



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO  
FRENTE AL RÉGIMEN DE ANONIMATO DE  
LA DONACIÓN DE GAMETOS**

**¿Un cambio necesario de paradigma?**

Autor: Cristina Espiga Santos

5º de E3B

Área de Derecho Constitucional

Tutor: Dr. Federico de Montalvo Jääskeläinen

Madrid

Abril de 2020

#### **RESUMEN.**

Este trabajo tiene por objeto el estudio del régimen jurídico aplicable a los donantes de gametos en España, centrándose en particular en el conflicto entre el derecho de los donantes a la intimidad personal y familiar y el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos y genéticos. Con este fin, el estudio comienza mostrando el panorama regulatorio relativo a las técnicas de reproducción humana asistida, tanto a nivel nacional como internacional para, a continuación, efectuar un análisis sobre el cambio de paradigma que se está viviendo. Posteriormente, y en base a los pronunciamientos de expertos en la materia se discuten los argumentos a favor y en contra del derecho del niño a conocer su identidad. El trabajo finaliza con las conclusiones obtenidas a lo largo del trabajo.

#### **PALABRAS CLAVE.**

Donante de gametos, técnicas de reproducción humana asistida, TRA, Convención sobre los Derechos del Niño, identidad, genética, biológica.

#### **ABSTRACT**

This project aims to study the legal regime applicable to gamete donors in Spain, focusing in particular on the conflict between the right of donors to personal and family privacy and the right of the child to know his or her biological and genetic origins. To this end, the study begins by showing the regulatory framework for assisted human reproduction techniques, both at the national and international level, followed by an analysis of the current paradigm shift. Subsequently, arguments for and against the right of the child to know his or her identity are discussed on the basis of expert opinions in the field. The work finalizes with the conclusions obtained throughout the work.

#### **KEY WORDS.**

Gamete donor, assisted human reproduction techniques, ART, Convention on the Rights of the Child, identity, genetics, biological.

## CONTENIDO.

<b>RESUMEN.</b> ....	<b>2</b>
<b>PALABRAS CLAVE</b> .....	<b>2</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>2</b>
<b>KEY WORDS.</b> .....	<b>2</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>6</b>
<b>1.1. Justificación</b> .....	<b>6</b>
<b>1.2. Objetivos</b> .....	<b>6</b>
<b>1.3. Metodología</b> .....	<b>7</b>
<b>1.4. Estructura</b> .....	<b>7</b>
<b>2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR.</b> .....	<b>9</b>
<b>2.1. Aspectos generales</b> .....	<b>9</b>
<b>2.2. Marco legal actual sobre el anonimato en la donación de gametos en España</b> .....	<b>11</b>
<b>2.3. Derecho comparado</b> .....	<b>16</b>
<b>3. EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS Y GENÉTICOS DE LA PERSONA</b> .....	<b>18</b>
<b>3.1. Aspectos generales</b> .....	<b>18</b>
<b>3.2. Origen genético versus origen biológico</b> .....	<b>20</b>
<b>3.4. Fundamentación jurídica</b> .....	<b>21</b>
<b>3.4.1. La Constitución española</b> .....	<b>21</b>
<b>3.4.2. Las Disposiciones internacionales</b> .....	<b>23</b>
<b>3.5. El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos atendiendo al tipo de filiación</b> .....	<b>26</b>
<b>3.5.1. Filiación natural: la reproducción asistida</b> .....	<b>26</b>
<b>3.5.2. Filiación adoptiva</b> .....	<b>27</b>
<b>3.5.3 Diferencias entre los derechos del nacido mediante técnicas de reproducción asistida y el adoptado</b> .....	<b>30</b>
<b>3.6. Derecho comparado</b> .....	<b>32</b>
<b>4. CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN</b> .....	<b>38</b>

<b>5. CONCLUSIONES .....</b>	<b>44</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>46</b>

## ÍNDICE DE SIGLAS.

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
FIV	Fecundación in vitro
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
OMS	Organización Mundial de la Salud
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRA	Técnicas de reproducción humana asistida
UE	Unión Europea

## **1. INTRODUCCIÓN.**

### **1.1. Justificación**

El régimen del anonimato es la actual regulación legal prevista en el Estado español para los donantes de gametos. De tal manera se pretende satisfacer el derecho a la intimidad personal y familiar de dichos donantes, recogido en el Título Primero de la Constitución Española y confiriéndole consecuentemente la categoría de Derecho Fundamental. Sin embargo, este régimen legal entra en conflicto con otro derecho, el derecho del niño a conocer su identidad. Si bien es cierto que este último derecho no encuentra una regulación expresa en la Constitución, se puede inferir de sus artículos 10, 15 y 39.2 que prestan especial protección a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y a la integridad moral de las personas. Puesto que se trata de un régimen que incide de forma directa en los derechos del individuo, se hace preciso realizar un análisis sobre la presente regulación del procedimiento de la reproducción asistida existente en el ordenamiento jurídico español. De tal modo, se estudiará su adecuación con las demás garantías que exige nuestra Constitución y las disposiciones a nivel internacional a cuyo cumplimiento y respeto se comprometió España.

Por otro lado, resulta preciso observar los cambios que se han ido experimentado en los demás Estados en lo concerniente a la regulación de esta materia.

Y es que, si en su origen era habitual que la regla general en la regulación legal de la FVI fuese el anonimato del donante, en los últimos cuarenta años se ha producido un cambio de paradigma, consistente en una evolución hacia la protección de la identidad de los niños. Así pues, resulta necesario analizar las tendencias internacionales en este ámbito para estudiar su hipotética aplicación al caso español.

### **1.2. Objetivos**

El objetivo genérico de este trabajo es el análisis de la confrontación entre los derechos a la intimidad de los donantes y a la identidad de los niños junto a la valoración de la necesidad de un cambio de paradigma.

Para realizar dicho análisis y la valoración el trabajo se centrará en:

- (I) Analizar la evolución histórica de las técnicas de reproducción humana asistida
- (II) Exponer las diferencias entre los derechos del nacido mediante técnicas de reproducción asistida y el adoptado
- (III) Estudiar la regulación del enfrentamiento de ambos derechos a nivel internacional, comunitario y nacional.
- (IV) Destacar los principales problemas existentes en la regulación actual.

### **1.3. Metodología**

Con el objetivo de llevar a cabo una comparativa exhaustiva entre el derecho a la intimidad de los donantes de gametos frente al derecho del niño a conocer su identidad, se han analizado tanto los antecedentes históricos y la evolución de esta confrontación como la actual regulación, nacional e internacional. Del mismo modo, se ha estudiado el reciente Informe del Comité de Bioética de España y los principales pronunciamientos de los tribunales tanto nacionales como internacionales.

Por otro lado, se ha realizado una entrevista a una experta académica en la materia, Doña Blanca Gómez Bengoechea, cuyas áreas de investigación son la adopción y protección de menores, Derecho de familia y Derecho de menores. Sus pronunciamientos han permitido enriquecer el trabajo al presentar interesantes puntos de vistas sobre estas cuestiones.

### **1.4. Estructura**

El trabajo se divide en los siguientes cinco capítulos.

