidad de quienes fueron concebidos con esperma de donante es incierta para las mujeres solteras (y, en estos días, potencialmente para las mujeres casadas con otros mujeres), para

aquellas cuyo marido no consintió, o cuando la inseminación no fue médicamente supervisada. Esta versión aún está vigente en algunos Estados. En la práctica, los hombres que donaron anónimamente en estos Estados no se enfrentarán a una reclamación de paternidad porque el Estado normalmente no podrá levantar el velo del anonimato, pero en teoría lo podrían hacer.

A comienzos de los 2000 se promulgó una nueva versión de la UPA, la que se conoce como 2002 o 2000 UPA. En ella la referencia al estatuto marital de la mujer y al consentimiento del marido se ha eliminado. En su lugar, la norma más directamente específica que, en el caso de donación de esperma, no se adquiere la paternidad legal si la concepción tuvo lugar mediante inseminación artificial y el donante no tuvo la intención de convertirse en padre. La nueva versión, sin embargo, permite al donante que reclame la paternidad si puede probar que vivió con el niño o niña en los primeros dos años de su vida y le tenía como su hijo o hija. Esta versión está vigente en Alabama, Delaware, North Dakota, Oklahoma, New Mexico, Texas, Utah, Washington, and Wyoming. Con donantes de esperma desconocidos hay pocos riesgos de que esta paternidad se reclame en estos Estados porque el donante normalmente no habrá tenido contacto alguno con el descendiente, o,

incluso, en algunos casos ni sabrá que ha llegado a nacer en esos primeros dos años. Para el caso de los donantes conocidos, sin embargo, las receptoras tendrán que ser cuidadosas con el tipo de contacto que van a permitir al donante conocido con su hijo en los primeros años de su vida. Si se permite un contacto muy intenso el donante puede reclamar la paternidad.

Por último, en torno a un tercio de los Estados no cuentan con normativa alguna relativa al estatuto parental de los niños nacidos por inseminación artificial. Esta lista incluye los Estados de Georgia, Hawaii, Indiana, Iowa, Kentucky, Maine, Maryland, Michigan, Mississippi, New York, Nebraska, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Vermont, and West Virginia. En estos Estados los tribunales tienen que lidiar con la paternidad en los supuestos de inseminación artificial caso por caso. Si bien no cabe predecir qué pasará en ninguno de estos Estados en particular, aquellos que concibieron usando esperma de donante anónimo están protegidos frente a posibles reclamaciones de paternidad por la sencilla razón de que el donante de esperma no aparece en el cuadro. La paternidad legal de los donantes sí conocidos es un poco más incierta y hay una mayor probabilidad de que el donante de esperma sea finalmente tenido como el padre.

Considérese, sin ir más lejos, la decisión de la División de Apelaciones de la Corte Suprema del Estado de Nueva York en el caso de Thomas S. v. Robin Y (1994). Nace un niño concebido por una mujer lesbiana que había obtenido espermatozoides de un individuo gay al que conocía. La inseminación se produjo exitosamente en la casa de un amigo. El niño nació en San Francisco, ciudad en la que la madre, su pareja, y el hijo genético de ésta se habían ubicado por razones de trabajo de la pareja. Al bebé se le pusieron los apellidos de la madre y de su pareja y el donante de espermatozoides no fue consignado en el certificado de nacimiento. La madre y su pareja pagaron todos los gastos asociados al proceso de reproducción. Al donante se le informó del nacimiento y acudió al domicilio de la madre con un ramo de flores para celebrarlo. Más tarde en aquél año, la familia se mudó nuevamente a Nueva York. Durante los tres primeros años de la vida del bebé el donante vio al niño sólo una o dos veces, coincidiendo con su estancia en Nueva York por viajes de negocios. Siguiendo un acuerdo verbal entre ambos no llamó o hizo regalos durante ese período, transcurrido el cual la madre y su pareja decidieron organizar el encuentro del bebé con su padre. En los siguientes seis años hubo 26 visitas del donante al niño, cuya duración osciló entre los pocos días y las dos semanas. La madre estimaba que el donante pasó unos

sesenta días con el niño durante ese tiempo, mientras que la estimación del donante era de 148 días. En julio de 1990 el donante pidió que el niño le acompañara a la casa de la playa de sus padres, donde estaría junto a sus tíos y primos pero no se sentía con la confianza suficiente como para que también acudieran con ellos la madre y su pareja. A la madre el plan no le hacía feliz y no se mostraba dispuesta a que el niño fuera sin ella. En el curso de este desencuentro el donante apuntó su deseo de reclamar su paternidad lo cual fue considerado por la madre con un incumplimiento del acuerdo verbal y el donante acudió a los tribunales.

El tribunal acogió las pretensiones del donante y determinó que era el padre sosteniendo que el comportamiento de la madre, el hecho de que hubiera "fomentado, durante un período de tiempo sustancial, la relación entre" el donante y su hijo era suficiente para otorgarle los derechos de paternidad.

Y es que incluso en casos gobernados por la versión de la UPA de 1973 los donantes conocidos han sido en ocasiones reconocidos como padres, también cuando hay un acuerdo entre las partes que establece lo contrario.

Así, considérese el caso *Mintz v. Zoernig* (2008) resuelto por la Corte de Apelaciones de

New Mexico. En este caso una mujer lesbiana fue presentada por su pareja a un eventual donante de esperma. Eran amigos desde hacía algunos años, años durante los cuales la que llegaría a ser madre le pidió repetidamente que donara esperma para que así pudiera concebir un niño. El hombre accedió finalmente en el entendido de que, si bien donaría esperma y cumpliría una función de servir como referente masculino para el menor, las mujeres serían las madres primarias y él no tendría obligación financiera alguna con respecto al niño. Sin que intermediara ningún médico, la mujer se inseminó ella misma con el esperma donado por el hombre, de resultas de lo cual nació un niño y pronto las partes celebraron un contrato por escrito en el que se recogía su acuerdo. La madre y su pareja se separaron con posterioridad y aquélla preguntó nuevamente al donante si estaría dispuesto a donar nuevamente esperma bajo las mismas condiciones acordadas. Celebraron así un contrato verbal en el que se estipulaba que él donaría esperma y cumpliría la función de servir como modelo masculino, pero que ella sería la madre primaria y que él no tendría obligación de alimentos. La madre, de nuevo, se inseminó y, como en la primera ocasión, dio a luz a un segundo hijo.

Tras el nacimiento de ambos niños las partes se comportaron según lo estipulado. El

hombre tenía un contacto significativo con los niños pero la madre era la que asumía primariamente la paternidad sin que él contribuyera financieramente a sufragar los costes. Sin embargo, tres años después del nacimiento del segundo de los niños, la madre reclamó la paternidad y el pago de alimentos de ambos por parte del donante. Finalmente las partes acordaron que el donante pagaría 250\$ al mes por alimentos más 50\$ al mes para satisfacer lo adeudado. Con posterioridad la madre intentó que los pagos fueran superiores, momento en el cual el padre cuestionó que tuviera obligación financiera alguna en primer lugar impugnando su paternidad.

El tribunal dio la razón a la madre y consideró que el donante de espermatozoides era el padre del menor pues entendía que la normativa UPA de 1973 no le eximía de los deberes paterno-filiales por el hecho de que la inseminación fuera doméstica y sin supervisión médica. Sostuvo igualmente que el hombre había actuado como padre y había establecido una relación con los niños pudiendo visitarlos regularmente. Es más, en algunos momentos se había quejado de que la madre estaba imponiendo arbitrariamente condiciones de visita que interferían en su relación con ellos desde el nacimiento. De hecho, poco después de que la madre planteara su inicial exigencia de apoyo financiero, el donante esgrimía sus

derechos de visita al demandarla ante los tribunales alegando que la madre "había interferido en sus relaciones con los niños imponiendo condiciones de visita arbitrarias". El tribunal entendió que el acuerdo de renuncia a sus obligaciones de alimentos no podía aplicarse por ser contrario al orden público del Estado.

Estos dos casos muestran algunas de las incertidumbres que nos salen al paso cuando se emplea esperma de un donante conocido. Así como no todos los Estados seguirían esta aproximación a la cuestión, y mucho depende de los detalles específicos del caso, cuando los donantes de esperma son conocidos existe el riesgo de que, o bien los donantes reclamen su paternidad contra los deseos de las madres, o bien que la madre pretenda obtener apoyo económico del donante e imponerle la paternidad en contra de su voluntad. Acuerdos legales claros ciertamente ayudan a reducir algunas de estas complicaciones, pero incluso cuando existen, las receptoras deben tener cuidado a la hora de permitir contacto a los donantes conocidos en los primeros años de vida del niño.

b) La cuestión normativa: ¿deben los Estados Unidos adoptar un registro obligatorio de donantes?

Una corriente favorable a la prohibición de la donación anónima está rápidamente ganando adeptos en los Estados Unidos¹⁸ y una de sus más apasionadas e inteligentes defensoras es Naomi Cahn¹⁹. En lo que sigue explicaré porqué creo que este movimiento y sus objetivos resultan equivocados, tomando como punto de partida el trabajo de Cahn pero con la pretensión de que mis objeciones alcancen a todos los que proponen el anonimato y no sólo a ella.

Los defensores de este cambio regulativo anhelan la implantación de un registro obligatorio de donantes al modo en el que éste existe en Suecia, Austria, Alemania, Suiza, los estados australianos de Victoria y Australia Occidental, los Países Bajos, Noruega, y, más recientemente, el Reino Unido y Nueva Zelanda²⁰. El sistema británico es emblemáti-

¹⁸ Como prueba de la pujanza de esta corriente, véase una reciente sección "Room for Debate" del periódico *New York Times* "Room for Debate", una conversación virtual a la que Cahn contribuyó. Véase *Making Laws About Making Babies*, N.Y. TIMES (Sept. 13, 2011), <http://www.nytimes.com/roomfordebate/2011/09/13/making-laws-about-making-babies>.

¹⁹ Véase por todos Naomi Cahn, *The New Kinship*, GEO. L. J. 367 (2012) (obra en la que desarrolla un marco jurídico para las redes familiares fruto de donaciones de gametos).

²⁰ Véase Cahn, *The New Kinship*, *supra* nota 19, pp. 419-425. Para una discusión de los regímenes foráneos,

co en la exigencia de que los nuevos donantes, de espermatozoides y óvulos, pongan a disposición del registro su información identificativa y el permiso para que un niño concebido por donación de gametos "tenga el derecho a solicitar y obtener el nombre del donante y su último domicilio conocido una vez que alcancen los 18 años" ²¹.

Voy a exponer cuatro problemas que aquejan internamente al argumento de Cahn en favor de estos registros. Pongo, por ello, a un lado las críticas más externas que se basan en aspectos tales como el gran valor que Cahn atribuye a la conexión genética o el menor valor de la reproducción anónima, la naturaleza aparentemente menor de los daños a los niños implicados²², la posibilidad de que su aproximación cosifique el esencialismo genético y que así se refuercen los daños

véase I. Glenn Cohen, *Beyond Best Interests*, 96 MINN. L. REV. 1187 (2012).

²¹ *Can You Be Anonymous as a Sperm, Egg or Embryo Donor?*, HUMAN FERTILISATION & EMBRYOLOGY AUTHORITY, <http://www.hfea.gov.uk/1973.html> (última visita el 10 de noviembre de 2009). Un tribunal provincial de mi país de origen, Canadá, ha declarado recientemente inconstitucional la norma de la provincia que permitía el anonimato de donante a partir de la analogía con las adopciones no anónimas. Véase *Pratten v. British Columbia (Att'y Gen.)*, 2011 BCSC 656 (Can.).

²² See Cahn, *The New Kinship*, *supra* nota 19, pp. 382-386.

mismos que genera la ausencia de conexión social con los padres genéticos, o las asunciones subyacentes relativas a que el poder público es un mejor juez en cuestiones relacionadas con los niños que sus padres genéticos o de crianza.

Los problemas internos al argumento que voy a abordar son los que tienen que ver con sus apelaciones al daño que se genera para donantes y receptores, para los individuos resultantes de estos actos de reproducción y el que hecho de que privilegie la analogía de la reproducción asistida con la adopción y no así con la reproducción coital. Finalmente, voy a sugerir que el argumento de Cahn puede no ir suficientemente lejos incluso sobre sus propias premisas al defender un registro meramente "pasivo" al que los descendientes tienen que acudir para saber si fueron concebidos con gametos de donante, y no así un registro "activo" que les localizaría.

1. *Daño al donante y a los padres receptores y yoes cambiantes*

Cahn apunta dos justificaciones primarias distintas para la implantación de tales registros: la prevención del daño a los niños concebidos con gametos de donante²³ y la evita-

²³ Véase *infra*.

ción de daño a otros que no son el niño y que examino ahora. El argumento del daño infligido al donante y a los padres receptores es ofrecido en parte como una respuesta a las objeciones que he hecho al poner en cuestión los argumentos del daño al descendiente²⁴, con lo que merece la pena comprobar si esta respuesta es exitosa o si, de hecho, al fin y a la postre Cahn tiene que recalar solamente en los argumentos basados en el daño al descendiente.

Cahn afirma: "Consecuentemente, un paradigma nuevo para las familias formadas a partir de donaciones de gametos no sólo considera al hijo, sino que también tiene en cuenta a los donantes, los padres, la red familiar del donante o la comunidad más extensa. Algunos intereses parentales pueden promoverse mediante este nuevo paradigma, intereses tales como contactar con los descendientes genéticamente relacionados e incluso el donante, asegurando la integridad de sus propias familias y respetando los intereses de los menores. Un enfoque basado sólo en la regulación, más que en las relaciones, también pasa por alto los intereses del donante en ser

²⁴ Véase I. Glenn Cohen, *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*, 96 MINN. L. REV. 423 (2011).

conocido y en poder establecer lazos con sus descendientes"²⁵.

Este argumento es bastante endeble como sostén del tipo de registros que Cahn defiende basados en el modelo usado en el Reino Unido y en otros lugares. Tal y como ella hace notar en una nota a pie de página hay una solución basada en el mercado para esta preocupación suya: los donantes que quieren que sus descendientes entren en contacto con ellos, o los receptores que quieren que los donantes tengan la opción de establecer contacto con sus hijos genéticos, pueden optar por un sistema de donación de identidad conocida en el que tanto donantes como receptores optan por la identificación²⁶.

Así, al exigir una solución uniforme Cahn no está permitiendo a la gente que escoja la categoría que prefieren y que por tanto maximicen su propio bienestar y planes de vida, sino que, antes bien, está exigiendo que todo el mundo pueda ser contactado ya lo quieran o no. Un registro obligatorio no puede justificarse basándose en los intereses de estos actores porque la solución basada en el mer-

²⁵ Cahn, *The New Kinship*, *supra* nota 19, p. 425 (énfasis omitido).

²⁶ *Id.* p. 425 n. 308. Cahn reconoce generosamente haberla incitado en este punto. *Id.*

cado promueve mejor que una regulación uniforme los intereses de donantes y receptores.

La respuesta de Cahn a esta crítica²⁷ es que a ella le preocupa en realidad lo que en otros contextos he denominado "afecto prospectivo" o "experiencia transformativa" o argumentos del tipo "yo cambiante":²⁸ los donantes o los padres receptores (o ambos) creen que no quieren la identificación pero más tarde cambiarán de opinión y querrán tener contacto con sus descendientes.

Son varios los problemas que afectan a este argumento. En primer lugar su carácter en exceso paternalista. En segundo lugar, el hecho de que Cahn no aporta evidencia empírica que demuestre que este cambio de preferencias sobre el que conjetura es probable. De hecho, parece igualmente posible que aquellos que están de acuerdo con un sistema de identificación obligatoria más tarde se arrepientan de *ello*²⁹ y no es claro por qué esa

²⁷ *Id.*

²⁸ Véase Cohen, *The Right Not To Be a Genetic Parent?*, *supra* nota 6 pp. 1174–80 (2008) trabajo en el que discuto estos argumentos en el argumento de la disposición de embriones y los acuerdos de gestación por sustitución.