#### **Capítulo 1.**

Introducción.

#### **Capítulo 2.**

Se analiza en detalle el derecho a la intimidad personal y familiar, en concreto su fundamentación jurídica y regulación, tanto a nivel nacional como internacional.

### **Capítulo 3.**

Este capítulo comienza realizando una evolución histórica del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona, haciendo hincapié en la distinción entre origen genético y biológico. Posteriormente, se expone la fundamentación jurídica de este derecho y se compara su regulación con la de los derechos del adoptado en el marco del procedimiento de la adopción. Se extraen las diferencias entre los derechos del nacido mediante técnicas de reproducción asistida y el adoptado y se estudia el derecho comparado.

### **Capítulo 4.**

Mediante los pronunciamientos de los expertos en la materia y el análisis realizado, se lleva a cabo un estudio de los argumentos a favor y en contra en el conflicto entre ambos derechos.

### **Capítulo 5.**

Finalmente, se desarrollan las conclusiones extraídas del estudio realizado y se argumenta la conveniencia de implementar el derecho de los concebidos mediante gametos de donante a conocer la identidad del donante de gametos.

## 2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR.

### 2.1. Aspectos generales

El derecho a la intimidad personal y familiar hace alusión al reducto más privado de la vida de un individuo. De tal forma que al conocimiento sobre lo que sucede en ese espacio tan sólo puede acceder el individuo (intimidad personal) o su familia (intimidad familiar). Esta garantía se encuentra regulada en el Título I de la Constitución Española, en concreto en el artículo 18, párrafo primero, donde aparece recogido junto al derecho al honor y a la propia imagen. Nos encontramos pues ante los denominados derechos de la personalidad. Al estar regulado en el Título I, adquiere el carácter de derecho fundamental y se sitúa en lo que se conoce como núcleo duro de la parte dogmática de la Constitución. Este derecho a la intimidad está vinculado a la esfera más privada y reservada de las personas, que está conectada a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, que a su vez protege el artículo 10.1 CE<sup>1</sup>. Así lo manifiesta el Tribunal Constitucional, para quien el derecho a la intimidad personal, vinculado a la dignidad de la persona, implica *la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás*.<sup>2</sup>

El derecho a la intimidad personal y familiar parten de una misma base, que es la existencia de un ámbito propio y reservado frente al conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad de vida mínima para el ser humano<sup>3</sup>. Sin embargo, existen diferencias entre ambas que conviene señalar. La **intimidad personal**, supone la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de terceros, necesarios para el desarrollo de la personalidad. Es un espacio secreto, ajeno al conocimiento de terceros; y la persona puede exigir que los terceros se abstengan de injerir en ese espacio. Por otro lado, la **intimidad familiar** es ese mismo ámbito pero que se ejerce dentro de la unidad familiar. Lo que queda protegido en este caso no es la vida íntima del sujeto; sino la vida íntima desarrollada en el ámbito familiar. En este sentido, la interpretación del TC y el TEDH difiere, pues este último considera incluido dentro de

<sup>1</sup> Elvira A. (diciembre, 2003). Sinopsis Artículo 18. febrero 18, 2020, de Congreso de los Diputados Sitio web: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>. Actualizada por González A. (enero 2011), letrada de las Cortes Generales.

<sup>2</sup> STC (Sala Segunda) núm. 197/1991 de 17 octubre de 1991, F.J 3o (RTC 1991\197). Ponente: Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (pg. 96).

<sup>3</sup> STC (Sala Segunda) núm 231/1988 de 2 de diciembre de 1988, F.J. 3o (RTC 1988/231). Ponente: Don Luis López Guerra.

la intimidad familiar el derecho a la vida familiar mientras que nuestro TC no acepta tal interpretación, estableciendo que el derecho a la vida familiar debe invocarse en relación con el art. 10.1 CE, esto es, libre desarrollo de la personalidad.

La normativa internacional tampoco es ajena a la regulación de este derecho e incluso tutela con mayor precisión y extensión estos bienes jurídicos en algunos casos determinados. Así, respecto al concepto de la privacidad es necesario atender al artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>4</sup> (Declaración) que dispone que *nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación*. A continuación, agrega que: *toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*. En similar sentido se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Públicos<sup>5</sup> (Pacto) en su artículo 17, con la salvedad de que este hace referencia a “injerencias arbitrarias o ilegales”.

Lo que resulta complejo del derecho a la intimidad personal y familiar es la dificultad que existe en delimitar su contenido y fijar los límites precisos que determinen cuándo se invade la intimidad o privacidad. Será necesaria por lo tanto la labor de los tribunales para determinar el ámbito exacto de tales esferas, atendiendo a cada caso y circunstancias concretas. En este sentido y en aras de determinar si se ha producido una vulneración del derecho a la intimidad, es de obligada mención la *doctrina de las expectativas razonables*, desarrollada por el TC y basada, como su propio nombre indica, en las expectativas razonables de la persona. El contenido de esta doctrina se ha resumido por Keeton<sup>6</sup> como aquella que propugna el respeto de las expectativas que de manera objetivamente razonable se haya podido formar el adherente.<sup>7</sup> <sup>8</sup>De tal modo habrá que tener en cuenta el contexto en el que se produce la supuesta vulneración; y las expectativas que tuviera la persona de que su intimidad pudiera ser o no violada.

<sup>4</sup> Declaración Universal de Derecho Humanos de 10 de diciembre de 1948.

<sup>5</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE, 30 de abril de 1977, núm 103, pp. 9337 a 9343.

<sup>6</sup> Keeton, R. “Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions, Part One”

<sup>7</sup> “*The objectively reasonable expectations of applicants and intended beneficiaries regarding the terms of insurance contracts will be honored even though painstaking study of the policy provisions would have negated those expectations*”

<sup>8</sup> Ballesteros, J. (Sin fecha). Exposición de la doctrina de las expectativas razonables de los adherentes. febrero 21, 2020, de vlex Sitio web: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/expectativas-razonables-adherentes-280113>

## 2.2. Marco legal actual sobre el anonimato en la donación de gametos en España

A raíz de los avances en el campo de la biomedicina, especialmente gracias a las técnicas de reproducción humana asistida, se ha podido dar solución a varios problemas como la esterilidad de las parejas. En España esta novedad se reguló en un primer momento mediante la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida<sup>9</sup>, la cual supuso un gran avance en este terreno. No obstante, el gran avance científico, la aparición de nuevas técnicas reproductivas y el aumento del potencial investigador hicieron imperativa la reforma de la Ley 35/1988 para adaptarla a las nuevas situaciones. El resultado fue la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>10</sup>.

De forma que en la actualidad la regulación jurídica del anonimato de los donantes de gametos se encuentra en la Ley 14/2006. Esta recoge en su artículo 5 el régimen jurídico aplicable a los donantes de gametos como un contrato gratuito<sup>11</sup>, formal<sup>12</sup> y confidencial convenido entre el centro clínico autorizado y el donante. De modo que la mencionada Ley establece, con carácter general, un régimen que garantiza la protección del anonimato de gametos. En este sentido resulta muy interesante hacer alusión al análisis exhaustivo que realiza el Comité de Bioética de España en su reciente Informe<sup>13</sup> respecto del artículo 5.5 de la Ley 14/2006. A este respecto el tenor literal de este artículo es el siguiente: *“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.*

<sup>9</sup> Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. BOE, 24/11/1988 núm. 282, páginas 33373 a 33378.