²⁹ Es difícil obtener evidencia del fenómeno, pero hay al menos un estudio sugerente. Un trabajo de 2003

experiencia transformativa no debería recibir igual peso. Finalmente, incluso a partir de sus propias premisas, el argumento no puede dar soporte al tipo de registro de donantes que propone Cahn y que está en vigor en el Reino Unido y otros lugares, un registro en el que los individuos concebidos con gametos de donante pueden acudir a la edad de 18 años para saber si fueron así concebidos, y, si fue el caso, conocer el nombre del donante. Antes bien, lo que apoyaría es solo un sistema en el que los *padres receptores* pueden, tras cambiar de preferencias, telefonar al registro y obtener el nombre del donante, o los *donantes* pueden igualmente hacerlo y obtener el nombre de los receptores. Si los cambios en las

investigó las parejas estadounidenses que habían concebido hijos mediante un programa de donación de esperma de "identidad abierta" y habían tenido hijos que, en ese momento, tenían entre 12 y 17 años. En la investigación se vio que, entre los heterosexuales, el 30 % de los padres receptores no habían revelado a sus hijos que habían sido concebidos mediante donación de esperma, en comparación con el 0 % que no habían hecho tal cosa entre madres lesbianas y solteras (aunque dos tercios de los padres heterosexuales alegaban que lo revelarían en algún momento). Véase J.E. Scheib et al., *Choosing Identity-Release Sperm Donors: The Parents' Perspective 13-18 Years Later*, 18 HUM. REPROD. 1115, 1120 (2003). Aunque no quiero dar una excesiva importancia a este estudio —la muestra era pequeña (diez padres heterosexuales)— revela que al menos algunos padres receptores que voluntariamente buscan programas de desvelamiento de la identidad del donante luego cambian de opinión.

preferencias de los donantes o los receptores es la inquietud motivante del argumento de Cahn, el tipo de registro que ella promueve no sirve a esos intereses porque descansa en la iniciativa del descendiente de contactar con el registro, lo cual es *independiente* de los cambios en las preferencias de donantes o receptores.

Por lo tanto, el daño a los intereses parentales debe descartarse como una justificación suficientemente robusta para establecer el tipo de registro obligatorio que Cahn apoya. Para que el argumento de Cahn sea efectivo necesariamente habrá de recalar en la apelación a que estos registros son deseables para prevenir el daño a los descendientes que resulta de la donación anónima de gametos.

2. Daño a los descendientes y No-Identidad

Uno de los principios rectores del Derecho de familia es la prevención del daño a los menores, o, si se prefiere, la protección del bienestar de los niños o de sus mejores intereses. En otro lugar he defendido que la transposición de este principio a las regulaciones diseñadas para "proteger" a los menores en el contexto reproductivo alterando cuándo, si, o con quién, los individuos se reproducen es retóricamente atractiva pero está aquejada de

problemas filosóficos profundos asociados con el problema de la No-Identidad de Derek Parfit tal y como se reconoce por los tribunales en el contexto de la responsabilidad extracontractual al rechazar las acciones de responsabilidad por vida perjudicial (*wrongful-life*)³⁰.

Sin entrar en muchos más detalles de este otro trabajo, este es el nudo gordiano de la cuestión: siempre que una pretendida intervención determinará ella misma si un individuo llegará a existir, los argumentos que tienen como premisas el bienestar de aquéllos son problemáticos. Salvo que la vida del menor "no merezca la pena ser vivida", no se podrá afirmar que al individuo se le ha dañado cuando la alternativa es no haber llegado a existir o procrear a un individuo diferente (genéticamente hablando) que lo sustituya. Así pues, cualquier intervención que altere si,

³⁰ Véase I. Glenn Cohen, *Intentional Diminishment, the Non-Identity Problem, and Legal Liability*, 60 HASTINGS L.J. 347, 348–50 (2008); Cohen, *Regulating Reproduction*, *supra* nota 24; Cohen, *Beyond Best Interests*, *supra* nota 20. Un conjunto de buenas discusiones del problema de la no-identidad en el contexto no jurídico, incluyendo la propia de Parfit es: DEREK PARFIT, *REASONS AND PERSONS* 358–59 (rev. ed. 1987); ALLEN BUCHANAN ET AL., *FROM CHANCE TO CHOICE: GENETICS AND JUSTICE* 224 (2000); Dan W. Brock, *The Non-Identity Problem and Genetic Harms—The Case of Wrongful Handicaps*, 9 BIOETHICS 269, 269–75 (1995).

con quién, o incluso cuándo, los individuos se reproducen no puede justificarse a partir de la protección del bienestar del individuo resultante salvo que aquél vaya a tener una vida que no merecerá la pena si la intervención no se da.

Las prohibiciones al anonimato del donante tienden a alterar si, y con quiénes, los individuos se reproducen. Tales regulaciones pueden hacer que potenciales donantes no lo hagan, alterando así si, y con quién, se reproducen. También modifica si los receptores se reproducen puesto que algunos eventuales progenitores no estarán dispuestos a ser usuarios de la inseminación artificial si la identificación del donante es obligatoria. Es más, los regímenes que prohíben el anonimato normalmente, *ceteris paribus*, reducen el número de donantes tal y como evidencia la experiencia en Suecia, la provincia australiana de Victoria, Inglaterra, Nueva Zelanda y los Países Bajos³¹. Si tal regulación produce una verdadera escasez de gametos habremos

³¹ Véase Gaia Bernstein, *Regulating Reproductive Technologies: Timing, Uncertainty, and Donor Anonymity*, 90 B.U. L. REV. 1189, 1207–18 (2010) (se trata de una reseña de CAHN, *supra* nota 19); June Carbone & Paige Gottheim, *Markets, Subsidies, Regulation, and Trust: Building Ethical Understandings into the Market for Fertility Services*, 9 J. GENDER RACE & JUST. 509, 540–41 (2006).

finalmente producido una restricción de facto sobre la reproducción de ciertos individuos que buscan donantes. Incluso si esta regulación tiene como única consecuencia el aumento de las listas de espera (como ha ocurrido en muchos países³²) ello también limita de facto si los individuos se reproducen porque algunas mujeres que buscan donantes de esperma estarán al final de su ciclo fértil y muchas veces se precisan múltiples intentos para que la inseminación sea exitosa³³.

Para lidiar con la escasez causada por la remoción del anonimato de donante, muchos países intentan reclutar nuevos donantes de esperma, alterando así *con quién* se reproducen los individuos. En Suecia y la provincia australiana de Victoria, "los esfuerzos de reclutamiento se han centrado cada vez más en los donantes más mayores, más altruistamente motivados como un modo de compensar los frustrantes efectos iniciales de la prohibición

³² Véase Bernstein, *supra* pp. 1193–94.

³³ La Sociedad Estadounidense de Medicina Reproductiva estima que con la inseminación artificial "la probabilidad mensual del embarazo ronda entre el 8 y el 15%" AM. SOC'Y FOR REPROD. MED., THIRD PARTY REPRODUCTION (SPERM, EGG, AND EMBRYO DONATION AND SURROGACY): A GUIDE FOR PATIENTS 12 (2006), disponible en: http://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/Resources/Patient_Resources/Fact_Sheets_and_Info_Booklets/thirdparty.pdf.

del anonimato del donante; una clínica de la provincia australiana de Nueva Gales del Sur incluso trajo "estudiantes canadienses a Australia para unas vacaciones de cortesía" que incluían la donación de esperma cada dos días³⁴. En un estudio reciente Travis Coan y yo hemos mostrado que en aquellos países que permiten la compensación al donante pueden contrarrestarse los efectos de una disminución de la oferta de donantes de gametos cuando se prohíbe el anonimato incrementando la cantidad pagada a los donantes, y, de esa forma, "comprando" identidad³⁵. El estudio, diseñado aleatoriamente, con medidas de evaluación contingente de doble ciego, y una población de hombres estadounidenses que satisfacían las características demográficas básicas de potenciales donantes de esperma, halló que los sujetos bajo la condición estudiada (prohibición del anonimato) tenían que ser pagados significativamente más para donar su esperma. Cuando concentramos nuestra atención sólo sobre aquellos sujetos que considerarían donar esperma, vimos que los individuos en el brazo de control (anonimato protegido) estaban dispuestos a aceptar una media de 43\$

³⁴ Véase Ellen Waldman, *What Do We Tell the Children?*, 35 CAP. U. L. REV. 517, 552-53 (2006).

³⁵ I. Glenn Cohen & Travis G. Coan *Can You Buy Sperm Donor Identification? An Experiment* J. EMPIRICAL LEG. STUD., 10 (4) 715 (2013).

para donar, mientras que los individuos en el brazo de tratamiento (anonimato prohibido) estaban dispuestos a aceptar como media 74\$. Estas estimaciones indican que costaría aproximadamente 31\$ por donación de esperma exigir a los donantes que se identificaran. Esta diferencia de precio corresponde grosso modo al de un banco de esperma estadounidense de primer nivel que opera tanto los programas de anonimato como de desvelamiento en términos de lo que pagan a los donantes.

Sin embargo, incluso si los mismos donantes proveen de esperma a los mismos receptores bajo cualquiera de los regímenes, la elección de régimen puede alterar *cuándo* donan (siendo más jóvenes o más mayores) y, por lo tanto, *cuándo* tiene lugar la reproducción. Por lo tanto, una prohibición del anonimato del donante no puede justificarse simplemente por consideraciones relativas al "daño" a los descendientes porque la regulación preveniría la existencia de estos menores en particular y no existe un argumento plausible que justifique que no tendrán una existencia que merezca la pena³⁶.

³⁶ De hecho, como he sostenido en otro lugar, la donación anónima de esperma constituye un caso más complejo pues tiene que ver con lo que denomino un problema de no-identidad imperfecto. Si una modificación del régimen de que permite el anonimato de la

Cahn reconoce mi argumento³⁷, pero da la impresión de querer evitar sus consecuencias. Permítanme que la cite y que ofrezca algunas reinterpretaciones posibles y después explique por qué estoy en desacuerdo con su posición.

donación de esperma a un régimen que lo prohíbe *siempre* altera cuando, si, y con quien los individuos se reproducen, cabría afirmar que el bienestar del menor es una justificación irracional –un problema de no-identidad "perfecto". En contraste, siquiera sea hipotéticamente, puede existir al menos un niño que habría llegado a nacer tanto en un régimen como en el otro— un individuo concebido cuando el mismo esperma de donante fecunda al mismo óvulo y para el que la regla no tiene efectos sobre si, cuando y con quién la reproducción tiene lugar. En relación con este particular individuo potencial (o potenciales), una justificación basada en el bienestar del niño será posible si se beneficia del acceso a la identidad genética de su padre, y es por ello por lo que llamo a este tipo de situación un problema de no-identidad imperfecto. Pero el número absoluto de menores para quienes esto ocurrirá es significativamente menor que el universo de todos los que han sido concebidos con donación de gametos. He argumentado en otro momento que este pequeño subconjunto de niños dañados no puede justificar el tipo de regulación que Cahn propone y que está vigente en otros lugares. Véase Cohen, *Regulating Reproduction*, *supra* nota 24. Creo estar en lo cierto sobre esto, y aunque Cahn no lo ha considerado, sigue siendo posible que ella u otros lo hagan en futuros trabajos.

³⁷ Cahn, *The New Kinship*, *supra* nota 19 p. 422.

3. *El argumento del último juicio*

En primer lugar Cahn afirma: "[M]ás que centrarnos en el "fruto del proceso", el enfoque que critica el profesor Cohen, debemos centrarnos en los derechos de un niño que realmente llega a existir. En este punto el test no debe ser: ¿habría sido mejor para este niño no llegar a nacer? En su lugar, tal y como Amartya Sen y Martha Nussbaum han insistido, hay una responsabilidad de maximizar las capacidades humanas"³⁸.

Una reinterpretación posible es que algo se puede hacer tras el hecho del nacimiento para remediar el "daño" infligido al menor permitiéndole acceder a la identidad de su padre genético³⁹. Esta reconstrucción adoptaría la estrategia del "último juicio" sugerida por Axel Gosseries en la aplicación del problema de la no-identidad en los contextos medioambientales⁴⁰. Gosseries se imagina a un individuo tratando de decidir si ir cotidianamente al trabajo en bicicleta o en coche teniendo en cuenta los efectos que ese comportamiento tiene para las generaciones

³⁸ *Id.* (he omitido la nota a pie de página).

³⁹ Esta discusión también aparece en Cohen, *Regulating Reproduction*, *supra* nota 24.

⁴⁰ Véase Axel Gosseries, *On Future Generations' Future Rights*, 16 J. POL. PHIL. 446, 459-61 (2008).

presentes y futuras. Elige finalmente conducir. Gosseries se imagina entonces que muchos años después su hija, que contará con 17 años y que es una activista medioambiental, le afea el haber dañado al medioambiente por no ir al trabajo en bicicleta. El hombre le responde entonces: "[S]i lo hubiera hecho, *tú* no estarías aquí" – y ello porque el individuo habría llegado a casa a una hora distinta cada día, y, por tanto, habría tenido relaciones sexuales con su mujer en momentos distintos y habría generado un hijo distinto. El padre prosigue señalando: "Puesto que tu vida en este ambiente contaminado, pese a todo, merece la pena, ¿de qué me culpas? Ciertamente yo no te he dañado"⁴¹.

Gosseries está en desacuerdo con el padre. Para Gosseries cuando hay una superposición entre generaciones (al menos hasta cierto grado), puede haber una asimetría en el modo en el que el problema de la no-identidad inmuniza los daños pre y post-conceptivos. "En tanto en cuanto la decisión del padre en favor del uso del coche fue una condición necesaria para la existencia de la hija, sigue siendo inobjetable, de forma tal que sus acciones pre-conceptivas son inmunes al reproche moral en lo relativo a los presuntos daños

⁴¹ Véase *id.* p. 460 (he omitido las comillas internas).

infligidos a su hija"⁴². Así y todo, "...tan pronto como la hija es concebida, todas las ulteriores acciones del padre caen fuera del contexto de la no-identidad" de forma tal que "debemos esperar que el padre *se ponga al día* tan pronto como su hija ha sido concebida para, al final de su vida, ser capaz de eventualmente cumplir" sus obligaciones con ella en relación con el medioambiente⁴³. Incluso si el daño al medioambiente que el padre ha infligido ya es irreversible, señala Gosseries, "debe actuar de tal modo que compense por tales efectos negativos mediante medidas de sustitución (por ejemplo, reemplazando una especie extinguida con una nueva tecnología más eficiente energéticamente)"⁴⁴.

¿Podemos argumentar en esa misma línea en nuestro caso, es decir, que los padres receptores que han usado gametos de donante deben "ponerse al día" revelando posteriormente la identidad y que ello justifica la prohibición jurídica del anonimato?

El argumento sugeriría que la obligación de revelar al menor su verdadero padre genético –o al menos asegurar que dicha información está disponible en el registro– es como la

⁴² *Id.* p. 461.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

obligación que identifica Gosseries en el contexto medioambiental de adoptar tecnologías energéticamente eficientes. Así, Cahn puede alinearse con Gosseries al sugerir que el problema de la no-identidad no es de aplicación a las obligaciones hacia el menor que podrían ser satisfechas *una vez* ha nacido. ¿Funcionaría esta estrategia? Creo que no, por lo que denomino "problema de la anticipación". Una obligación jurídica para el donante de gametos de indicar su nombre en un registro abierto para el descendiente una vez cumple los dieciocho años, como hemos discutido antes, es precisamente el tipo de factor que probablemente alterará el comportamiento de donante y receptor acerca de cuándo, si, o con quién reproducirse. Por lo tanto, una obligación legalmente aplicable de ponerse al día retroalimenta la decisión de concebir y por lo tanto no está inmunizada en relación con el problema de la no-identidad. Así pues, incluso en lo que hace al anonimato del donante, el problema no puede evadirse mediante la justificación de la regulación en la prevención del daño al niño resultante.