<sup>10</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE, 27/05/2006 núm. 126, páginas 19947 a 19956.

<sup>11</sup> Atendiendo a lo estipulado en el artículo 5.3 de la Ley de 14/2006, de 26 de mayo, *“la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta (...)*”. De lo recogido en este artículo se desprende que, si bien la donación tiene carácter gratuito, esto no implica que dicha donación deba ser gravosa para el donante por lo que se le concederá una compensación económica estrictamente resarcitoria.

<sup>12</sup> De conformidad con el artículo 5.3 de la Ley de 14/2006, de 26 de mayo de 26 de mayo, *“el contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados (...)*”

<sup>13</sup> Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos (enero 15, 2020).

No obstante, este artículo continúa en el segundo párrafo disponiendo que: *“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”*.

Por último, el tercer párrafo, recoge una salvedad a la regla general relativa a la confidencialidad de la identidad del donante estipulada en el primer párrafo de este artículo 5. A tal efecto este tercer párrafo señala que: *“Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, 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”*.

De lo estipulado en el artículo 5.5 se infiere pues que nuestro modelo jurídico de anonimato no es absoluto sino relativo o limitado. Por una parte, permite a los hijos nacidos obtener información general sobre el donante, excluida su identidad. Por otra parte, atendiendo al tercer párrafo se recoge una excepción a esta reserva sobre la identidad del donante cuando, con carácter excepcional, concurren circunstancias que impliquen un auténtico peligro para la vida o salud de este y la revelación de esta identidad sea indispensable para evitarlo.

Sin embargo, pese a la redacción de los párrafos segundo y tercero del artículo 5.5, en ningún caso la revelación de la identidad del donante supondrá la determinación legal de la filiación (artículo 8.3 de la Ley 14/2006<sup>14</sup>), esto es, no conllevará consecuencias jurídicas en la relación paterno-filial previamente establecida ni en las relaciones personales ni patrimoniales, no pudiéndose exigir responsabilidad jurídica alguna al donante.

Siguiendo esta línea, el Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad de la figura del anonimato de los donantes de gametos en su Sentencia 116/1999<sup>15</sup> como respuesta a un recurso de inconstitucionalidad. Si bien es cierto que la resolución dictada

<sup>14</sup> Art. 8.3: “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”.

<sup>15</sup> STC nº 116/1999, Pleno, Recurso de inconstitucionalidad 376/1989 de 17 de junio de 1999

por el TC hacía referencia al régimen de anonimato contenido por la derogada Ley 35/1988, el contenido prácticamente idéntico entre el artículo revisado por el TC y el anteriormente analizado artículo 5.5 de la Ley 14/2006, hace que la doctrina constitucional contenida en la resolución resulte plenamente de aplicación.

Así, el mismo artículo 5.5 de la derogada Ley 35/1988 es del siguiente tenor literal: *“La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes”*, se señala en el segundo párrafo que *“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, por último, se concluye añadiendo que *“Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8.º, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante”*.

Como se puede comprobar, la regulación jurídica del régimen de anonimato de la Ley 35/1988 se corresponde con el de la redacción vigente, un régimen de anonimato relativo, es decir, se parte del anonimato como regla general y este cede en determinados casos extraordinarios de peligro para la vida o la salud en favor del interés del hijo. Pues bien, entre los motivos por los que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad interesa concretamente la pretendida incompatibilidad del artículo 5.5 de la Ley 35/1988 con lo dispuesto en el artículo 39.2 de la CE, en virtud del cual la Ley posibilitará la investigación de la paternidad.

A tal efecto, el TC falló en su Sentencia que, si bien es cierto que *“la Constitución ordena al legislador que posibilite la investigación de la paternidad”*, ello *“no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos a averiguar, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, la identidad de su progenitor”*.

Prosigue el Tribunal declarando que *“la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de los dispuesto en el último inciso del art. 34.2 de la Constitución”*.

Asimismo, recuerda el Tribunal Constitucional que no se deriva de la regulación del artículo 5.5 una desprotección de los hijos en tanto que el anonimato de los donantes regulado por la Ley no es absoluto, atendiendo a las excepciones que prevé la norma y que se les reserve a los hijos nacidos mediante estas técnicas el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores genéticos de su progenitor.

Por último, concluye el Tribunal defendiendo que la finalidad de la Ley no es otra que compatibilizar la obtención de gametos y preembriones imprescindibles para la puesta en práctica de las técnicas de reproducción asistida con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, así, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción. En definitiva el Tribunal reconoce a la figura del donante como un elemento clave en las técnicas de reproducción humana asistida, de forma que sin donante no hay técnicas y únicamente a través de la exención de responsabilidades a su cargo se facilitan los voluntarios.

Los argumentos alegados por el Tribunal Constitucional son secundados por diversos autores expertos en la materia. Al identificar al donante como pieza fundamental de las técnicas de reproducción humana asistida, resulta obvio que la supresión del anonimato del donante y el consecuente reconocimiento del derecho del hijo a conocer su origen biológico supondría una importante reducción de las donaciones. Por consiguiente, el número de tratamientos y la calidad de estos disminuiría. De modo que, si se pusieran en una balanza el derecho del hijo nacido a través de estas técnicas a conocer su origen biológico y el derecho del donante de gametos a preservar su intimidad, esta se inclinaría

a favor de este último en tanto que el anonimato garantiza que existan gametos donados, indispensables para el funcionamiento de estas técnicas.

Sin embargo, frente a esta línea argumental esgrimida por el Tribunal Constitucional y coincidente con determinado sector de la doctrina jurídica, se alza otro sector que se postula a favor del interés superior de los niños concebidos mediante gametos de donante. En este sentido Durán Rivacoba, R.<sup>16</sup> sobre la STC 116/1999: *“el recurso de constitucionalidad precisamente se ocupa de si el anonimato paterno es admisible a la vista del artículo 39 de la Constitución, que contempla sin cortapisas la libre búsqueda de la paternidad. Es, por tanto, impropio que alegue la Sentencia como axioma “el derecho a la intimidad de los donantes”. (...) “Como personas individuales no me ofrece su derecho a la intimidad duda de ninguna especie, pero no tanto en su faceta de padres efectivos por vía de fecundación artificial, o cualquier otra. Parece un exceso y un abuso que tu intimidad impida ser conocido por tu descendencia, máxime si el ordenamiento español no reconoce un derecho incondicionado y absoluto a la intimidad”*

Otros autores recuerdan que impedir que el hijo conozca su origen biológico supone una flagrante incompatibilidad con la propia Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989<sup>17</sup>, la cual en su artículo 7.1 garantiza el derecho del niño, desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida que sea posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, y en el artículo 8 que “los Estados Partes se comprometan a respetar el derecho del niño a preservar su identidad”.