Es cierto que, sin mayores disquisiciones filosóficas, la Corte Suprema de Pennsylvania aceptó un argumento en cierto modo similar en contra de la responsabilidad parental de los donantes de espermatozoides conocidos. En un caso en el que un donante conocido y la madre genética

habían acordado que el donante no sería el padre a efectos legales, pero posteriormente al nacimiento la madre le demandó para que cumpliera su obligación de alimentos, el tribunal rechazó la alegación de que una consideración de los intereses del menor debía anular el acuerdo como algo contrario al orden público señalando que: "Este tribunal se toma muy en serio los mejores intereses del menor en esta comunidad, y reconocemos que fallar a favor del donante en este caso elimina una fuente para el sostén de dos niños a quienes no se les preguntó si querían nacer en esta situación", pero que, "[d]e no haber sido por el acuerdo entre las partes, sin embargo, los gemelos ni siquiera habrían llegado a nacer, o habrían nacido a partir de un donante distinto y anónimo que nadie discute estaría a salvo de cualquier reclamación"⁴⁵. Por decirlo en mis términos, el tribunal está reconociendo que si el donante de espermatozoides hubiera sabido que jurídicamente hablando su acuerdo era nulo no se habría involucrado en la reproducción, produciendo, mediante anticipación, un problema de no-identidad tal que el daño al niño por no pagar los alimentos no puede esgrimirse como una justificación para imponer dichas obligaciones en favor del menor.

⁴⁵ *Ferguson v. McKiernan*, 940 A. 2d 1236, 1238 (Pa. 2007).

En su artículo Cahn replica a mi crítica diciendo: "La cuestión, con todo, una vez que el niño llega a existir, es cómo maximizar su bienestar; prospectivamente, al menos, cualquier donante que aporte gametos será consciente de las responsabilidades hacia quienes han sido creados a partir de ellos"⁴⁶. Se trata de una respuesta elusiva. La cuestión no es la retroactividad – ambos estamos de acuerdo en que el registro sólo se aplicará prospectivamente. Ni tampoco basta con decir que el asunto es cómo maximizar el bienestar de los menores una vez han nacido. El nudo gordiano de mi discusión en torno al "problema del último juicio" es que si modificamos la legislación tal y como Cahn anhela –exigiendo el registro- ello alterará cuándo, si, o con quién los individuos conciben. En la medida en que lo hace, su propuesta legislativa no puede justificarse sobre la base de prevenir el daño a los menores que llegarán a existir en un mundo sin registros obligatorios, porque la norma hará que ellos no lleguen a existir en absoluto (como mucho serán reemplazados, en su caso, por otros). Esta es la retroalimentación sobre la decisión de concebir que genera la regulación del comportamiento post-conceptivo⁴⁷.

⁴⁶ Cahn, *The New Kinship*, *supra* nota 19, p. 423 n. 301.

⁴⁷ ¿Puede el argumento del último juicio proporcio-

4. *El argumento de que el perjuicio, a la postre, beneficia*

Hay una segunda reinterpretación posible del argumento de Cahn: que Cahn pretende poner sobre la mesa una aproximación que he denominado "perjudicar pero beneficiar a la postre". Bajo esta aproximación, se reconoce que de resultados del problema de la no-identidad ningún niño resulta *dañado* por el acto del donante anónimo de espermatozoides que lo genera (porque su condición no empeora en comparación con un mundo posible en el que no nacen), pero sin embargo resulta perjudicado incluso si a la postre es beneficiado por haber llegado a existir. Seana Shiffrin es la más prominente defensora de esta visión entre los juristas⁴⁸. Tal y como aquí se aplica, este tipo

narnos una base para concluir que la gente que no escoge ser identificado son acreedores de una censura moral incluso si sus acciones no pueden justificar una iniciativa legislativa que imponga los registros? La anticipación de una censura moral puede ella misma alterar cuando, si, y con quien nos reproducimos. Así y todo, hay algunas complejidades adicionales en este puro contexto moral que pondré a un lado dados mis actuales objetivos.

⁴⁸ Véase Seana Valentine Shiffrin, *Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, 5 *LEGAL THEORY* 117, 119–20 (1999). Cahn cita a Shiffrin para afirmar, "[U]n niño que aún no existe no es dañado por su no existencia". Cahn, *The New Kinship*, *supra* nota 19 p. 423. Yo también suscribo plenamente esta tesis en mi propio trabajo. Véase Cohen, *Regulating Reproduction*, *supra* nota 24.

de argumento apuntaría a que al privar al menor del acceso a la identidad de su padre genético le hemos perjudicado, aunque no dañado en la medida en que vive una vida que merece la pena.

Shiffrin rechaza el "modelo comparativo" de daño que trata al daño y al beneficio como dos caras de la misma escala y su "principio de acuerdo con el cual uno puede infligir un menor daño a alguien simplemente para beneficiarle globalmente cuando es incapaz de dar o negar el consentimiento"⁴⁹. Shiffrin abraza, en cambio, una aproximación asimétrica, no-comparativa, en la que "daño" queda asociado con estados absolutamente malos, no-comparativos, tales como fracturas de miembros, discapacidades, muerte y dolor significativo, y el "beneficio" se vincula a bienes tales como ventajas materiales, placeres sensuales y logro de objetivos⁵⁰. Shiffrin distingue así dos tipos de beneficios, aquellos que representan "la remoción o prevención de un daño" y una categoría residual que denomina "puros beneficios"⁵¹. A su juicio es permisible infligir un daño menor para remover o prevenir un daño mayor, pero resulta incorrecto infligir ese mismo daño para conferir un puro beneficio,

⁴⁹ Shiffrin, *supra* nota 48, pp. 119-22, 127.

⁵⁰ Véase *id.* pp. 120-25.

⁵¹ Véase *id.* pp. 124-25.

independientemente de su magnitud⁵². Shiffrin aplica esta idea a los casos de vida perjudicial sugiriendo que a nadie se le daña por no darle existencia – nacer confiere al nacido solo un puro beneficio y no la evitación de un daño⁵³.

Si aplicamos este mismo principio a la donación anónima de gametos, el argumento sería que al generar individuos mediante la donación anónima, uno ha dañado al niño para conferirle un puro beneficio, lo cual es incorrecto. Se debe precisar que Shiffrin ha restringido significativamente el ámbito de su apelación a un argumento atinente a la responsabilidad civil por la vida perjudicial, con lo que el argumento que ahora evalúo es una extensión de sus razones que puede que no suscriba. Así y todo, incluso la pretensión de aplicar la aproximación de Shiffrin a la donación anónima de gametos parece probablemente errónea.

El argumento de Shiffrin es rico y complejo, pero para los propósitos de este trabajo me limitaré a resumir porque pienso que esa aproximación dudosamente rescata la apelación de Cahn. El planteamiento de Shiffrin lleva a la conclusión de que todos los actos de reproducción (no sólo los que implican una

⁵² Véase *id.* pp. 125–27.

⁵³ Véase *id.* pp. 119–20.

vida perjudicial o la donación anónima de gametos) son *prima facie* incorrectos –una conclusión que muchos encontrarán problemática. En la medida en que permite que el perjuicio pueda compensarse con el amor y apoyo al niño resultante, no resulta claro porqué los padres receptores que le criarán no proveen adecuadamente ese amor y apoyo. Es más, el argumento de Shiffrin descansa en una concepción no-comparativa del daño que puede ser problemática. La intuición catalizadora que Shiffrin emplea para generar la regla sobre el daño y los puros beneficios puede que no opere o no sea de aplicación en el contexto reproductivo. Por último, incluso si esta aproximación puede justificar la responsabilidad extracontractual, adolece de problemas a la hora de justificar un régimen regulatorio que pretenda impedir sin restricciones la donación anónima de gametos. En todo caso, como ha dicho LeVar Burton, "[n]o tiene que creermé a pies juntillas"⁵⁴ y puede leer el trabajo en el que profundizo sobre estos aspectos⁵⁵.

⁵⁴ *Reading Rainbow* (programa de televisión de la cadena PBS).

⁵⁵ Véase Cohen, *Beyond Best Interests*, *supra* note 24.

5. *El argumento basada en el principio de no afectación individual*

Existe una posible tercera lectura de Cahn, débilmente implicada por dos frases que aparecen dos párrafos más tarde: "Más del 90 % de las mujeres en Estados Unidos usarán un método anticonceptivo en algún momento de sus vidas, e incluso la Iglesia Católica autoriza el método Ogino. Debemos por tanto establecer algunas normas relativas a la existencia de un niño, y la cuestión se convierte entonces en decidir cuáles de ellas, nosotros, como un grupo cultural, elegirá imponer y porqué y cómo decidimos cuáles son apropiadas"⁵⁶.

Quizá Cahn está afirmando que sería mejor un mundo en el que, en lugar de niños nacidos de donantes anónimos de gametos, nacieran otros niños que conocerían a sus padres genéticos porque este grupo tendría una vida mejor. Los filósofos se han referido a esta preferencia como algo marcado por un principio de no afectación individual⁵⁷. Una tesis semejante establecería que el mundo sería un lugar mejor si, en vez de la persona A, que experimentará sufrimiento importante o menos oportunidades, la persona B, que no

⁵⁶ Cahn, *The New Kinship*, *supra* nota 19, p. 424.

⁵⁷ Véase, *e.g.*, PARFIT, *supra* nota 30, pp. 359–61, 364–65; Brock, *supra* nota 30, p. 273.

experimentará tales cosas, es la que llega a existir – esto es, "[a]unque la persona nacida con la circunstancia desfavorable en cuestión no habría sido dañada por el hecho de llegar a existir, el mundo es mejor si una persona que no padece esa circunstancia la sustituye"⁵⁸.

También podemos entender este argumento como una defensa del reemplazo de los mejores intereses de los *niños* resultantes con los mejores intereses de una *población* resultante, o como una obligación de producir la población de niños con el máximo bienestar posible. Se trata de la apelación a que el mundo es un lugar mejor incluso si ninguna persona resulta favorecida; el mundo es mejor en un sentido impersonal.

Tengo dudas sobre si Cahn realmente querría transitar en esta dirección, pero, en cualquier caso, he objetado en otro lugar a esta justificación de la regulación de la reproducción, incluyendo las prohibiciones a la donación anónima⁵⁹. Creo que el principio de no afectación personal puede limitarse a los casos en los que el mismo número de niños

⁵⁸ John A. Robertson, *Procreative Liberty and Harm to Offspring in Assisted Reproduction*, 30 AM. J.L. & MED. 7, 16 (2004).

⁵⁹ Véase Cohen, *Regulating Reproduction*, *supra* nota 24.

llegará a existir independientemente de lo que la normativa establezca⁶⁰, lo cual es improbable que sea cierto en relación con los registros de donantes de gametos. Pero además salen al paso otros problemas: si los menores grados de bienestar de la población que supuestamente resultan de la donación anónima de gametos son suficientes como para justificar su prohibición, también deberíamos promover regulaciones mucho más significativas de la reproducción coital y mediante otros medios distintos a los actualmente disponibles. El principio de la afectación no personal descansa sobre premisas que dan sustento al viejo movimiento eugenésico que muchos encuentran objetable. Es más, parecería que justifican normas que obliguen a los padres a tener niños mejores, algo a lo que también algunos objetan. Finalmente, el planteamiento puede arrostrar dificultades derivadas de que apoye el carácter penal de la prohibición y ello entre en conflicto con el principio de intervención penal mínima⁶¹.

⁶⁰ La razón es compleja y tiene que ver con las complejidades que encierran los planteamientos de bienestar total y medio, tal y como se discute en Cohen, *Regulating Reproduction*, *supra* nota 24.

⁶¹ Véase *id.*

6. *Otras interpretaciones posibles*

Aún quedan otras posibilidades abiertas a la tesis de Cahn que creo que no vienen sugeridas por su texto. Bajo un planteamiento basado en una ética de la virtud, podría argüir que la prohibición es necesaria para asegurar que los padres mantienen las virtudes asociadas a la paternidad⁶². Bajo una aproximación de moralismo legal Cahn podría defender el uso del derecho penal u otros instrumentos normativos para prevenir las acciones que ni dañan ni ofenden, pero contravienen el orden público, todo ello en el nombre del mantenimiento de las estructuras familiares tradicionales⁶³. Pero conociendo la obra de Cahn en su conjunto, considero que es improbable que ella pretenda congelar esas estructuras tradicionales, y todo ello suscita el interesante asunto de si la donación de esperma podría llegar a ser tradicional alguna vez, y si su anonimato no es, de hecho, *más*, y no menos, tradicional⁶⁴. Finalmente Cahn podría defen-

⁶² Véase R. McDougall, *Acting Parentally: An Argument Against Sex Selection*, 31 J. MED. ETHICS 601, 603 (2005).

⁶³ Véase 4 JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARMLESS WRONGDOING* 3-4 (1988).

⁶⁴ Cf. Cahn, *The New Kinship*, *supra* nota 19 pp. 374, 391-392 (donde sugiere que el secreto ha sido la norma hasta que aparece la donación de esperma en la última década).

der un planteamiento basado en las externalidades vinculadas a la reproducción a partir del cual la normativa se justifica no por el daño impuesto al menor sino por los costes a terceros⁶⁵. De nuevo esa parece una improbable avenida para Cahn, especialmente porque no resulta claro que haya externalidades significativas derivadas de la donación anónima de gametos (particularmente dado lo que he señalado anteriormente sobre el daño al donante y a los padres receptores). En todo caso, he criticado estos tres planteamientos en mi propio trabajo, y, por las razones apuntadas, no los encuentro persuasivos como justificación de la prohibición del anonimato en la donación de gametos⁶⁶.

Si lo que he dicho es correcto, Cahn no ha logrado mostrar convincentemente que los

⁶⁵ Véase Cohen, *Beyond Best Interests*, *supra* nota 20.

⁶⁶ Véase Cohen, *Regulating Reproduction*, *supra* nota 24; Cohen, *Beyond Best Interests*, *supra* nota 20 (donde discuto las analogías entre el planteamiento de las externalidades que genera la reproducción y el viejo movimiento eugenésico, cuánto puede contar una amplia difusión de daños, la infra-inclusividad, las implicaciones para el mejoramiento, la posibilidad de que los padres internalizan la externalidad, los desafíos que plantea la teoría política y el derecho constitucional a las explicaciones legal-moralistas y a los argumentos de la ética de la virtud sobre el mejoramiento y si estos últimos enfoques realmente sortean el problema de la no-identidad).

registros de donación de gametos sean necesarios como un modo de evitación del daño a los niños. Si no se necesitan para lograr ese objetivo, y, como he sugerido más arriba, no son necesarios para evitar el daño a los donantes o los padres receptores, la cuestión torna en si son necesarios en primer lugar. Como poco he mostrado porqué el argumento de que estos registros son una limitación apropiada a las elecciones reproductivas, por lo demás voluntarias, de los adultos, es más complicado de lo que parece a primera vista.

c) Analogías en disputa: una propuesta modesta para la paternidad mal atribuida y el Registro de Sexo Ocasional

Una de las mayores virtudes del más amplio proyecto de Cahn consiste en que nos obliga a reconsiderar porqué las regulaciones en materia de reproducción humana asistida y adopción son tan diferentes. El epígrafe anterior sugiere algunas diferencias relevantes entre ambas, especialmente en lo que respecta a la prevención del daño a menores. Que no se pueda identificar a los padres adoptivos puede dañar a los menores existentes (asumiendo que disponemos de evidencia empírica), mientras que es más problemático afirmar que esa falta de obligación y la ausencia de un registro de donantes dañará a los menores.

Una respuesta distinta consiste en señalar que hay una analogía potencialmente en disputa con la adopción: la reproducción natural. En la tradición swiftiana permítanme que ofrezca una "Propuesta modesta"⁶⁷ con la que examinar la fuerza de los argumentos de Cahn. Si, como Cahn señala, los niños son dañados cuando se les priva del conocimiento de sus auténticos orígenes genéticos y de la información identificativa sobre sus padres genéticos –hasta el punto de que el poder público debe obligar al registro de donantes contra la voluntad de donantes y receptores⁶⁸– entonces, ¿por qué no aplicar esa misma regulación a la reproducción natural? En concreto, ¿por qué no exigir a todo individuo que mantiene relaciones sexuales coitales con una probabilidad no nula de concebir⁶⁹ indicar su

⁶⁷ Véase JONATHAN SWIFT, *A Modest Proposal*, en *A MODEST PROPOSAL AND OTHER SATIRICAL WORKS* 52 (Dover Publications, Inc. 1996) (1729), disponible en <http://www.gutenberg.org/files/1080/1080-h/1080-h.htm> (allí propone, de modo satírico, que los irlandeses se coman a sus niños).

⁶⁸ Nuevamente, nada impide a aquellos en favor de la identificación que hagan uso de un programa de identificación abierta, así que la normativa tiene como objetivo a los que no están dispuestos a ello.

⁶⁹ El umbral probabilístico podría cohonestar la probabilidad de una inseminación de donante exitosa en torno al 8-15% al mes. Véase el informe de la Sociedad Estadounidense de Medicina Reproductiva supra nota 33. Podríamos excluir, por ejemplo, al sexo practicado por

nombre e información de contacto en un registro que mimetice el que propone Cahn con la cláusula de que la identificación será borrada si en el plazo de unos meses no hay evidencia del embarazo? Esto equivale al "Registro de Sexo Ocasional" con el que nunca más un individuo que sea el fruto de una relación ocasional sufrirá de los daños que Cahn predica, y que, a su juicio, demandan una intervención legislativa. De hecho, los beneficiarios de mi registro hipotético son incluso más amplios. Hay evidencia de que la paternidad erróneamente atribuida –la creencia, como la de Luke Skywalker, de que tu padre es otro⁷⁰– no es un fenómeno insignificante; algunos estudios sugieren que puede afectar a un porcentaje tan pequeño como el 1 % y tan amplio como el 30 % de la población, estimando la mayoría de los estudios que se

gays y, quizá, todo el sexo no vaginal, aunque, tal y como he expuesto en otro momento, ha habido un caso al menos en el que se sostiene que el semen procedente de la práctica de sexo oral ha sido empleado con propósitos inseminatorios. Véase Cohen, *The Constitution and the Rights Not To Procreate*, *supra* nota 5 p. 1147 (2008) (en el que discuto *Phillips v. Irons*, No. 1-03-2992, 2005 WL 4694579, at *1 (Ill. App. Ct. Feb. 22, 2005)). Que eximamos el sexo practicado con preservativo o median-do otros métodos anticonceptivos dependería de que afinemos en los umbrales de probabilidad de éxito en la inseminación artificial.

⁷⁰ Véase *STAR WARS: RETURN OF THE JEDI* (20th Century Fox 1983).

encuentra entre el 2 y el 5 % de la población⁷¹. A la edad de 18 años estos individuos también podrían descubrir que sus padres no son quienes pensaban que eran y de ese modo evitar los daños que motivan la apelación de Cahn en favor de la intervención.

Siendo justos, hay algunas diferencias entre mi Propuesta Modesta y la de Cahn. Quizá tenemos razones independientes para la preocupación sobre el mal uso de los datos sobre nuestras parejas ocasionales, o no confiamos en que el poder público proceda a la cancelación de los datos en el registro si finalmente no hay reproducción⁷². Así y todo hay también algunos sentidos en los que mi registro puede pensarse como algo *más* deseable que el de Cahn. En mi caso, el registro parece que tendrá un efecto disuasorio menos probable, a la hora de tener relaciones sexuales, que la disuasión que genera el suyo en relación con la disposición a donar gametos. En la medida en que incrementaría el uso de preservativos, mi Propuesta Modesta puede suponer un deseable efecto colateral en la reducción de

⁷¹ Véase Erin Murphy, *Relative Doubt: Familial Searches of DNA Databases*, 109 MICH. L. REV. 291, 315 n.106 (2010) (citando a Bryan Sykes & Catherine Irven, *Surnames and the Y Chromosome*, 66 AM. J. HUM. GENETICS 1417, 1418 (2000)).

⁷² Dicho lo cual, la última inquietud puede aplicarse a los registros de donantes de espermatozoides también.

enfermedades de transmisión sexual. También daría mejores instrumentos al poder público para lograr que los menores nacidos de relaciones ocasionales tengan apoyo económico de sus desentendidos padres.

La diferencia más aguda entre la seria propuesta de Cahn y la mía es que los donantes de espermatozoides lo aportan con intenciones reproductivas mientras que, al menos algunos de los afectados por mi Propuesta Modesta, no necesariamente (aunque ciertamente hay casos en los que los individuos se afanan en reproducir coitalmente con alguien pero, al final, el hijo es criado por un padre diferente y nunca llega a conocer su origen genético verdadero). Incluso cuando esta es una distinción operativa, sin embargo, no es claro que deba marcar diferencia alguna. Los tribunales imponen rutinariamente paternidades y obligaciones de alimentos sobre hombres a quienes se engaña haciéndoles creer que sus parejas están usando métodos anticonceptivos o son incapaces de reproducir⁷³. Un asunto recurrente en esta jurisprudencia es que cualesquiera sean los derechos que el padre pueda tener, deben ceder ante los mejores intereses del menor que, de otro modo, carecería de

⁷³ Véase Cohen, *The Right Not to Be a Genetic Parent?*, *supra* nota 6 p. 1128 n.37 (en el que presento una lista de casos).

sostén financiero; o dicho de otro modo, el derecho a recibir ayuda pertenece al menor y sólo él tiene capacidad de disposición del mismo⁷⁴. Si uno contempla la información sobre los orígenes genéticos como un tipo de derecho del menor o una obligación para con el menor –y creo que es adecuado caracterizar así la concepción de Cahn– entonces, tal y como ocurre en las reclamaciones de paternidad, entiendo que hay un argumento muy poderoso para extender el derecho a desvelar la identidad en los casos de reproducción

⁷⁴ *Id.* p. 1128; véase, *e.g.*, *S.F. v. State ex rel. T.M.*, 695 So. 2d 1186, 1189 (Ala. Civ. App. 1996) ("El niño es un tercero inocente y es a los intereses y bienestar del menor dónde dirigimos nuestra mirada..."); *Faske v. Bonanno*, 357 N.W.2d 860, 861 (Mich. Ct. App. 1984) (*per curiam*) ("puesto que un menor no debe sufrir las consecuencias de que un progenitor renuncie a reclamar su paternidad, tampoco debe sufrir del "fallo" de uno de los progenitores con respecto a la concepción"); *Mercer Cnty. Dep't of Soc. Servs. ex. rel. Imogene T. v. Alf M.*, 589 N.Y.S.2d 288, 290 (Fam. Ct. 1992) ("A este tribunal no le preocupan los actos de la madre sino más bien la protección de los mejores intereses y el aseguramiento de que una provisión adecuada sea lograda para satisfacer las necesidades del menor"). Ciertamente, por razones vinculadas a los argumentos presentados en los epígrafes I y II, no sería tan expeditivo a la hora de asumir este tipo de argumento basado en el daño al niño resultante que se enarbola en este caso. Pero en esta sección lo que hago es examinar la cuestión desde la perspectiva de alguien como Cahn, y estos tribunales que aceptan ese tipo de argumentos.

coital incluso cuando ésta ocurre accidentalmente.

Por supuesto mi propuesta tiene el afán de provocar. Doy por sentado de que la mayoría de nosotros, incluyendo probablemente Cahn, nos echaríamos para atrás ante la perspectiva de una obligación registral semejante. Así y todo, mi provocación suscita la cuestión de *por qué* se suscita esta reacción puesto que parece promover muchos de los objetivos que encierra la propuesta de Cahn y de los registros actualmente vigentes a lo largo del mundo. Podemos pensar en la adopción y en la reproducción coital un poco al modo de las célebres ilusiones ópticas tipo Vaso de Rubin, que puede percibirse ora como un vaso ora como los perfiles de dos rostros humanos mirándose⁷⁵; resulta instructivo pensar en la tecnología reproductiva como algo yuxtapuesto en dos marcos, no sólo en uno. En lo que constituye una de mis argumentaciones judiciales favoritas en materia de reproducción, el juez Sillis dijo en el célebre caso *Buzzanca* en la Corte de Apelaciones de California –razonando a partir de esta categoría de casos para imponer obligaciones de alimentos a un padre comitente que celebró un acuerdo de gesta-

⁷⁵ Véase, e.g., *Rubin Vase Illusion*, OPTICAL-ILLUSIONIST.COM (May 25, 2009), <http://www.optical-illusionist.com/illusions/rubin-vase-illusion>.

ción por sustitución fracasado– que "un progenitor deliberado es tan responsable como un inseminador casual"⁷⁶. Con mi Propuesta Modesta pretendo sugerir que la identidad es de doble dirección y que la propuesta de Cahn debe aplicarse igualmente al "inseminador casual".

Estas reflexiones relativas a mi Propuesta Modesta me precipitan a pensar que salvo que Cahn y otros defensores de los registros de donantes de gametos puedan sostener que los hijos genéticos que resultan de nuestros encuentros sexuales casuales merecen mucha más protección que los resultantes de encuentros reproductivos no sexuales, el argumento en favor de los registros de donante de gametos precisa de una premisa de "excepcionalismo de la tecnología reproductiva" (que la tecnología reproductiva debe regularse de modo bastante distinto a la reproducción natural).

Así como pienso que Cahn misma improbablemente abrazaría tal concepción según la cual la reproducción mediante estas tecnologías es una clase de reproducción "de estatuto inferior", que no merece tanta protección, me preocupa que su argumento pueda *sub silentio* depender de tal premisa, tal

⁷⁶ Buzzanca v. Buzzanca, 72 Cal. Rptr. 2d 280, 292 (Ct. App. 1998).

y como mi Propuesta Modesta nos ayuda a ver.

d) Quedándose cortos: Registros Activos y Pasivos

Por todas las razones expuestas, no me convence el argumento de Cahn en favor de obligación de identificar a los donantes de gametos mediante la instauración de un registro y por ello me opongo a las propuestas en ese sentido en los Estados Unidos. Supóngase que usted no comparte mi idea y piensa que Cahn ha defendido exitosamente su propuesta basándose en el daño infligido al niño resultante. En ese caso hay un sentido en el que su propuesta se queda *corta*. El modelo que Cahn suscribe, como los que están en vigor en el Reino Unido y en otros lugares⁷⁷, son lo que yo denomino registros pasivos. Son los menores los que han de contactar con el registro a la edad de dieciocho años para determinar si fueron concebidos con semen de donante y así poder acceder a su identidad. Si los padres receptores no informan a sus hijos de que fueron así concebidos, parece probable que sólo una pequeña fracción de ellos se pondrá en contacto con el registro. Así como algunos

⁷⁷ Véase Cahn, *The New Kinship*, *supra* nota 19, p. 420; *Can You Be Anonymous as a Sperm, Egg or Embryo Donor?*, *supra* nota 21.

padres receptores pueden temer esta posibilidad tanto como para informar a sus hijos, muchos padres receptores, especialmente entre parejas heterosexuales, probablemente "se arriesgarán" en la esperanza de que sus hijos no investiguen⁷⁸.

Hasta donde mis noticias alcanzan no disponemos de estadísticas fiables sobre cómo han informado los donantes en sistemas de registro pasivo. Dado que, de acuerdo con los estudios que Cahn cita en su obra, se ha mostrado que sólo un 5% de los padres receptores desvelan bajo programas de desvelamiento de donación anónima de esperma⁷⁹, y que el 30% de los padres receptores

⁷⁸ Cf. CAHN, TEST TUBE FAMILIES. WHY THE FERTILITY MARKET NEEDS LEGAL REGULATION, New York: New York University Press, 2009, p.122 (en el que se analizan los estudios mostrando que "la mayoría de los padres heterosexuales no revelan a sus hijos que han sido concebidos con gametos de terceros", en contraste con familias compuestas por individuos del mismo sexo). También llamaré la atención sobre el modo en el que la elección que se hace del caso original puede influir en el análisis. Demasiados juristas arrancan con una familia heteronormativa, compuesta de dos padres como punto de partida y mueven a nuevas estructuras familiares hacia la periferia. Véase por ejemplo Lynn D. Wardle, *Global Perspective on Procreation and Parentage by Assisted Reproduction*, 35 CAP. U. L. REV. 413, 444-51 (2006).

⁷⁹ Véase Susan Golombok et al., *Families with Children Conceived by Donor Insemination: A Follow-Up at Age Twelve*, 73 CHILD DEV. 952, 966 (2002). Cahn cita

heterosexuales que han elegido donaciones abiertas aún no han revelado a sus hijos de entre 12 y 17 años que fueron concebidos con esperma de donante⁸⁰, parece plausible sostener que los registros pasivos como los que defiende Cahn conducirán a que muchos menos de los que fueron concebidos con gametos de donante sean informados de que son el resultado de tal práctica. Por lo tanto, para algún subconjunto de los menores concebidos con esperma de donante, posiblemente para la mayoría, todos los daños anticipados por Cahn persistirán incluso con la puesta en marcha del registro pasivo.

Si nos tomamos el argumento de Cahn en serio lo que necesitamos es una intervención más robusta, lo que denomino un registro activo. Dicho registro sería el que contactara con el menor cuando cumpliera la mayoría de edad haciéndole saber que fue concebido o concebida con esperma de donante y permitiéndole (aunque no obligándole) a recibir información sobre el donante. Como consecuencia de una normativa tal parece plausible colegir que la gran mayoría de padres optarían por informar a sus hijos de su condición, más

estos trabajos en TEST TUBE FAMILIES, *supra* note 78, p. 123 n.34.

⁸⁰ Véase Scheib et al., *supra* nota 29.

que esperar a que un funcionario lo haga⁸¹. Si hubiéramos sido convencidos por el artículo de Cahn parecería que tendríamos buenas razones para implantar el registro activo en lugar del registro pasivo que propone que es también la clase de registro vigente en muchas jurisdicciones extranjeras⁸².

Ciertamente el registro activo parece más justo porque los hijos de parejas heterosexuales concebidos con gametos de donante tendrían iguales probabilidades de rastrear sus orígenes que los hijos de padres receptores del mismo sexo o individuos solteros. Es más, en la medida en que los padres receptores no serían ya capaces de "pasar" como padres genéticos de sus hijos concebidos con gametos de donante, el registro activo podría reducir la tendencia de los padres potenciales a localizar donantes con los que guarden identidad racial,

⁸¹ Una parecida tasa de cumplimiento puede teóricamente alcanzarse tipificando la no revelación a los hijos de su origen genético, pero me parece a mí que esto supondría añadir complicados problemas de detección y posiblemente plantee dudas normativas o constitucionales relativas a la libertad de expresión.

⁸² Véase Cahn, *The New Kinship*, *supra* nota 19, p. 420; *Can You Be Anonymous as a Sperm, Egg or Embryo Donor?*, *supra* nota 21. Por supuesto que el argumento a favor del registro "activo" no es inobjetable. Puede que sea más costoso de implementar que el registro pasivo, aunque uno siempre podría financiarlo mediante impuestos a las clínicas de reproducción asistida.

una práctica que algunos han considerado objetable⁸³.

Así y todo, para mí, y, sospecho, para la mayoría de los que encuentran plausible el argumento de Cahn, el registro activo resulta en algún modo inquietante. Si el argumento de Cahn es correcto parece extraño que un sistema que es más efectivo en el logro de los objetivos que se propone Cahn resulte menos deseable. No creemos que los niños que, como Nancy Drew, investigan sobre su origen genético deban merecer *más* esta información que quien ha aceptado pasivamente que su padre es el individuo que lo ha criado.