En cualquier caso, sobre lo que sí ha mostrado unanimidad la doctrina en España ha sido en afirmar que el acceso amplio o limitado a la identidad del donante bajo ningún caso conlleva consecuencias jurídicas en el ámbito de la filiación.

<sup>16</sup> Véase Durán Rivacoba, R. (2010). Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma. *Revista Ius et Praxis*, 16 (1), p.50.

<sup>17</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE, 31/12/1990 núm. 313, páginas 38897 a 38904.

### 2.3. Derecho comparado

Después de haber analizado con detenimiento el actual marco legal sobre el anonimato en la donación de gametos en España, resulta interesante exponer algunos de los regímenes presentes en los demás Estados.

En un primer momento y ante la novedad de las técnicas de reproducción humana asistida, una gran parte de las legislaciones de los distintos países que se ocuparon de regular por primera vez la aplicación de dichas técnicas, establecieron como premisa el anonimato de los donantes de gametos, garantizando así su confidencialidad. Sin embargo, con el paso del tiempo, se ha ido experimentado un cambio de paradigma. Algunas de las legislaciones originales en esta materia han sido reformadas o derogadas dando paso a una nueva premisa en el marco de la reproducción asistida: el levantamiento del anonimato en las donaciones. Se trata de una tendencia que está en auge en las sociedades democráticas desarrolladas.<sup>18</sup>

Así, Suecia fue el primer país, en 1984, en cambiar la ley y conceder a los concebidos mediante gametos de donante el derecho a conocer la identidad de este. En los años sucesivos, más países se fueron sumando a Suecia implementando un régimen legal que permite al hijo acceder a la información que le permita identificar a su progenitor. Es el caso de Austria, Finlandia, los Países Bajos, Noruega y Alemania.

De especial mención es el caso de Reino Unido dado que su regulación de las técnicas de reproducción humana asistida es muy similar a la nuestra, siendo considerados como dos de los modelos más flexibles en la materia en el marco europeo.<sup>19</sup> El régimen de anonimato absoluto de los donantes de gametos fue abolido en Reino Unido en 2005. Diferentes factores que han propiciado este cambio han sido internet, los grandes avances en el campo de la tecnología y el desafío que estos avances suponen para el mantenimiento de la privacidad. Asimismo, tiene lugar en un momento en el que la sociedad da un gran valor a la franqueza y la transparencia. Pues bien, a raíz de este cambio, las personas nacidas después de abril de 2005 podrán, una vez alcanzados los dieciocho años, obtener la información relativa a la identidad de su donante. Aquellas

<sup>18</sup> Théry, I. (2009). El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento. *Revista de Antropología Social*, 18

<sup>19</sup> Comité de Bioética de España op.cit.

personas que fueran concebidos con anterioridad a la mencionada fecha únicamente podrán acceder a dicha información si el donante decidiese identificarse.

Especialmente interesante resulta el caso de Portugal. En la Sentencia 225/2018<sup>20</sup>, de 24 de abril de 2018, el Tribunal Constitucional considera que el anonimato en la donación de gametos no es constitucionalmente admisible. Sin embargo, pocos años antes, había proclamado en la Sentencia 101/2009<sup>21</sup>, siguiendo una línea similar a los términos de nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 116/1999, la constitucionalidad del régimen de anonimato en las TRA. El Tribunal Constitucional portugués afirma que la tendencia europea es el reconocimiento del derecho del niño a conocer su propio origen, lo que incluye la identidad de los donantes. Este cambio en doctrina portuguesa se sustenta en el derecho a la identidad e historicidad personal recogido en el apartado 78 de la citada sentencia.

Para el Tribunal Constitucional portugués, los lazos biológicos (genéticos, epigenéticos y gestacionales) son fundamentales para la autocomprensión de cada uno y para la construcción de su identidad, precisamente porque integran su historia personal (apartado 71).<sup>22</sup> Rescatando el argumento que se comentó en el punto anterior y en virtud del cual algunos autores defienden que el fin del anonimato de los donantes supondría una importante reducción del número de donantes y consecuentemente del número de tratamientos, el Tribunal portugués señala que, aunque esta tendencia pueda tener lugar en una primera etapa, la realidad es que en aquellos países que ya se ha vivido esta transición, el número de donantes ha aumentado nuevamente en un período posterior. Para respaldar esta afirmación el Tribunal cita como referencia a la Autoridad Británica de Fertilización y Embriología Humana<sup>23</sup> que señala que en los últimos años el número de donantes y de tratamientos realizados con gametos ha aumentado de manera considerable.<sup>24</sup> De manera que el argumento anteriormente esgrimido pierde peso con la argumentación del TC portugués, considerando este que el conocimiento de los propios

<sup>20</sup> STC nº 225/2018, Pleno de 24 de abril de 2018.

<sup>21</sup> STC nº 101/2009 de 27 de abril 2009.

<sup>22</sup> Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos (enero 15, 2020).

<sup>23</sup> *The Human Fertilisation and Embryology Authority* (HEFA).

<sup>24</sup> Comité de Bioética de España op.cit.

orígenes forma un elemento fundamental de la construcción de la identidad que queda encuadrado en el derecho a la identidad personal.

Siguiendo la tendencia europea, el Tribunal Constitucional Federal alemán viene reconociendo desde 1989 para todos los nacidos a través de la donación de esperma el derecho a conocer sus orígenes (la donación de gametos femeninos no está permitida en Alemania).

Por último, en Francia, cuyo modelo de anonimato se mantiene similar al español, se está llevando a cabo la revisión de sus Leyes de Bioética. Las instituciones que se han pronunciado al respecto se han manifestado en favor del levantamiento del anonimato. En este contexto indica el Comité Consultivo Nacional de Ética que existe consenso sobre no ocultar a los niños su modo de concepción.

### **3. EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS Y GENÉTICOS DE LA PERSONA**

#### **3.1. Aspectos generales**

Para explicar en detalle la envergadura de este derecho es necesario hacer alusión a los aspectos más científicos. Atendiendo al mencionado Informe del Comité de Bioética la continuidad genética de padres a hijos se ha configurado como un elemento básico del patrimonio genético familiar que, a su vez, determina el origen y la genealogía propia de cada ser humano. Así, los genes recibidos de los padres y que se encuentran en el cigoto determinan el parecido de los hijos a sus padres, abuelos y hermanos. De modo que a lo largo de la vida en toda persona hay un sello biológico propio e inmodificable que lo vincula a las características genéticas de su propia familia. De esta idea se desprende que en el momento en el que se discute la conveniencia de conocer la identidad genética de la persona se pone en duda el derecho de esta a conocer su genealogía.

En lo concerniente a los vínculos de la filiación, en la actualidad existen dos situaciones:

- a) La biológica y por lo tanto natural, que hace referencia a la relación que tienen las personas con sus progenitores biológicos o genéticos. Hablar de paternidad

o maternidad no es solo referirse a la crianza sino de la transmisión de unos rasgos de identidad propios y combinados, de forma que el hijo pasa a formar parte del patrimonio propio, a la vez genético y familiar. En este caso, se puede hablar de relación intergeneracional.