Puedo pensar en tres tipos de reacciones a esta discusión. En primer lugar aquellos persuadidos por el artículo de Cahn pueden superar su incomodidad intuitiva y abrazar el registro activo. En segundo lugar, la consideración de este registro nos puede ayudar a alcanzar un equilibrio reflexivo sobre el registro pasivo y dudar de algunos de los argumentos que Cahn ha desplegado en su favor. En

⁸³ Véase por todos Dov Fox, Note, *Racial Classification in Assisted Reproduction*, 118 YALE L.J. 1844 (2009) ("[L]as formas de desvelamiento del donante que son racialmente llamativas constituyen prácticas sociales perniciosas, que, puesto que operan más allá del alcance de las normas, deben ser condenadas como una mala política").

tercer lugar, cabría desarrollar una teoría interdisciplinar con la que demostrar empíricamente que el presunto daño a los menores concebidos con gametos de donante privados del conocimiento de la identidad de sus donantes es más agudo para los que *ya sospechan* que son hijos genéticos de un donante; al hacerlo uno puede establecer normativamente que sólo para este subconjunto el nivel anticipado de daño justifica la intrusión en el bienestar y autonomía de donantes y receptores. Esta es una vía posible para resolver el problema, pero me preocupa que sea una pura ficción. No debe sorprender que me incline por la opción intermedia, pero mi propósito en este punto es meramente el de mostrar cómo la consideración del registro activo enriquece la discusión de Cahn.

Por las razones analizadas no estoy persuadido por los argumentos de Cahn en favor de adoptar un registro obligatorio de identificación de los donantes de gametos del tipo que está en vigor en otros países. Creo firmemente que estos registros deben eliminarse, no reproducirse. En un momento en el que la idea de implantarlos gana popularidad y atención en los Estados Unidos, espero que mi voz disidente sea tenida en cuenta.

III. Embriones bajo pedido

La donación de embriones (también conocida como "adopción de embriones") es el acto compasivo por parte de los progenitores de poner a disposición de receptores infértiles los embriones criopreservados sobrantes. A día de hoy, sin embargo, sólo un número limitado de tales transacciones tiene lugar. En 2010, el último año del que se tienen datos a nivel nacional, menos de mil donaciones de embriones habían sido registradas. Estos actos altruistas, no contemplados por normas federales, están siendo regulados por un limitado número de leyes estatales. Es más, la práctica está consagrada por las sociedades profesionales tales como la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva con la cautela de que "la venta de embriones per se es éticamente inaceptable"⁸⁴. Como tal, la donación sin ánimo de lucro de embriones existentes por parte de progenitores que consienten, está en consonancia con una tríada de rasgos éticos comúnmente tenidos por aceptables: primero, los embriones donados no son vendidos lucrativamente. En segundo lugar, los embriones donados son (por la intención ori-

⁸⁴ The Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and the Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology. Recommendations for gamete and embryo donation: a committee opinion. *Fertil Steril* 2013;99:47-62.

ginal) generados para sí mismos por los intervinientes. En tercer lugar, los embriones donados son el producto de una unidad parental no discutible y como tales transferibles. Dicho lo cual la donación de embriones constituye un firme, si bien limitado, componente de la reproducción asistida de nuestros días.

Así y todo, la proliferación de fuentes comerciales de gametos (por ejemplo los bancos de espermatozoides y óvulos) ha abierto la puerta a la industria de embriones "bajo pedido" en la que los embriones son generados teniendo en mente una transacción comercial. La perspectiva de este "banco de embriones" con ánimo de lucro ha dejado de ser teórica. Y es que, tan recientemente como en diciembre de 2012, el diario Los Angeles Times informó de la existencia de una clínica con esas características en el Estado de California que "drásticamente reduce los costes creando una única remesa de embriones a partir de un donante de óvulos y un donante de espermatozoides y repartiéndolos ulteriormente entre distintos pacientes"⁸⁵. La noticia proseguía señalando que "[l]a clínica, no el consumidor, controla

⁸⁵ Zarembko A. An ethics debate over embryos on the cheap. Los Angeles Times. November 19, 2012 (<http://articles.latimes.com/2012/nov/19/local/la-me-embryo-20121120>).

los embriones, generando bebés típicamente para tres o cuatro pacientes y haciendo un solo pago a los donantes y al laboratorio"⁸⁶.

Actualmente, las normas jurídicas relevantes para la venta de embriones son limitadas. Puesto que no hay legislación federal sobre la materia –la Ley Nacional de Trasplantes que impide legalmente la venta de algunos tejidos humanos y los órganos sólidos en los Estados Unidos no es de aplicación a los gametos⁸⁷– aparentemente la práctica es legal en todos salvo dos Estados (en un tercero resulta más ambiguo). En Louisiana y Florida la venta de embriones con propósitos reproductivos a cambio de "precio sustancial" (esto es, más allá del reembolso de los costes) ha sido explícitamente declarada ilegal⁸⁸. Nueva York, por su parte, prohíbe la creación de embriones a partir de gametos de donantes para la reproducción excepción hecha de "la solicitud de un paciente específico que pretende usar

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ Cohen IG. "Can the government ban organ sale? Recent court challenges and the future of US law on selling human organs and other tissue", *Am J Transplant* 2012;12: 1983-1987.

⁸⁸ Reich JB, Swink D. Outsourcing Human Reproduction: Embryos & Surrogacy Services in the Cyberprocreation Era. *J Health Care L. & Pol'y* 2011; 12: 241-297.

tales embriones para su propio tratamiento"⁸⁹ lo cual puede leerse como una prohibición de los bancos de embriones bajo pedido aunque el lenguaje resulta más ambiguo.

¿Qué debemos pensar de la producción de embriones "bajo pedido" para la venta? ¿Desde una perspectiva moral o legal? A los propósitos de esta discusión partamos del hecho de que la actual legislación estadounidense en materia de reproducción asistida (o la ausencia de regulación) permite a los individuos vender gametos masculinos y femeninos. El modo en el que encauzaré mi escrutinio se asentará sobre la pregunta de si vender embriones es algo tan distinto que justifica una respuesta jurídica y moral distinta. Ello por supuesto supone aceptar que la regulación actual es defendible jurídica y legalmente. He escrito sobre los mercados de órganos en otro lugar y he considerado los tipos de argumentos que cabe esgrimir en su contra⁹⁰, pero eso es, de modo bastante literal en este caso, materia para otro momento; ahora quiero

⁸⁹ 10 N.Y. ADC§ 52-8.7.

⁹⁰ Véase *Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs*, 41 J. L. MED. & ETHICS 269 (2013); Cohen, *Regulating The Organ Market: Normative Foundations for Market Regulation*, *supra* nota 3; Note, *The Price of Everything, the Value of Nothing: Reframing the Commodification Debate*, 117 HARV. L. REV. 689 (2003).

meramente partir de que los mercados de espermatozoides y óvulos son defendibles y ver qué se sigue de ello.

La distinción más obvia entre donación de embriones y venta bajo pedido es el hecho de que la última es una actividad "lucrativa" en la que los embriones son tratados como una mercancía rentable. Sin embargo, ¿hay razones para pensar que la venta de embriones es *más* problemática que la venta de gametos?

En primer lugar, podría ser postulado que la venta de embriones "arrumbará" la donación y que al hacerlo así se excluirá a los receptores con menos recursos. Sin embargo, en el presente, no hay evidencia de que esto ocurrirá. Es más, dada la limitada disponibilidad de donantes de embriones una ulterior disminución de ese pool de recursos parece trivial.

Segundo, podría argüirse que los individuos serán sometidos a coerción o explotación o indebidamente inducidos a la venta de gametos para generar embriones. Sin embargo, estas inquietudes parecen semejantes a las que albergaríamos ya sea que los gametos sean usados para crear embriones para uso de los padres prospectivos ya sea que lo sean por un empeño comercial.

En tercer lugar, se podría decir que la venta de embriones "corrompe" el valor de la reproducción "denigrándola" como algo que se valora como el dinero. Para distinguir la venta de embriones de la venta de gametos uno tendría que mostrar que ello es *más* corruptor de nuestras ideas sobre la reproducción de lo que lo es la venta de gametos. No está claro, con todo, si este argumento es una apelación empírica sobre modificación de actitudes (que la prohibición se justifica para evitar la indeseable consecuencia de un cambio de actitudes) o un argumento de principio (que la prohibición está justificada incluso si esas consecuencias indeseables no se dan porque la práctica es intrínsecamente errónea) y cómo en cada caso puede probarse. Es más, el argumento de que la venta de embriones "denigra" la reproducción puede ser incompatible con las ideas que albergan los que apoyan los derechos reproductivos y las terapias basadas en células troncales embrionarias. En particular puede resultar difícil esgrimir que el respeto a la personalidad exige que la venta de embriones se prohíba en un momento en el que la destrucción embrionaria consentida por los progenitores (con o sin generación de una línea celular troncal embrionaria) se practica. Incluso si uno cree que los embriones merecen un "respeto especial" que no se extiende a los gametos, es menos que obvio por qué la venta de embriones para la generación de familias es

menos respetuosa que la destrucción alternativa.

Finalmente, sería erróneo equiparar la venta de embriones con la patentemente ilegal venta de niños. Lo último implica un daño potencial a un niño ya existente. Lo primero implica elegir si niños en particular serán reproducidos o no⁹¹, y la práctica es más parecida a la venta de gametos que a la de niños.

Otras fuentes de inquietud –tales como la preocupación por el "incesto accidental" si los niños trazables a la misma remesa embrionaria se encuentran en el futuro y tienen relaciones sexuales- también son de aplicación a la "donación" de embriones y a la venta de gametos en general. En este contexto, las mismas soluciones potenciales (por ejemplo registros, limitaciones en el número de niños atribuibles a los mismos padres genéticos) podrían recibir consideración.

Otra distinción importante entre la donación de embriones y la venta es que se recale en "excedentes" embrionarios existentes a diferencia de la nueva generación embrionaria. Para algunos, esta última permutación resulta

⁹¹ Sobre el problema de la no-identidad y la donación de espermatozoides, véase *supra* la discusión presentada.

inaceptable porque deshumaniza la reproducción convirtiéndola en producción, o distorsionando la relación entre padres e hijos al dotar a los padres de un control arrogante sobre los rasgos genéticos con las consiguientes presiones psicológicas opresivas por parte de los padres. Sin embargo, no resulta tan claro si la generación de embriones *ex novo* (posiblemente con limitados rasgos preseleccionados) es tan distinto del encargo de gametos plenos de atributos particulares anhelados. Ciertamente puede haber menos ecos eugenésicos o inquietudes sobre las opresivas expectativas parentales en el hecho de que los padres compren un embrión de una remesa embrionaria "ya hecha", en comparación con la práctica más "a medida" de la petición de gametos específicamente deseados. Es más, no está claro cómo la venta de "embriones bajo pedido" difiere de la venta de óvulos o la "manufactura" de embriones mediante la Transferencia Nuclear Somática (TNS) para la derivación de células troncales tal y como actualmente está autorizada por el estado de Nueva York. Ciertamente, uno podría pensar que esta práctica – crear embriones con el propósito de *destruirlos* para derivar células troncales – constituye un desafío ético mayor que el hecho de crear embriones con el propósito de remediar la infertilidad.

Finalmente está la cuestión de la paternidad de los embriones "bajo pedido". Las normas vigentes (legales y la jurisprudencia) establece (si bien de manera imperfecta) la paternidad legal en el contexto de la donación de gametos. Una similar disciplina se ha dado (de nuevo imperfectamente) a la disposición de embriones criopreservados cuya paternidad es discutida en el marco de una separación legal. En contraste, sin embargo, las leyes estatales relevantes a la donación de embriones son menos y distantes entre sí. Oklahoma exige a los médicos aportar a los tribunales consentimientos específicos de donantes y receptores para asegurar la ordenada transferencia de derechos y obligaciones paternofiliales. Georgia, por su parte, obliga a que la transferencia de la paternidad legal se logre mediante un contrato escrito y que los receptores pidan al tribunal una orden de adopción para formalizar la transacción. No resulta claro si uno de estos dos modos puede adaptarse a la transferencia de paternidad legal de los embriones "bajo pedido". Ciertamente, dadas estas circunstancias, el único guardián potencial es la propia clínica responsable de la generación y venta de los embriones en cuestión. Así y todo, las incertidumbres, inevitablemente, nos asolan. ¿Qué pasaría, por ejemplo, a los embriones "bajo pedido" si la clínica de referencia entra en bancarrota? ¿Qué pasaría a los embriones "bajo pedido" si un pro-

veedor de gametos objeta a la post-fecundación para la venta o exige que los embriones se devuelvan o se destruyan? Estas preguntas sin respuesta jurídica nos incitan a actuar con cautela en relación con la pujante corriente de los embriones "bajo pedido". Si la práctica se difunde sería bueno que se diera una coordinación de esfuerzos por parte de legisladores y juristas y así responder a estos desafíos.

Debe ser ya patente porqué la perspectiva de embriones "bajo pedido" para la venta debe suscitar aprehensión. Sin embargo, contempladas con las lentes jurídicas y éticas, las inquietudes suscitadas por esta potencialidad parecen comparables a las que asociamos con la ampliamente aceptada y más común tecnología reproductiva que implica la venta de gametos.

LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA: PROBLEMAS, PROPUESTAS Y RETOS

Esther FARNÓS AMORÓS

1. Introducción

Como "discussant" incidiré en los puntos que más han llamado mi atención del *paper* del Prof. Cohen. Mi base serán, por tanto, las reflexiones que nos ha hecho llegar, a partir de las cuales comparo la situación en EE.UU., que el autor conoce bien, con la situación en Europa y, en particular, en España. Ello me permite destacar los principales problemas, diferencias y puntos de encuentro entre los distintos ordenamientos. Puesto que, además, a raíz de la elaboración de mi tesis doctoral tuve la oportunidad de profundizar en los trabajos de Naomi Cahn, en ocasiones me remitiré a la referencias –en su mayoría, críticas– del autor a sus trabajos, en torno a los cuales se articulan algunas de las tesis de Cohen¹.

¹ Y, en especial, a uno de sus últimos trabajos: *Test Tube Families: Why the Fertility Market Needs Legal Regulation*, NYU Press, 2009.

Desde mi punto de vista el trabajo presentado por el Prof. Cohen, "Controversias recientes sobre tecnologías reproductivas en EE.UU.", aborda tres cuestiones importantes desde el punto de vista del contenido y del análisis empleado, especialmente sugerente para un jurista europeo:

1. En primer lugar, el anonimato del donante de espermatozoides. La cuestión más importante que se suscita en este campo es la de si existe un derecho a conocer los orígenes genéticos, que dejaría sin contenido la garantía de anonimato. Me detendré en este primer punto del trabajo de Cohen, que para mí constituye su eje central, puesto que deviene un pretexto óptimo para incidir en las diferentes aproximaciones de los ordenamientos a la reproducción asistida².

² No me pronuncio, puesto que excede del objeto de este trabajo, sobre la moralidad de la donación comercial de gametos. De ello, y de la moralidad de la gestación de sustitución, se ha ocupado recientemente desde la filosofía Ferracioli, Luara, *On the Value of Intimacy in Procreation (work in progress)*. La autora basa la falta de justificación moral de ambos actos en la ausencia de intimidad entre las partes implicadas en el proyecto parental, que impide llegar a saber si quien va a ejercer las funciones parentales será un buen padre o madre. Agradezco al Prof. Pablo de Lora haberme dado a conocer dicho trabajo.

2. En segundo lugar, las consecuencias que puede tener en materia de filiación el recurso a una determinada modalidad de donación de esperma. Ello conduce a distinguir, a los efectos de la determinación de la paternidad resultante, entre las inseminaciones domésticas ("do-it-yourself")³ y las practicadas en centros autorizados de reproducción asistida.