- b) La adquirida o de crianza, que hace alusión a los padres que acogen a un hijo procedente de una fecundación in vitro, parcial o totalmente heteróloga. Este también sería el caso de maternidad subrogada con donación total o parcial de gametos. En este caso se hablaría de *parentalidad*, en lugar de paternidad o maternidad y se corta la relación intergeneracional.

Queda patente que la maternidad o paternidad no son equivalentes a la parentalidad, sino que más bien se trata de una elección de personas que desean ser padre o madre deseando transmitir al niño lo mejor de su condición biológica y cultural.

Otro aspecto interesante en este contexto es determinar lo que se hereda con el patrimonio genético aportado por los progenitores. Pues bien, a lo largo de la vida del individuo, éste prefigurado mayoritariamente por la dotación genética recibida de los progenitores, mantiene gracias a ella su identidad biológica, al tiempo que durante su desarrollo va recibiendo nueva información que proviene del medio cultural y de sus propias decisiones y vivencias. El significado biológico del mensaje genético del genoma es informar la construcción del organismo. Este mensaje genético está presente en todas las células del individuo y permanece durante su vida; mantiene su identidad biológica a lo largo de su existencia.

El desarrollo de un individuo responde al programa genético individual y a los genes concretos recibidos de sus progenitores, pero también del entorno de cada uno de ellos, entendido como sus relaciones humanas, emociones y sentimientos, afectividad, hábitos y decisiones. Estos últimos factores no genéticos contribuyen a la estructuración del propio cerebro como otro modo de recibir y de procesar información. De modo que parte de las disposiciones del individuo le vendrán dadas por la dotación genética, y otra parte la condicionará la propia historia personal. Así, a la identidad genética se le une una identidad psíquica y personal. El cerebro tiene una reserva cerebral *determinada* por la herencia que depende de la expresión de los genes y consecuentemente del estado de las neuronas. Y también tiene *predispuesto* por la herencia una *reserva cognitiva* en cuanto

su manifestación depende del entorno y de la propia vida que establece las conexiones entre las neuronas y con ellos los estados mentales.<sup>25</sup>

Cuando tiene lugar la reproducción humana asistida por donación anónimo de gametos, el hijo carece de los datos de sus progenitores biológicos. Esto supone la desconexión del conocimiento de su origen genético y consecuentemente la negación al derecho a conocer el patrimonio genético familiar, con las posibles consecuencias de salud o psicológicas. Sin embargo, la herencia biológica no puede ser separada de la identidad personal. Todo lo contrario, la herencia biológica forma parte integrante de la identidad personal, es decir, los gametos no son únicamente células, sino que están implicadas en la transmisión de la vida individual. Por tanto, aunque bien es cierto que la biología no es todo en la relación paterno-filial entre personas, es innegable que juega un papel importante por ser determinante en la conexión intergeneracional.

### **3.2. Origen genético versus origen biológico**

Es fundamental diferenciar entre origen genético y origen biológico. Si bien es habitual que ambos términos se presenten como sinónimos, con la irrupción de las TRA y todas las posibilidades que esta nueva tecnología permite, se empieza a cuestionar esta asimilación. Esta distinción entre los términos justifica a su vez que algunas legislaciones reconozcan un derecho a conocer a las personas adoptadas pero no a las que hayan sido concebidas mediante gametos de donante, en tanto que parten de la base que las primeras generalmente tienen una biografía previa, esto es un vínculo más amplio (biológico, genético, jurídico, afectivo) con la familia de origen, mientras que las segundas sólo tienen una vinculación genética con el donante.<sup>26</sup> La razón por la que en la reproducción asistida la relación con el nacido sea más amplia es que una de las dos partes del proyecto parental aporta sus gametos. Una muestra de la separación entre las distintas esferas de la filiación, fomentadas por las TRA, es la distinción entre los conceptos *padre* y *madre* frente a los de *progenitor/a* en los casos de adopción y al de *donante* respecto de las personas concebidas mediante gametos de donantes. En este último supuesto se presupone una conexión genética que no se da en los adoptados. En cambio, los términos

<sup>25</sup> Medaglia, D.J. et ál. (2017) Brain and cognitive reserve: Translation via network control theory. *Neurosci Biobehav Rev* 75: 53-64

<sup>26</sup> *Comité de Bioética de Catalunya*. (2016, febrero 24). El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona (6). Generalitat de Catalunya.

padre y madre se aplican de forma indistinta a aquellas personas que ejercen la función jurídico-social, tengan o no un vínculo genético con el nacido.

### 3.4. Fundamentación jurídica

#### 3.4.1. La Constitución española

Para estudiar la regulación de esta materia a nivel nacional resulta imprescindible acudir a nuestra norma suprema. A pesar de que la CE no recoja una norma expresa que reconozca el derecho de la persona a conocer sus orígenes, esta idea se deriva de distintos preceptos constitucionales. Así, son destacables los artículos 10, 15 y 39.2

Conforme a este articulado a la persona se le confiere personalidad jurídica por el mero hecho de serlo. Íntimamente relacionada con la personalidad jurídica encontramos la dignidad de la persona que constituye un valor inherente a la misma. La dignidad consiste en el derecho de cada cual a determinar libremente su vida de forma consciente y responsable y a obtener el correspondiente respeto de los demás como se estableció por el Tribunal Constitucional<sup>27</sup>. Además, la dignidad de la persona debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia un "*minimum*" invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar<sup>28</sup> (STC 120/199029, y STC 57/199430). Atendiendo al contenido del artículo 10 CE, la dignidad y el libre desarrollo de la persona son derechos fundamentales que deben ser protegidos.<sup>31</sup> Son derechos que corresponden a la persona porque son parte de su esencia, son innatos y su ejercicio efectivo contribuye al desarrollo integral de la persona<sup>32</sup>. Por ese motivo gran parte de la doctrina considera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como derechos de la personalidad, al ser esenciales e inherentes a la persona.

Dentro del derecho a la dignidad, la propia identificación resulta un elemento básico en la configuración de la dignidad de la persona. Más concretamente, el derecho a conocer

<sup>27</sup> STC nº 53/1985, F.J. 3º. Pleno de 11 de abril, recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983.

<sup>28</sup> Merino M. (diciembre, 2003). Sinopsis Artículo 10. Marzo 10, 2020, de Congreso de los Diputados Sitio web: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2>. Actualizada por Sieira S. (enero 2011), letrada de las Cortes Generales.

<sup>29</sup> STC nº 120/1990, F.J. 4º. Pleno de 27 de junio.

<sup>30</sup> STC nº 57/1994, F.J. 3ºA. Pleno de 28 de febrero.

<sup>31</sup> Quesada, Mº C. *El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico*. Anuario de derecho civil. 1994, Vol.47, núm. 2. pp. 245-302, p.252. ISSN 0210-301X.

<sup>32</sup> Rebollo, L. *Constitución y técnicas de reproducción asistida*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. 2000, núm 16. pp. 97-138, p. 108. ISSN: 1133-1259.

el propio origen se erige, sin duda, como uno de los elementos de identificación de la persona más importantes, por lo que negarle conocer su origen va contra su dignidad e impide el pleno y correcto desarrollo de su personalidad. Así, diferentes autores han defendido que todas las personas tienen derecho a una vida digna, y esta dignidad es difícil de alcanzar cuando no se sabe de dónde se proviene<sup>33</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia ha ido apoyando el derecho a conocer la filiación biológica considerándolo un *derecho de la personalidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscar en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad* (art. 10.1 CE)<sup>34</sup>.

Siguiendo esta línea argumental, el Comité de Bioética de Cataluña recuerda que el derecho al conocimiento, y más el conocimiento sobre “lo mío”, es inherente al principio de autonomía y el derecho a la libertad, en último término, pesa un argumento de “justicia generacional”, ya que la generación presente no debería decidir por las futuras lo que estas desean saber o no. En tanto que decisión autónoma, es necesario garantizar la condición de posibilidad de saber, de tener acceso al conocimiento. Si se comienza por ocultar al nacido su procedencia o forma de concepción, se le está negando la posibilidad de ejercer el derecho a saber.

Por otra parte, el artículo 15 CE protege el derecho a la integridad moral. La protección de la dimensión moral, junto a la física, garantiza la plena inviolabilidad del ser humano y sienta las bases de su construcción individual y social.<sup>35</sup> De modo que impedir a una persona conocer su origen biológico supone negarle la esencia de este derecho.

La jurisprudencia constitucional recaída en relación con la integridad moral contemplada por este artículo 15 ha sido también abundante. Así, el Tribunal Constitucional ha entendido que la identificación del origen de las personas forma parte

<sup>33</sup> Vela, A. (2010). *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos*. Diario La Ley. 2010, núm. 7526. pp 1-18, p.3. ISSN 1138-9907.

<sup>34</sup> SAP Cáceres (sección 1a) de 27 de enero de 2009, F.J. 4o (JUR 2009\286014). Ponente: Illmo. Sr. D Antonio María González Floriano.

<sup>35</sup> Gálvez L. (diciembre, 2003). Sinopsis Artículo 15. Marzo 10, 2020, de Congreso de los Diputados Sitio web:<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=15&tipo=2>. Actualizada por González A. (enero 2011), letrada de las Cortes Generales.

de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, que a su vez secunda el objetivo constitucional que se pretende alcanzar con el art. 39.2 CE: la investigación de la paternidad. Esto constituye un argumento adicional para promover la averiguación de la identidad de los progenitores. Abundando en esta dirección, el art. 39.3 proclama que: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.” De modo que se puede entender que facilitar al hijo nacido mediante TRA la información sobre su origen genético queda encuadrado en ese deber de prestar asistencia de todo orden que corresponde a los padres.

No obstante, es necesario señalar que el Tribunal Constitucional estableció que el derecho a conocer el propio origen no constituye un derecho absoluto. Así, en la sentencia 116/1999 negó que la posibilidad de investigar la paternidad *significara la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor*<sup>36</sup>.

#### 3.4.2. Las Disposiciones internacionales

En el marco internacional, es preciso realizar un análisis de las sentencias más importantes que han sido dictadas y los acuerdos ratificados por España en esta materia. Un número considerado de ellos defienden precisamente el derecho de las personas a conocer su propio origen y han sido adoptados por la legislación española.

También en un plano internacional ha ido cobrando importancia en los últimos años la idea de que el conocimiento de los orígenes es fundamental para configurar la propia identidad. Junto al cambio paulatino en los modelos familiares, las justificaciones tradicionales para mantener en secreto la identidad de los progenitores ha ido perdiendo valor. Así, el TEDH, a partir de una jurisprudencia consolidada centrada en la posibilidad de acceso a los orígenes por parte de menores tutelados o adoptados<sup>37</sup> o en el ejercicio de acciones de reclamación de la paternidad<sup>38</sup>, ha contribuido a destacar la importancia del

<sup>36</sup> STC nº 116/1999 de 17 de junio de 1999, F.J. 15º (RTC 1999/116). Ponente: Don Pablo García Manzano.

<sup>37</sup> Gaskin vs. Reino Unido (as. 10454/83), 7.7.1989, Ple; Odièvre vs. Francia (as. 42336/98), 13.2.2003, Ple; Godelli vs. Italia (as. 33783/09), 25.9.2012, sec. 2ª)

<sup>38</sup> Mikulic vs. Croacia (as. 53176/99), 7.2.2002, sec. 1ª; Jäggi vs. Suiza (ass. 58757/00), 13.7.2006, sec. 3ª; y Backlund vs. Finlandia (ass. 36498/05), 6.7.2010, sec. 4ª.

conocimiento de los orígenes, consolidando el derecho a este conocimiento como un derecho esencial para desarrollar la propia identidad, que no necesariamente ha de evolucionar hacia un vínculo jurídico de filiación con el progenitor o progenitores, y que forma parte del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8<sup>39</sup> del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>40</sup> de 1950 ratificado por el Estado español en 1979. En el caso *Pretty c. Reino Unido*, el TEDH sostuvo que el concepto de vida privada comprendía la integridad física y psicológica de la persona, incluso aspectos como la identidad física y social del individuo<sup>41</sup>.

El principio del interés superior del menor ha cobrado una eficacia innegable en el ordenamiento jurídico español tras la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, y, sobre todo, después de la reforma llevada a cabo en 2015 y la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derecho del Niño, sobre el derecho que ostenta el niño a que su interés superior tome la consideración de primordial. Prueba de la relevancia que ha ido ganando en los últimos años es el objetivo de la reforma de 2015 de no sólo unificar el estatus jurídico del menor en los diferentes ámbitos de la realidad social sino también de incorporar plenamente el principio de interés superior del menor. Así, el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015<sup>42</sup> añade que *“El concepto de interés superior del menor se defiende desde un **contenido triple**. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tienen derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.”*

<sup>39</sup> “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.”

<sup>40</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. BOE núm. 108, de 06/05/1999.

<sup>41</sup> STEDH *Caso Pretty v. Reino Unido* (núm 2346/02) de 29 de abril de 2002, F.J. 61°.

<sup>42</sup> Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889

Este principio general del interés superior del niño está consagrado en el artículo 3 de la Convención *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos*. El artículo 7 defiende el derecho del niño, *en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*. Por su parte, la responsabilidad de los Estados Partes está consagrada en el artículo 8, en virtud del cual: *“los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad motivo por el cual cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”*. De estas ideas se deriva inexorablemente, que el conflicto entre los derechos del donante y los del menor debe resolverse en favor de este último.

Por otra parte, es necesario destacar la Carta Europea de los derechos del niño de 1992<sup>43</sup> que reconoce de forma clara el derecho a la identidad en el ámbito del conocimiento de los orígenes al disponer que *todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las cuales se otorgarán al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros*.

También resulta interesante traer a colación el artículo 30 del Convenio de la Haya de 1993<sup>44</sup>, sobre protección del niño y cooperación en materia internacional, que ordena al Estado de origen del niño a conservar los datos que conceden información sobre sus orígenes, sobre la identidad de sus padres, la historia médica del niño y su familia y el permiso para acceder a esa información si el país de recepción lo permite.