3. En tercer lugar, la posibilidad –ya real– de disposición sobre los embriones plantea cuál debe ser la forma de llevarla a cabo, con el fin de minimizar el riesgo de objetificación (*commodification*) de determinados bienes susceptibles de respeto especial. También en esta cuestión existen, como veremos, diferencias importantes entre ordenamientos jurídicos. A pesar del desacuerdo para definir el estatus del embrión, existe un consenso amplio en lo relativo a la necesidad de protección, también cuando se encuentra "in vitro", que requiere la adopción de posiciones comunes⁴.

³ Tomo la expresión de Herring, Jonathan, *Family Law*, 4th ed., Pearson-Longman, London, 2009, p. 335.

⁴ Si bien en este trabajo voy a obviar la discusión sobre el estatus del embrión, éste tiene una potencialidad que lo hace merecedor de un mínimo grado de protección. Ahora bien, de la evidencia de que cada persona inicia la vida a partir de un embrión no se deduce que los embriones humanos sean personas. Según Sandel, la personali-

2. El anonimato del donante de esperma

1. *Anonimato del donante v. derecho a conocer los orígenes*

La principal cuestión que suscita la garantía de anonimato del donante de esperma, que todavía reconocen muchas legislaciones, entre ellas la española (art. 5.5 LTRHA)⁵, es la de su compatibilidad con el derecho del nacido a conocer sus orígenes. La existencia de tal derecho dejaría sin contenido las legislaciones más restrictivas, que no contienen una regla general favorable a conocer la identidad y otros datos relevantes del donante, así como las posibilidades que se contemplan en ordenamientos desregulados o cuasidesregulados en materia de técnicas de reproducción asistida (en adelante, TRA), como los estadounidenses, que dejan en ma-

dad no es la única garantía de respeto y, con frecuencia, el error entre los que defienden el estatus del embrión como persona humana, ya desde el punto de vista de la religión o desde el binarismo kantiano, está en considerar que la única alternativa es considerarlos meras cosas, obviando con ello su potencial humano: Sandel, [Michael J.], *The Case against Perfection. Ethics in the age of genetic engineering*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2007, pp. 112-128.

⁵ Con la abreviatura LTRHA me referiré a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE nº 126, de 27 de mayo).

nos del potencial donante la posibilidad de ser contactado por la descendencia, y otorgan carácter vinculante a los acuerdos entre el donante y el centro, por los que el segundo garantiza al primero la confidencialidad⁶.

La discusión sobre la conveniencia de utilizar registros obligatorios de donantes de espermatozoides, a los que tiene acceso el concebido gracias a esta técnica a partir de los dieciocho años⁷, sitúa las tesis de Cohen y Cahn en polos opuestos. El primero antepone al discurso favorable a la regulación y a estos registros una solución basada en el mercado, puesto que en EE.UU. quienes quieren tener contacto con los donantes o ser contactados por la descendencia ya pueden optar por un sistema de identidad abierto (sistema de registro opcional). Por su parte, Cahn mantiene la tesis contrapuesta, que propone la imposición de estos registros. La autora basa la obligatoriedad del registro fundamentalmente en dos argumentos: la transformación que experimentamos las personas respecto de ciertas decisiones que tomamos en un momento 1, que en un momento 2 pueden resultarnos

⁶ Aunque en la mayoría de casos estos acuerdos han sido confirmados, existe alguna excepción, como apunta el Prof. Cohen en su trabajo.

⁷ Esta es, según Cohen, la tendencia en países como Suecia, Austria, Alemania, Holanda, Noruega, Reino Unido, Nueva Zelanda y algunos estados australianos.

obsoletas⁸; y la existencia de un derecho fundamental del nacido, a quien se pretende evitar un hipotético daño derivado de la donación anónima de esperma que hizo posible su concepción.

Cohen desecha el primer argumento porque, además de no basarse en ninguna evidencia empírica, carece de relevancia cuando es el propio nacido el que puede acceder a estos registros para conocer la identidad del donante, y no el donante o los receptores de las TRA, que son los únicos que podrían experimentar un cambio de actitud motivado por el paso del tiempo. En segundo lugar, Cohen reconduce el argumento de Cahn consistente en evitar un daño a quien fue concebido mediante TRA, al Problema de la No-Identidad, acuñado por Derek Parfit⁹. Si bien esta

⁸ Corrientes como el "behavioralism" o "behavioral law and economics", que estudian el peso de las emociones en ámbitos concretos del discurso legal, proponen otorgar relevancia a los cambios de opinión de las partes en relación a lo que acordaron inicialmente. Estas corrientes se basan en la asunción según la cual los individuos no prevén adecuadamente sus emociones "ex ante". Jeremy A. Blumenthal es uno de sus máximos representantes, en especial en lo que afecta a las decisiones que se toman en el ámbito de la familia y las decisiones procreativas: vid. sus trabajos "Law and the Emotions: The Problems of Affective Forecasting", 80 *Ind. L.J.* 155, 2005; y "Emotional Paternalism", 35 *Florida State University Law Review* 1, 2007.

cuestión resulta compleja para alguien más bien ajeno al campo de la filosofía, ésta se resume en que cuando una determinada intervención puede conllevar la existencia de una persona, los argumentos basados en su bienestar resultan, cuanto menos, problemáticos. Así, la decisión de traer o no un hijo al mundo siempre queda vacía de contenido ante una objeción basada en sus mejores intereses, pues ello implica, o bien no traerle al mundo, o bien traer al mundo a un individuo distinto¹⁰. Cohen reconduce el argumento a uno del tipo "but for", puesto que si no hubiese sido por la donación de gametos la persona en cuestión no habría llegado a existir¹¹. En consecuencia, interrogarse más allá resulta superfluo. Este argumento, junto con otros más pragmáticos

⁹ *Reasons and Persons*, Oxford Paperbacks, Oxford, 1984, pp. 358-359 (rev. ed. 1987).

¹⁰ Agradezco al Prof. de Lora sus aclaraciones sobre este punto. Sólo en circunstancias ciertamente excepcionales, que no tienen por qué identificarse con la concepción mediante TRA, sería posible afirmar que hubiese sido mejor no haber llegado a nacer.

¹¹ Estos argumentos, frecuentemente utilizados en el derecho de daños por estar basados en la causalidad, se han utilizado recurrentemente en EE.UU. para determinar la filiación derivada de TRA respecto de los padres intencionales: vid. Hill, John Lawrence, "What does it mean to be a 'parent'? The claims of biology as the basis for parental rights", 66 *N.Y.U.L. Rev.* 353, 1991, pp. 414-418; y Bayne, Tim and Kolers, Avery, "Toward a Pluralist Account of Parenthood", *Bioethics*, Vol. 17, No. 3, 2003, pp. 238-241.

basados en la relación directa entre prohibición del anonimato y disminución del número de donantes que se ha observado a corto plazo en algunos ordenamientos, permite cuestionar la prohibición de las donaciones anónimas.

Ahora bien, aunque admitamos que nadie puede verse dañado por el acto anónimo de donación que lo llega a producir, debemos analizar si puede verse dañado si se le priva, una vez nacido, del acceso a la identidad de sus padres genéticos. En este sentido, el derecho a conocer los orígenes se ha consolidado en varios ordenamientos jurídicos de nuestro entorno sociocultural, en el contexto de la adopción en un primer momento y en el de la filiación derivada de TRA después. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha tenido un papel relevante en su configuración como un derecho esencial para el desarrollo de la propia identidad, que no necesariamente debe evolucionar hacia un vínculo jurídico con el progenitor o progenitores, y que forma parte del derecho a la vida privada que reconoce el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4.11.1950 (en adelante, CEDH)¹².

¹² Son varios los estudios que demuestran que las justificaciones tradicionales para mantener el secreto han

Gaskin v. Reino Unido fue el primer caso en que la Gran Sala del TEDH (7.7.1989, TEDH 16) reconoció este derecho, al considerar que la prohibición, por las autoridades británicas que asumieron la guarda de un menor, de acceder a su expediente podía violar la vida privada reconocida por el art. 8 CEDH, en tanto que contenía información sobre aspectos personales de su infancia que constituían la principal fuente de información sobre su pasado y sus años de formación. Al mismo derecho aludió la sec. 1ª en *Mikulic v. Croacia* (7.2.2002, JUR 78019) para fundamentar la procedencia de una acción de reclamación de la paternidad no matrimonial ejercitada por una madre y su hija. En *Odièvre v. Francia* (13.2.2003, TEDH 8), aunque la Gran Sala confirmó el margen de apreciación del Estado francés e impidió a la recurrente, abandonada al nacer, acceder a los datos de su nacimiento, al que había sido aplicada la legis-

perdido valor, de modo que la tendencia legal favorable al mayor reconocimiento del derecho a conocer los orígenes se podría ir extendiendo cada vez más: Blauwhoff, Richard J., *Foundational Facts, Relative Truths. A comparative law study on children's right to know their genetic origins*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, pp. 10-11, 341 y ss.

lación francesa sobre parto anónimo, reconoció la existencia de un derecho a conocer los orígenes. En *Jäggi v. Suiza* la sec. 3ª del TEDH (13.7.2006, JUR 210705) integró el derecho a la propia identidad, que el conocimiento de los propios orígenes, hace posible, dentro de la noción "vida privada", al considerar que debía ser estimada una acción de reclamación de paternidad ejercitada por el hijo de una madre soltera más allá de los límites temporales que fijaba, muy restrictivamente, la legislación nacional. En *Backlund v. Finlandia*, la sec. 4ª (6.7.2010, TEDH 81) concluyó que la identidad de los propios padres forma parte de la propia identidad personal, razón por la cual consideró desproporcionado fijar un plazo temporal rígido para el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad.

Más allá de la jurisprudencia del TEDH, cuya influencia es decisiva, cada vez son más los ordenamientos europeos que otorgan un mayor alcance al derecho a conocer los orígenes, que se plasma en la posibilidad de revelar la identidad del donante de gametos, una vez el nacido ha alcanzado la madurez suficiente, sin que ello comporte el establecimiento de vínculos legales de filiación.

En la línea iniciada por las pioneras leyes sueca en 1984 (art. 4 Ley nº 1140) y austriaca en 1992 (art. 20 *Fortpflanzungsmedizingesetz*), en los últimos años varios países europeos han optado por la misma solución. Así, el art. 27 de la Ley federal suiza sobre procreación médicamente asistida, de 18.12.1998 (Ley RS 810.11), permite a los mayores de 18 años conocer la identidad y algunos datos relativos al aspecto físico de los donantes. En Noruega, los art. 2-7 a 2-9 de la Ley sobre la aplicación de la biotecnología en la medicina humana (Ley 100, de 5 de diciembre de 2003) contienen una previsión idéntica. Desde el 1 de junio de 2004 la Ley holandesa sobre datos del donante, de 25 de abril de 2002, permite a los mayores de 16 años concebidos mediante gametos donados, a sus padres o a los equipos médicos solicitar información sobre la identidad del donante. En Reino Unido, a partir de la reforma introducida por los *Statutory Instruments 2004 No. 1511 – The Human Fertilisation and Embriology Authority (Disclosure of Donor Information)*, la legislación ya permite a los que fueron concebidos a partir de abril de 2005 mediante espermatozoides, óvulos o preembriones donados, solicitar in-

formación que identifique a los donantes, una vez cumplidos los 18 años. En Finlandia, la *Lag om assisterad befruktning*, de 22.12.2006 (Ley nº 1237/2006), también permite conocer la identidad del donante.

La tendencia hacia una mayor transparencia se impone también fuera de Europa.

Así, el Senado australiano ha elaborado un exhaustivo informe sobre la concepción mediante gametos donados que recomienda, entre otras medidas, prohibir el anonimato de las donaciones y proporcionar asesoramiento obligatorio, especialmente dirigido a que los progenitores revelen al hijo el origen de su concepción, a fin de evitarle problemas de identidad¹³. Por su parte, el estado de Victoria ya permite al concebido mediante gametos donados, a partir de la mayoría de edad -o durante la minoría, con el consentimiento de su representante legal y siempre que tenga la madurez suficiente-, acceder a información identificativa

¹³ *Parliament of Australia – Senate, Donor conception practices in Australia, Canberra, Commonwealth of Australia*, 2011, pp. 1-148, recomendaciones 3 y 25, pp. 11 y 15.

del donante¹⁴. En Canadá el anonimato del donante impuesto por la *Assisted Human Reproduction Act* (2006) está siendo cuestionado desde el punto de vista constitucional¹⁵.

Si bien la genética no tiene por qué resultar decisiva para la configuración de la propia identidad ni para el establecimiento de la filiación¹⁶, para determinados individuos puede constituir un elemento determinante en la configuración de la propia identidad y en la comprensión de muchos aspectos de su personalidad. En este contexto, surge la pregunta de si el Estado puede impedir el acceso a un elemento identitario cuyo control es posible. Puesto que existe control sobre dicha información, la misma debería ponerse al alcance de los interesados, dejando a su criterio el ejercicio de la opción de conocer sus orígenes. En esta decisión tendrá un peso decisivo el valor que cada individuo otorgue a la genética y el

¹⁴ Parte 6, sec. 56-63, *Assisted Reproductive Treatment Act 2008* (No. 76).

¹⁵ Cameron, Angela / Gruben, Vanessa / Kelly, Fiona, "De-Anonymising Sperm Donors in Canada: Some Doubts and Directions" (2010), 26 *Can. J. Fam. L.* 95-148.

¹⁶ En este punto, comparto las tesis del Prof. Cohen: vid. "The Right Not to Be a Genetic Parent?", *Harvard Public Law Working Paper* No. 08-31, pp. 101-184.

papel que considera que ésta experimenta en la filiación.

2. Posible extensión del derecho a conocer los orígenes a los concebidos mediante reproducción sexual

Argumenta Cohen que si el anonimato del donante es un mal en sí mismo que daña a los concebidos mediante TRA, esta misma objeción también podría ser aplicada a los concebidos mediante reproducción sexual que, por cualquier causa, desconocen la identidad de su padre genético (el ejemplo paradigmático al que se refiere el autor es el de los concebidos mediante "one night stand"). Al ser éste un colectivo mucho más numeroso que el de los concebidos mediante TRA, Cohen considera, provocativamente, que con más razón debería ser exigible una obligación de desvelar la identidad del padre genético en ambos casos. En esto consiste lo que el autor denomina su "Modesta Propuesta".

Si la información sobre los orígenes genéticos se conceptúa como un derecho, del argumento de Cohen se sigue que existe una razón seria para extenderlo a todos los nacidos, con independencia de su forma de concepción. En los concebidos mediante reproducción sexual este derecho ya se protege mediante las acciones de reclamación de pa-

ternidad, que el hijo puede ejercitar siempre. No obstante, dichas acciones parten de un presupuesto básico y no siempre de fácil consecución, puesto que requieren saber quién es el padre o presunto padre genético, extremo que la propia madre puede desconocer o que, como sucede más a menudo, puede ocultar al hijo. En el caso de los concebidos mediante TRA, la posibilidad de llevar un registro de donantes facilita de entrada el ejercicio del derecho a conocer los orígenes. A mi parecer, la diferencia de trato a que puede conducir esta circunstancia no es discriminatoria, pues se basa en razones objetivas, en este caso con una base biológica y centrada en el carácter privado de la reproducción sexual, por lo que la diferencia de situaciones justifica un trato desigual¹⁷.

¹⁷ Más allá de la decisión de abortar, que corresponde en exclusiva a la mujer, otros ejemplos de las asimetrías de género que pueden resultar de la reproducción sexual los aportan los casos de ocultación de la paternidad biológica (*paternity fraud*) o de engaño por parte de la mujer que asegura al futuro padre que está tomando algún método de anticoncepción oral y queda embarazada (*birth control fraud*): vid. Goetz, Aaron T. / Shackelford, Todd K., "Sexual Conflict in Humans: Evolutionary Consequences of Asymmetric Parental Investment and Paternity Uncertainty", *Animal Biology*, 59, 2009, pp. 449-456; y Cannold, Leslie, "Who's the father? Rethinking the moral 'crime' of 'paternity fraud'", *Women's Studies International Forum*, 31, 2008, pp. 249-256. Estas asimetrías pueden contraponerse con las que, también con

Además de lo anterior, al formular su propuesta el autor prescinde (aunque lo hace deliberadamente, con voluntad de provocar) de una diferencia que es esencial: es la voluntad de procrear lo que justifica el acceso a las TRA y dicha voluntad (*intention*) no siempre está presente en la reproducción sexual¹⁸. A mi modo de ver, el elemento intencional

una base biológica, parten de la tradicional posición de desventaja de la mujer, que se hacen patentes a partir de acciones de reclamación de la paternidad interpuestas por las propias madres.