De este análisis se puede inferir que tanto el plano nacional como el internacional están planteando una línea argumental en la misma dirección. Así, las normas analizadas, la doctrina y las interpretaciones jurisprudenciales estudiadas, tienen en común que

<sup>43</sup> Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE no C 241, de 21 de Septiembre de 1992).

<sup>44</sup> Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. (BOE, 1 de agosto de 1995, núm. 182, pp. 23447 a 23454).

establecen el deber de respetar el derecho del niño a conocer la identidad de los progenitores y la asistencia y protección necesarias para asegurar el acceso a ese conocimiento.

### **3.5. El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos atendiendo al tipo de filiación**

#### *3.5.1. Filiación natural: la reproducción asistida*

Los cambios que hemos experimentado en los últimos cuarenta años en nuestra sociedad en materia de reproducción son realmente espectaculares, gracias en gran parte a los avances en las técnicas de reproducción asistida. Para entender el perfeccionamiento de las TRA y su evolución es necesario retrotraernos en el tiempo.

Es en la Edad Media cuando se produjeron los primeros avances pues una de las primeras técnicas de reproducción asistida se dio por los médicos de Papas y Reyes; más concretamente la primera inseminación artificial tuvo lugar con el espermatozoides de Enrique IV de Castilla y su cónyuge.<sup>45</sup> Inicialmente la inseminación artificial fue utilizada en el campo de los animales (durante la mitad del siglo XIX), y al resultar efectivo el método y los resultados satisfactorios fue empleado en los seres humanos. Los primeros embarazos humanos con semen congelado fueron logrados por Sherman (1953) en Estados Unidos, considerándose desde entonces exponencial el avance científico en el campo médico-biológico – posibilitándose la reproducción humana asistida.<sup>46</sup> A raíz de que P. Steptoe y R. Edwards lograran en 1978 el primer embarazo con técnicas de fecundación in vitro y transferencia de embriones al útero, la comunidad científica vislumbró la posibilidad de intervenir efectivamente en el proceso reproductivo humano.<sup>47</sup>

La ciencia y la tecnología son herramientas que van de la mano y han permitido que hoy día nuestra sociedad cuenta con una diversidad de modelos de familia impensables hasta hace poco tiempo. Junto a las personas concebidas de manera natural por sus progenitores y en el contexto de una familia de origen, tenemos a su vez personas que

<sup>45</sup> Medina G., *Derecho a la Procreación*, citado por Varsi, Rospigliosi, Enrique en *Derecho Genético*, cuarta edición, Lima-Perú, Edit. Jurídica Grijley, 2001, p. 252.

<sup>46</sup> Canessa R., *La Filiación en la Reproducción Humana Asistida*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Tesis de Doctorado en Derecho y Ciencia Política. Lima, Perú, 2011, p.27.

<sup>47</sup> Lacaveratz, Sequerios, Cleydy, *Las técnicas de Reproducción Asistida y su regulación, un reto para el derecho, la ciencia y la tecnología*, 2009. p.8.

han sido adoptados en un hogar distinto al de la procreadora, por renuncia o abandono, otras nacidas con ayuda de las TRA, con o sin donante de gametos, y otras con combinación de material reproductor y apoyo de una tercera persona gestante, que cede su bebé al nacer (gestación por sustitución).<sup>48</sup> Estos grandes avances conllevan lógicamente la aparición de nuevos interrogantes: qué responsabilidades asumen las personas involucradas en estos procesos, qué rol ejercen el padre y la madre, y fundamentalmente qué sucede con los derechos de las personas nacidas de origen biológico o genético distinto al de sus padres.

Cuando se discute acerca de la procedencia o no del derecho a conocer el propio origen no se tiene en mente, generalmente, el supuesto en el que coinciden la filiación biológica y jurídica sino precisamente en aquel caso en el que no coinciden. Así, mientras los hijos nacidos por procreación natural disfrutan del derecho de conocer la identidad de sus progenitores, los derechos de los hijos adoptados o nacidos mediante donación de gametos merecen especial atención.

### 3.5.2. Filiación adoptiva

La Ley sobre adopción de 1987<sup>49</sup> declara en su Exposición de Motivos que la adopción se configura como un instrumento de integración familiar mediante la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales sobre la filiación contenidas en los arts. 108 y siguientes del Código Civil. A la filiación adoptiva se le aplican las mismas relaciones que las que resultan jurídicamente de la paternidad: la adopción es plena.

En la tramitación de la adopción existe una completa intervención judicial. Así, una vez el juez ha comprobado que se cumplen las normas relativas a la adopción, se crea a una relación jurídica de filiación entre adoptante y adoptado. Cuando ésta se produce, el adoptado rompe todo vínculo jurídico con la familia anterior y pasa a ser miembro de la nueva familia equiparándose por ley el hijo biológico y el adoptado. No obstante, el adoptado tiene una familia biológica que no se puede desconocer por completo, por ello

<sup>48</sup> Comité de Bioética de Catalunya, op.cit.

<sup>49</sup> Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987, páginas 34158 a 34162.

a pesar de que se equiparen la adopción y la filiación por naturaleza, la adopción despliega unos efectos específicos.

De esta forma, si bien es cierto que en principio se rompen los vínculos con la familia biológica, esto no quiere decir que el adoptado deje de tener cualquier tipo de contacto con ella o que no tenga ningún tipo de información acerca de ellos. Así, si el adoptado lo desea, podrá conocer la identidad de sus progenitores biológicos.

En el Estado español, el derecho a la información sobre el propio origen está desarrollado en el contexto de la adopción por las legislaciones autonómicas sobre protección de menores. Sin embargo, a nivel nacional es necesario acudir a la Ley 26/2015<sup>50</sup>, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, y la ya mencionada Ley Orgánica 8/2015, por la que se altera el régimen legal del anonimato en el ámbito concreto de la adopción, y esto al amparo de los derechos consagrados en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y el principio del interés superior del menor de edad. Es precisamente la Ley 26/2015 la que implementa en nuestro ordenamiento la adopción abierta con la modificación del artículo 178 del Código Civil. Frente a la adopción ordinaria, por la que se rompen los vínculos jurídicos y las relaciones personales con la familia biológica, en el caso de la adopción abierta si bien los vínculos jurídicos también se rompen, no los personales, que podrán subsistir en el modo y en la forma que se determinen judicialmente<sup>51</sup>.

La reforma legal sobre la protección de la infancia de 2015, en lo relativo a la abolición del anonimato para el adoptado, encuentra su precedente en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999<sup>52</sup>, por la que se declaró que la regulación del Registro Civil que permitía el parto anónimo era contraria a la Constitución pues atentaba contra la dignidad del nacido y el derecho a conocer sus orígenes respecto de la madre. Así, la Ley 26/2015 dispone que los hijos adoptados tienen derecho a conocer su origen biológico. Esta reforma respecto al anonimato en el ámbito de la adopción obedece primordialmente a las exigencias del principio de interés superior del menor y a las propias previsiones contenidas en los ya analizados artículos 7 y 8 de la

<sup>50</sup> Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29/07/2015.