¹⁸ Hasta los años noventa, en EE.UU. la determinación de la filiación a través de la voluntad sólo había recibido reconocimiento legal y social en caso de adopción. A partir de 1990 varios trabajos empezaron a reivindicar el papel de la voluntad o deseo de una persona de ser considerada padre o madre como criterio decisivo de atribución de la filiación, en especial cuando la concepción resultaba de un acto planificado, como el derivado del acceso a las TRA: vid., entre otros, los trabajos más recientes de Storrow, Richard F., "Parenthood By Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage", 53 *Hastings L.J.* 597, 2002; Appleton, Susan Frelich, "Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era", 86 *B.U.L. Rev.* 227, 2006, pp. 276-282; y Anderson, Linda S: "Redefining 'parent': Avoiding the Fatal Flaw in Analysis of Assisted Reproductive Technology Disputes", *Stetson University College of Law Research Paper No. 2009-29*, pp. 1-32, en pp. 20 y ss., y "Adding players to the game: parentage determinations when assisted reproductive technology is used to create families", *Arkansas Law Review*, Vol. 62, No. 1, 2009, pp. 52 y ss.

justificaría aquí, una vez más, la diferencia de trato entre ambas situaciones.

3. *Paradojas de la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida*

La jurisprudencia del TEDH, junto con la tendencia general en derecho comparado, favorable al reconocimiento de un derecho a conocer los orígenes, contrasta con la situación en España, que en mi opinión resulta paradójica por varias razones:

– En España la información que el nacido puede obtener sobre el donante se limita, por regla general, a datos muy básicos, y la revelación de la identidad del donante es excepcional. Así, de acuerdo con el art. 5.5 LTRHA:

"La donación será anónima y deberá 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.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener *información general de los donantes que no incluya su identidad*.

Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

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, *podrá revelarse la identidad de los donantes*, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes."

– La posibilidad anterior, ya de por sí excepcional, se ve aún más restringida si tenemos en cuenta la prohibición de que conste el origen de la filiación en el Registro Civil. Así, de acuerdo con el art. 7.2 LTRHA:

"En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación."

Esta situación puede relacionarse con una de las objeciones de Cohen a la tesis de Cahn y, en particular, a su propuesta de registros

obligatorios, a los que sólo podrán acceder los nacidos que hayan sido informados previamente de que fueron concebidos mediante espermatozoides de donante, por lo que la virtualidad del presunto derecho queda, en realidad, al albur de las conductas de los adultos.

– Una segunda paradoja en la legislación española sobre TRA, que como hemos visto no reconoce al nacido un derecho a conocer sus orígenes, es que esta regulación entra en conflicto con la legislación sobre adopción, que lo reconoce desde 2007 en el art. 180.5 CC:

"Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho."

En Cataluña, el derecho de los adoptados a conocer sus orígenes, que desde 2010 se reconoce en el art. 235-49 CCCat ("Derecho

a la información sobre el propio origen")¹⁹, se complementa con una novedad a nivel estatal y respecto de muchas legislaciones de nuestro entorno: la obligación de los adoptantes de informar al hijo adoptado sobre la adopción (art. 235-50 CCCat):

"Los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor."

¹⁹ "1. El adoptado tiene derecho a ser informado sobre su origen.

2. El adoptado, a partir del cumplimiento de la mayoría de edad o de la emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar la identidad de sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva.

3. Las administraciones públicas deben facilitar al adoptado, si los pide, los datos que tengan sobre su filiación biológica. A tal fin, debe iniciarse un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en cuyo marco tanto el adoptado como su padre y su madre biológicos deben ser informados de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte con relación al posible encuentro.

4. El adoptado puede solicitar, en interés de su salud, los datos biogenéticos de sus progenitores. También pueden hacerlo los adoptantes mientras el adoptado es menor de edad.

5. Los derechos reconocidos por los apartados 2 y 3 deben ejercerse sin detrimento del deber de reserva de las actuaciones."

El reconocimiento legal de dicha obligación, pese a no tener, por su naturaleza incoercible, efectos vinculantes, quiere garantizar el derecho del hijo a la información sobre el propio origen. Esta garantía se reputa especialmente útil en adopciones intraraciales, en las que el nacido no tiene por qué deducir de sus rasgos que es adoptado, como puede suceder con los concebidos mediante TRA heterólogas o con gametos de donante por parejas heterosexuales.

El diferente alcance del derecho a conocer los orígenes en la filiación adoptiva y en la resultante del acceso a las TRA, que hace de peor condición a los concebidos mediante estas últimas, además de carecer de base constitucional²⁰, no encuentra justificación alguna en la jurisprudencia del TEDH, ni es coherente con la tendencia legislativa de la mayoría de ordenamientos de nuestro entorno, favorable a eliminar el anonimato del donante, sin que ello suponga el estableci-

²⁰ Pantaleón calificó de contrario a los art. 39.2, 10, 15 y 39.3 CE, en relación con el art. 24.1 CE, el art. 5.5 de la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE nº 282, de 24 de noviembre), equiparable al vigente art. 5.5 LTRHA: vid. Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia* (Estudios), Nº 5/1988, pp. 31-36.

miento de un vínculo de filiación legal entre éste y el nacido²¹.

4. *Diferencias en las regulaciones y "turismo reproductivo"*

Uno de los principales efectos de la diversidad entre los Estados en materia de TRA es el mal llamado "turismo reproductivo"²², cuya influencia es aún más acusada en un contexto en que la medicina reproductiva ha ido adquiriendo mayor importancia y se ha convertido en un motor económico de primer nivel. Diferencias significativas, como la prohibición de la donación de óvulos en algunos países (tal es el caso de Alemania, Italia, Noruega, Austria y Suiza, entre otros) o la discusión sobre la conveniencia de autorizar,

²¹ En España, esta consecuencia está prevista en sede de adopción y también de TRA, en este último caso cuando, excepcionalmente, se puede llegar a conocer la identidad del donante: así, de acuerdo con el art. 180.4 CC, en sentido similar al citado art. 235-49.2 "in fine" CCCat, "La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.", y de acuerdo con el art. 8.3 LTRHA, "La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación."

²² A favor de la expresión más neutral "Cross Border Reproductive Care", vid. Shenfield, F. *et al.*, "Cross border reproductive care in six European countries", (2010) 25(6) *Human Reproduction*, 1361.

aunque de forma limitada, el diagnóstico genético preimplantacional (DGP)²³, evidencian que la armonización legal en la propia Comunidad europea también es un reto difícil de alcanzar. En el caso de la donación de óvulos, por ejemplo, cualquier decisión sobre su prohibición o admisión, sobre su finalidad altruista o comercial, o sobre su carácter anónimo está directamente influida por las concretas convicciones y circunstan-

²³ Sobre este último supuesto, vid. *Costa y Pavan v. Italia*, resuelta por la sec. 2ª del TEDH el 28.8.2012 (TEDH 72). La ley italiana sobre TRA, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, restringe el acceso a las técnicas a las parejas heterosexuales infértiles (art. 5), siempre que se trate de técnicas homólogas o con sus propios gametos (art. 4.3). El DGP está permitido en algunos países de la UE, entre ellos España, para evitar a la descendencia la transmisión de enfermedades genéticas, tales como la hemofilia, o para detectar otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión (art. 12 LTRHA). De acuerdo con la legislación italiana, la única opción para la pareja recurrente era tener el hijo y abortar en caso de que éste naciera con la enfermedad genética que pretendían evitar recurriendo al DGP. Pese a admitir que el DGP plantea cuestiones morales y éticas serias, el TEDH consideró que la ley italiana era incoherente y desproporcionada, al vulnerar el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), puesto que existe un derecho a acceder a las TRA y, en particular, al DGP "para concebir un hijo que no se encuentre afectado por una enfermedad genética en particular" (FJ 57). Al respecto, vid. Penasa, Simone, "The Italian regulation on Assisted Reproductive Technologies facing the European Court of Human Rights: the case of Costa and Pavan v. Italy, *Rev Der Gen H* 37/ 2012, pp. 155-180.

cias políticas, religiosas o sociales de cada país.

Así, en Alemania, donde la donación de óvulos no está permitida y se prevé una pena para el facultativo que la lleve a cabo, los principales argumentos que se invocan para justificar dicha opción son la fragmentación de la maternidad a que conduce y las dificultades que plantea para el nacido a la hora de conocer sus orígenes, lo que puede afectar seriamente su desarrollo psicológico. Sin embargo, la prohibición ha sido cuestionada desde el punto de vista constitucional²⁴. Si bien el TEDH tuvo que enfrentarse a dicha prohibición, en relación a la legislación austriaca sobre TRA (1992), en el caso *S.H. y otros v. Austria*, la decisión final de la Gran Sala de 3.11.2011 (JUR 369437), puso el acento en el margen de apreciación de los estados para regular una cuestión sensible como ésta, y afirmó que los ciudadanos austríacos ya podían acceder a la técnica en otros países que la permitían, por lo que acabó legitimando

²⁴ Romeo Casabona, Carlos María / Paslack, Rainer / Simon, Jürgen W., "Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European countries", *Rev Der Gen H* 38/2013, p. 23.

do el "turismo reproductivo"²⁵. Aunque los jueces de la Gran Sala insistieron en que el pronunciamiento sólo se aplicaba a un caso concreto, son claros los efectos colaterales de la sentencia, en especial para países como Alemania, que mantienen prohibiciones similares y que se hubiesen visto claramente perjudicados por el primer pronunciamiento del TEDH, en que la sec. 1ª, en sentencia de 1.4.2010 (JUR 97861), había acabado condenando a Austria²⁶.

Incluso entre países con legislaciones liberales en materia de reproducción asistida, como es el caso de España y Reino Unido, la

²⁵ Para una crítica, que acusa la sentencia de promover la "discriminación elitista", vid. mi monografía *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 63. Otros autores fundamentan la crítica en los riesgos de baja calidad del tratamiento obtenido en el extranjero: Thorn, Petra, "Reproductive travel. An expertise on behalf of pro-familia", *German Society for Family Planning, Sex Education and Sexual Counselling Association* (Ed.), Frankfurt am Main, Germany, 2008, p. 6.

²⁶ Vid. Vidal Martínez, Jaime, "Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria TEDH 2010/56, de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo", *Rev. Der Gen H* 34/2011, pp 155-201.

aproximación a la donación de óvulos es muy diferente. Así, mientras que en España rige como regla general el anonimato del donante (art. 5.5 LTRHA), en Reino Unido éste puede ser identificado a petición del hijo una vez cumplidos los 18 años²⁷. La garantía de anonimato en la legislación española, unida a los costes económicos más bajos de las TRA en nuestro país, a las menores restricciones de edad para el acceso a las mismas y a listas de espera más cortas, dada la mayor disponibilidad de donantes que comporta la garantía del anonimato, motiva que también las mujeres británicas viajen a España para acceder a un tratamiento ya permitido en su país²⁸.

Pero España no es tan sólo uno de los principales destinos reproductivos de individuos y parejas que acceden a las TRA²⁹,

²⁷ Vid., al respecto, los citados *Statutory Instruments 2004 No. 1511 – The Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information)*.

²⁸ La situación en Reino Unido provoca que el 75% de las técnicas se lleven a cabo en centros privados, con los mayores costes económicos que ello implica (que puedan duplicar los de los países del sur y este de Europa). Asimismo, el 60% de las mujeres que quieren acceder a las mismas tienen más de 40 años, edad que constituye el límite legal en Reino Unido: Romeo / Paslack / Simon, *cit.*, pp. 32-33.

²⁹ Así, la posibilidad de utilizar gametos donados, la garantía de anonimato del donante, la no exclusión de las parejas no casadas y de lesbianas del acceso a las técnicas,

puesto que cada vez son más los ciudadanos españoles que viajan a otros países (principalmente a EE.UU. pero, por razones económicas, cada vez más a la India) para acceder a la maternidad subrogada³⁰. La nulidad de pleno derecho de los acuerdos de gestación de sus-

así como los menores costes y las listas de espera más reducidas, han convertido España en uno de los principales destinos reproductivos de parejas y mujeres solas de otros países: Shenfield *et al.*, *cit.*

³⁰ En los últimos años, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido que resolver un número relevante de recursos contra la negativa a la inscripción de la filiación por parte de los Registros civiles consulares y, en alguna ocasión, del Registro civil central, en supuestos de nacidos que fueron gestados por una madre subrogada. Entre mayo y diciembre de 2011 se resolvieron quince recursos de este tipo, lo que pone de relieve la incidencia de la práctica en España. Once fueron resueltos favorablemente a los recurrentes, padres de intención o comitentes; tres fueron desestimados; y uno se resolvió admitiendo el desistimiento de los promotores. En doce de estos recursos el acceso a la maternidad subrogada había tenido lugar en EE.UU., mientras que en los tres desestimados el acceso había tenido lugar en la India. De ello se infiere que los supuestos que proceden de dicho país plantean mayores problemas de reconocimiento, posiblemente porque no existe resolución judicial del país extranjero que acredite la filiación que se pretende, ni consta la identidad de la madre gestante. Con posterioridad no se conoce ninguna Resolución sobre el particular, lo que podría deberse a la doctrina sentada por la Instrucción de la DGRN de 5.10.2010 (BOE nº 243, de 7 de octubre): vid. Álvarez González, Santiago, "Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa", pp. 1-16 (*en prensa*). Disponible en Academia.edu:

titución en España (art. 10 LTRHA) determina que el "turismo reproductivo" se produzca en este caso a la inversa³¹. La necesidad de uniformizar la regulación existente, al menos en el plano internacional, es una demanda que nace de la consciencia de los riesgos de discriminación elitista, de explotación de mujeres de países subdesarrollados y de mala calidad del tratamiento³².

III. Modalidades de donación y establecimiento de la filiación legal

Cohen incide en la conveniencia de distinguir entre las inseminaciones domésticas (DIY) y las practicadas en centros autorizados de reproducción asistida, a los efectos de deter-

http://www.academia.edu/4799115/Surrogacy_balance_de_cuatro_anos_de_practica_judicial_y_administrativa

³¹ Sobre la necesidad de dar una respuesta legislativa a este fenómeno me he pronunciado en "Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain", *International Family Law* 1/2013, pp. 68-72.

³² Al respecto, vid. el Documento Preliminar nº 11, elaborado en marzo de 2011 por la Conferencia de la Haya sobre derecho internacional privado, que aborda cuestiones relativas al estatus de los nacidos como consecuencia de un acuerdo internacional de gestación de sustitución. Vid. también el trabajo de los Prof. de la Universidad de Aberdeen, Katarina Trimmings y Paul Beaumont (Eds.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

minación de la paternidad resultante, que en la mayoría de ordenamientos sólo puede ser excluida legalmente en el segundo caso. Al respecto, en la práctica anglosajona se diferencia entre donantes anónimos ("donors"), que aportan su material genético en centros autorizados, y los que lo hacen en otras circunstancias ("begetters"), respecto de los cuales sí puede establecerse la filiación, con las consecuencias legales que ello implica³³.

Los acuerdos privados entre las partes, por los que el "donante" no asumirá responsabilidad respecto del nacido, son controvertidos, a juzgar por los casos resueltos en distintos ordenamientos, la mayoría de los cuales no les otorgan validez.

En *J. McD. v. P.L. and B.M.*, resuelto en 2007, el TS de Irlanda reconoció un derecho de visitas al amigo gay de una pareja de lesbianas, que había firmado con éstas un acuerdo por el que se comprometía a ejercer de donante de esperma y a comportarse como un tío ("favourite uncle") respecto del nacido, pese a que después del nacimiento la filiación paterna quedó establecida a su favor y la materna a favor de la gestante. En EE.UU., con

³³ Herring, *cit.*, p. 335.

la excepción de *Ferguson v. McKiernan*³⁴, la tendencia es la misma: así, en *Thomas S. v. Robin Y.* (1994), el TS de Nueva York acabó declarando padre legal al donante de esperma, el amigo gay de una pareja de lesbianas, quien pese a existir un acuerdo verbal por el cual renunciaba a sus derechos parentales, pretendía mayores derechos de visita, por lo que acabó interponiendo una acción de paternidad respecto del menor, cuya filiación materna sólo estaba determinada a favor de la gestante. A la misma conclusión llegó el Tribunal de apelaciones de Nuevo México en *Mintz v. Zoernig* (2008), en que la madre tuvo un primer hijo tras inseminarse en su casa con esperma de un conocido que renunció a su paternidad en un acuerdo escrito. Una vez rota la relación que mantenía con otra mujer, la madre se inseminó nuevamente

³⁴ En el caso, el 27.12.2008 el TS de Pennsylvania confirmó la validez del acuerdo verbal existente entre las partes, por el que la ex pareja de la madre aceptaba donar esperma en la clínica para que la mujer se sometiera a FIVTE, renunciando a cualquier posible responsabilidad como padre. El TS denegó la pensión de alimentos solicitada por la madre a su ex pareja respecto de los mellizos que nacieran a resultas de dicho tratamiento. Para el TS, atribuir responsabilidad al hombre en este caso actuaría como un desincentivo para muchos posibles donantes.

con espermatozoides del mismo hombre. Éste mantuvo el contacto con ambos menores, aunque era la madre la única que tenía la filiación determinada respecto de los dos y el hombre nunca se hizo cargo de los mismos. Sin embargo, el tribunal accedió a la pretensión de la madre de que el hombre les pagara una pensión de alimentos, por cuanto era su padre, y consideró que el acuerdo por el que el hombre renunciaba a sus obligaciones parentales era contrario al orden público.

Aunque es posible que la distinción entre "donor" y "begetter" a los efectos de establecimiento de la paternidad resultante se fundamente, en último término, en razones pragmáticas, como evitar la responsabilidad del Estado ante unos deberes que incumben a terceros, por lo general la invalidez de los acuerdos privados que eximen de las responsabilidades parentales al hombre que actuó como donante sin cumplir las formalidades legales se fundamenta en razones de orden público, que se concretan en la indisponibilidad del estado civil. Otorgarles validez sería contrario al interés del menor, que si bien es un concepto jurídico indeterminado, en ocasiones puede identificarse con la garantía de una mínima seguridad patrimonial. Así lo ponen de relieve las sentencias que impiden que prosperen

ciertas acciones de impugnación ejercitadas más bien en interés de los adultos que las interponen, que de los menores que en teoría deben verse beneficiados por las mismas³⁵. Desde este punto de vista, es discutible que los acuerdos privados de donación de espermatozoides, que eximen de responsabilidad al padre biológico, se realicen en interés del menor. La intermediación de un centro autorizado para la práctica de dichas técnicas pretende asegurar, en la medida de lo posible, que la técnica en cuestión se lleve a cabo con todas las garantías y de acuerdo con las finalidades que persigue la ley. Es cierto que mediante la reproducción sexual hay mecanismos para

³⁵ Así, en determinadas circunstancias la solución judicial, en interés del menor, busca impedir que éste se quede "sin padre y sin alimentante": Quicios Molina, Susana, "Filiación matrimonial: determinación por medio de un reconocimiento de complacencia; impugnación por no ser conforme con la verdad biológica (Comentario a la S.T.S. de 14 de julio de 2004)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, 2005, p. 454. Por su parte, la Sala Civil-Penal del TSJ de Cataluña, en sentencia de 22.12.2008 (JUR 2009\295671), impidió que prosperara una acción de impugnación de la paternidad ejercitada por la madre respecto de su ex pareja, que no había consentido a la inseminación con espermatozoides de donante en el documento público que exigía entonces la legislación vigente, pero cuyo consentimiento a la inseminación heteróloga podía inferirse de otros extremos relevantes. Según el TSJC "(...) La seguridad jurídica y el interés del menor no pueden hallarse al albur de las relaciones afectivas de los padres (...)" (FJ 11).

impedir que la paternidad resultante quede determinada pero, como ya he subrayado, esta consecuencia deriva del carácter privado de la reproducción sexual, que imposibilita todo control.

IV. "Embriones por encargo"

La posible disposición sobre los embriones, y en particular su venta, conduce al debate sobre la forma en que estas transacciones deben llevarse a cabo y al discurso sobre la objetificación (*commodification*) de determinados bienes. Alrededor de esta cuestión, la última apuntada en el *paper* que es objeto de comentario, se distingue nítidamente entre ordenamientos que regulan las TRA (mayoritariamente, los de los estados miembros de la UE) y ordenamientos desregulados o cuasi desregulados (típicamente, los de los EE.UU.)³⁶.

Si bien en EE.UU. el número de centros de reproducción asistida ha ido en aumento año

³⁶ Vid. Alkorta, Itziar: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003; "Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte I)", *Rev Der Gen H* 18/2003, pp. 41-89; y "Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (Parte II)", *Rev Der Gen H* 19/2003, pp. 23-41.

tras año, la generalización de las TRA no se ha visto acompañada de medidas legislativas, por lo que dicho país se caracteriza por la práctica desregulación de las técnicas, tanto a nivel federal como estatal, y por el carácter meramente orientativo de las directrices elaboradas por organismos profesionales como la *American Society for Reproductive Medicine*. Esta situación ha propiciado que el acceso a las técnicas tenga lugar en un sistema de "laissez-faire" que perjudica a los usuarios y favorece la comercialización de gametos, como se observa especialmente en relación a los óvulos, por los que se solicitan cantidades astronómicas, y se pide un perfil muy determinado de donante.

We are looking for a special egg donor.

COMPENSATION

\$100,000

This ad is being placed for a particular client and is not soliciting eggs for a donor bank or registry. We provide a unique program that only undertakes one match at a time and we do not maintain a donor database.

Please visit

www.elitedonors.com

for full program details

Fuente: *Cornell Daily Sun*, 9.11.2007
Universidad de Cornell (Ithaca, Nueva York)

Ahora bien, mientras que la comercialización de gametos está ampliamente admitida en la práctica estadounidense, la

comercialización de embriones se presenta todavía como una cuestión a explorar. En los pocos estados norteamericanos en los que existe regulación sobre el particular la legislación es, además, muy variada en lo referente a la posibilidad de venta y donación de embriones creados específicamente para la reproducción³⁷.

Ante esta situación, Cohen se plantea dos cuestiones:

a) *¿Qué justificaría prohibir la venta de embriones en EE.UU., cuando la de gametos ya está permitida?*

b) *¿Qué justificaría permitir la donación de embriones pero no su venta?*

Cohen parte de la idea, que comparto, de que la protección que merece el embrión, por hallarse en una fase más avanzada de desarrollo, es distinta de la que merecen los gametos³⁸,

³⁷ En Europa, el Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina (1997) no se pronuncia al respecto. Su art. 18.2 tan sólo prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación, lo que de entrada no excluye su creación con fines reproductivos de terceros, aunque del espíritu del convenio se infiere que ello sólo podrá llevarse a cabo con fines altruistas.

³⁸ En este sentido, vid. lo ya apuntado en la nota al pie n^o 4.

por lo que basa la prohibición de la venta de embriones en distintos argumentos. En primer lugar, en base a un argumento de justicia, considera que permitir la venta de embriones comportaría una discriminación elitista puesto que sólo personas con cierta capacidad adquisitiva podrían acceder a los mismos, lo que excluiría a los receptores más modestos. En segundo lugar, Cohen se refiere a la posibilidad de explotación, que conlleva que algunos individuos puedan ser inducidos a la venta, convirtiendo su consentimiento en un consentimiento viciado³⁹. En tercer lugar, el autor afirma que la venta de embriones corrompe el valor intrínseco que tiene la reproducción⁴⁰. Desde otro punto de vista, si se generaliza la venta de embriones se puede incurrir en incesto incidental. Para minimizar

³⁹ Este argumento también ha fundamentado tradicionalmente la oposición de algunos sectores a la regulación de la gestación de sustitución con fines comerciales en España: por todos, Pantaleón, *cit.*, p. 28. El argumento cobra un interés especial una vez constatado que países como la India se han convertido en uno de los principales destinos reproductivos en relación a esta práctica (vid. nota al pie nº 30).

⁴⁰ Este argumento, junto con el basado en razones de justicia, ha sido apuntado, a nivel más general, por otro profesor de Harvard, Michael J. Sandel, en su reciente trabajo *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, NY, Farrar, Strauss and Giroux, 2013. Para una versión en español: *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado* (Trad. de Joaquín Chamorro Mielke), Debate, Barcelona, 2013.

este posible efecto se incide en la necesidad de crear registros y de limitar el número de niños que pueden ser concebidos por los mismos padres genéticos en estas circunstancias⁴¹. Finalmente, se incide en argumentos antieugenésicos, pues la admisión de la venta de embriones plantea un claro riesgo de selección por parte de los receptores-compradores, que ya se ha advertido en EE.UU. en relación a la venta de gametos⁴².

⁴¹ Ahora bien, esta exigencia no tiene virtualidad si no se implementa en la práctica, como se comprueba en España en relación a la donación de gametos. Así, aunque existe el requisito legal de que de un mismo donante no pueden nacer más de seis hijos (art. 5.7 LTRHA), el registro central que debe permitir controlar esta circunstancia todavía no ha sido creado, por mucho que desde la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE nº 282, de 24 de noviembre) se venga insistiendo en ello. En consecuencia, quienes deben controlar este requisito son las personas responsables de los centros, que no tienen ningún incentivo para ejercer dicho control, menos aún cuando el centro en el que desarrollan su actividad es un centro privado. Tampoco parece que haya voluntad política, ni por parte del Estado ni de las CC.AA., en controlar las prácticas que se desarrollan en estos centros, cuya actividad ya constituye una parte importante de la renta per cápita del país.

⁴² Así, por citar un ejemplo, la web del *California Cryobank* permite seleccionar el donante de espermatozoides, especificando sus rasgos, si se trata de un donante anónimo o no, y si guarda cierto parecido con algún personaje público: <http://www.cryobank.com/Search.aspx?listview=0#>



Fuente: <http://www.cryobank.com/donor-Search/Graduate-Program/>

En mi opinión, la posibilidad de que muchos de los argumentos invocados en contra de la venta de embriones también puedan ser aplicados a la venta de gametos es lo que justifica que los ordenamientos regulados, como el español, sean reacios, de entrada, a admitir su comercialización. Sin embargo, la prohibición de comercialización de gametos resulta más que discutible a juzgar por las compensaciones que ofrecen los centros, en particular por la donación de óvulos, que claramente constituyen un incentivo económico prohibido por la ley (art. 5.3 LTRHA), como evidencia el perfil dominante de donantes, formado por estudiantes y mujeres

desempleadas o sin ingresos estables, que en muchos casos son además inmigrantes⁴³.

Se admita o no la venta de embriones, y por los argumentos que acabo de exponer considero que hay argumentos suficientes para permitir la donación pero prohibir su venta, debe determinarse previamente cómo quedará establecida la filiación legal de quien fue concebido a partir de embriones creados con gametos de terceros. Dado que los acuerdos procreativos que las TRA posibilitan se basan en la renunciabilidad "ex ante" de los vínculos jurídicos asociados tradicionalmente a la filiación genética, como evidencia el tratamiento legal que recibe el donante de gametos en la mayoría de legislaciones, en caso de venta o donación de embriones con fines reproductivos tampoco debería establecerse un vínculo legal

⁴³ En este punto se observa un claro alejamiento entre la realidad y la norma, pues el art. 5.3 LTRHA tan sólo establece que la compensación por la donación de gametos debe limitarse a 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". La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida fijó inicialmente la cuantía de la compensación por la donación de óvulos en 600 euros, aunque en 2010 emitió una opinión que validó la práctica de los centros privados, que la fijaba en 900 euros: vid. Raposo, Vera Lúcia, "Contratos de donación de gametos: ¿Regalo de vida o venta de material genético?", *Rev Der Gen H* 37/2012, pp. 93-122.

entre el nacido y los padres genéticos. Dicha solución, que también he defendido en relación a los acuerdos que prevén la implantación de los embriones para el caso de divorcio de las partes que los crearon, debería completarse con una previsión específica de los ordenamientos que presumiera la revocación automática del consentimiento a la filiación en estas circunstancias⁴⁴. Ahora bien, ello no debería impedir, como mantengo en relación a la donación de gametos, que el nacido pueda hacer efectivo su derecho a conocer los orígenes. En último término, una solución como la propuesta sólo tiene razón de ser, por las múltiples implicaciones de las TRA, dentro de un marco regulatorio de las mismas.

⁴⁴ Al respecto, vid. mi monografía *Consentimiento a la reproducción asistida...*, cit.: en especial, pp. 247 y ss.

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*
2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*
4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía*
5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria*
8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio*
9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces*

14. M. C. Redondo, J. M^a Sauca, P. Andrés Ibáñez, *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. S. Huster, A. Pau, M^a J. Roca, *Estado y cultura*
16. P. Comanducci, M^a A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*
17. E. Barros Bourie, M^a P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*
18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*
19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?*
20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*
21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente*
22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. M^a Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*
23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad*
24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*
25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*
26. J. Delgado Echeverría, J. Rams Albesa, *Retos de la dogmática civil española*
27. A. Pace, P. Andrés Ibáñez, *Inmunidad del poder en Italia*
28. C. Peña, H. Omar Seleme, F. Vallespín, *Estudios sobre Rawls*
29. M. Baurmann, J. L. Martí, P. de Lora, *Los desafíos de la democracia*
30. A. F. Franco, C. Álvarez Alonso, *La cuestión cubana en las Cortes de Cádiz*
31. J. A. Xiol Ríos, F. J. Bastida Freijedo, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*
32. A. Ollero, J. A. García Amado, C. Hermida del Llano, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*

33. E. Garzón Valdés, P. Sala Sánchez, Fco. Rubio Llorente, M. Lorente Sariñena, Fco. Laporta, Elías Díaz, V. Ferreres Comella, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*

34. C. Rogel Vide, E. Serrano Gómez, *Tensiones y conflictos sobre derecho de autor en el siglo XXI. Materiales para una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*

35. M. Carrillo, R. Romboli, *La reforma del recurso de amparo*

36. P. Schiera, B. Clavero, *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política*

37. J. Esteve Pardo, J. Tejada Palacios, *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*

38. J.M. Naredo, Carlos Taibo, *De la burbuja inmobiliaria al decrecimiento: causas, efectos y perspectivas de la crisis*

39. M. Stolleis, A. Paulus, I. Gutiérrez, *El Derecho constitucional de la globalización*

40. J. Varela Suanzes-Carpegna, S. Muñoz Machado, *La organización territorial del Estado en España. Del fracaso de la I República a la crisis del Estado autonómico (1873-2013)*

41. Ph. Frumer, I. Villaverde Menéndez *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*

42. A.-E. Pérez Luño, F. de Carreras, T. Limberger, R. González-Tablas Sastre, *Construcción Europea y Teledemocracia*

43. P. Grossi, Á.M. López y López, *Propiedad: otras perspectivas*

44. C. Pinelli, M. Presno, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*

45. B. Aláez Corral, J.J. Ruiz Ruiz *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*

46. G. Cohen, E. Farnos Amorós *Derecho y tecnologías reproductivas*