<sup>51</sup> Debe acudirse a los arts. 33 a 42 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que regula la tramitación judicial de la adopción.

<sup>52</sup> STS 776/1999, 21 de Septiembre de 1999. Ponente D. Jose Almagro Nosete.

Convención. En particular, el preámbulo de esta Ley justifica la introducción de esta figura por *obedecer a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la «pérdida», y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que aunque no estuviera formalizada continúa por la vía de hecho.»*

Por su parte, el artículo 180 del Código Civil, tras la reforma operada por dicha Ley, dispone que *“5. Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho al que se refiere el apartado siguiente., señalando este apartado que “6. Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos.”*

Como puede observarse, este derecho no queda sujeto a ninguna excepción, sino que se reconoce con carácter general al menor. El único límite sería el que estableciera la legislación del país de origen, cuando se trate de adopciones internacionales. Así, el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, tras ser reforma por la citada Ley 26/2015, dispone que *“Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores.”*

Así pues, de todo ello se concluye que no cabe ningún límite derivado del ordenamiento jurídico interno de España al derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos. Más aún, tal acceso del hijo adoptado a su origen biológico parece

proclamarse sin sujeción a irretroactividad alguna, de manera que parece operar tanto para aquellos hijos entregados en adopción a partir de la entrada en vigor de la nueva regulación como para los que lo hubieran sido con anterioridad.<sup>53</sup>

A nivel autonómico, cabe destacar el amplio desarrollo que se ha experimentado en esta materia en Cataluña. De tal modo, desde la entrada en vigor del libro segundo del Código Civil, en el año 2011, el reconocimiento de este derecho (art. 235-49) se complementa con la obligación de los adoptantes de informar al hijo adoptado sobre su adopción (art. 235-50). El artículo 117.3 de la Ley 14/2010<sup>54</sup>, regula el procedimiento a partir del cual la persona adoptada, desde su mayoría de edad, tiene derecho a acceder a su expediente y a conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos. En 2015 fue aprobada por el Departamento de Bienestar Social y Familia catalán una normativa que establece los mecanismos por los que este procedimiento puede llevarse a cabo con el máximo acompañamiento posible a la persona que inicia el proceso.<sup>55</sup>

En cualquier caso, la existencia de un derecho a conocer en ningún caso implica una obligación de conocer, en la medida que será el mismo individuo quien, a partir de una edad determinada, podrá ejercer el mencionado derecho si así lo desea.

### *3.5.3 Diferencias entre los derechos del nacido mediante técnicas de reproducción asistida y el adoptado*

Frente a las ideas que se acaban de desarrollar en el apartado anterior se procederá a continuación a realizar una comparativa con la regulación existente en este mismo sentido sobre los hijos nacidos por TRA, más concretamente respecto a los niños concebidos por donantes de gametos. Para proceder con esta comparativa es necesario exponer primero las diferencias fundamentales que presentan la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida con material genético de donante y la filiación por adopción, en lo concerniente a su contenido.

En la adopción, frente al caso de la filiación derivada de las TRA con material genético de donante, nunca existe un vínculo genético entre los padres adoptantes y el niño adoptado por lo que los padres adoptantes no se encuentran relacionados con éste por medio de ningún vínculo biológico ni genético. En cambio, en los supuestos en que

<sup>53</sup> Comité de Bioética op.cit.

<sup>54</sup> Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. DOGC núm. 5641, de 02/06/2010, «BOE» núm. 156, de 28/06/2010. Comunidad Autónoma de Cataluña

<sup>55</sup> Comité de Bioética de Catalunya, op.cit.

se utilizan TRA sí que puede presentarse este vínculo genético entre ambos padres y el niño cuando se ha recurrido a la técnica homóloga o, al menos de uno de ellos cuando se utiliza la técnica heteróloga. En la filiación derivada de las TRA el elemento volitivo, es decir, el consentimiento tiene lugar desde el propio origen de esa persona, mientras que en la filiación por adopción el vínculo surge cuando el niño ya existe con carácter posterior a su nacimiento. Mientras que en la adopción el vínculo entre el adoptado y la familia de origen es biológico, cuando se recurre a las TRA el vínculo que existe entre el donante y el nacido es genético.

De modo que cuando un adoptado quiere conocer a sus progenitores, se trata de conocer su origen biológico. No obstante, en la filiación derivada de las TRA, el derecho del niño a conocer su origen está unido a un derecho a conocer los datos identificativos del donante, de aquella persona que aportó el material genético. Como ya se ha indicado, el hijo adoptado puede conocer la identidad de sus padres biológicos, pero el régimen de aquellos nacidos por TRA, regulado en el artículo 5.5 de la LTRA, opta por el anonimato del donante de gametos como premisa.

A lo largo de este trabajo ya se ha mencionado en repetidas ocasiones la creciente relevancia que ha ganado en los últimos años el interés superior del menor. Sin embargo, ¿se tiene efectivamente en cuenta el mejor interés del menor en la redacción del artículo 5.5 de la LTRA? La solución constitucional al conflicto entre el derecho del donante a su intimidad y el derecho del hijo a conocer su origen biológico alcanzada por el legislador en el artículo 5.5 y ratificada por el Alto Tribunal, no parece que haya sido, a la vista de la relevancia jurídica del interés superior del menor, ponderada.<sup>56</sup> Esto es, no se han sacrificado parcialmente ambos derechos en aras de que mantengan, al menos, sus elementos más característicos. La decisión del legislador y del Tribunal Constitucional opta por sacrificar el derecho del niño en beneficio del derecho del donante. Así, no se aplica la regla de la ponderación, pues el derecho del hijo queda, *de facto*, sacrificado, mientras que el del donante no se ve prácticamente reducido. Si bien es cierto que en el párrafo segundo del artículo 5.5 se reconoce el derecho del hijo de acceder a información del donante, resulta interesante señalar que la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha reconocido sin ambages que el derecho a la

<sup>56</sup> Comité de Bioética de España op.cit.

identidad del hijo no solo alcanza el conocer determinados datos de su progenitor, sino conocer al progenitor e incluso iniciar los correspondientes contactos personales con él.

Lo que no resulta coherente, es que si la reforma del anonimato en el ámbito de la adopción obedece precisamente a las exigencias del principio del interés superior del menor y corroborado por los artículos 7 y 8 de la Convención, es que esta solución no se traslade a los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida. Desde la perspectiva exclusiva del hijo parece muy difícil aceptar un régimen diferente, cuando el cambio del estatuto jurídico del adoptado obedece a un principio que ha de operar con la misma eficacia respecto del nacido de las técnicas.<sup>57</sup>

### **3.6. Derecho comparado**

Una vez estudiada la normativa española aplicable en esta materia, resulta interesante en este punto analizar la postura de las demás legislaciones frente a los derechos que ostentan los hijos nacidos por TRA y los adoptados.

Han transcurrido cuatro años desde la implementación de la adopción abierta en España, siguiendo la estela de otros países (Estados Unidos, Gran Bretaña, Austria, Canadá, entre otros). En estos países existen dos sistemas, uno en el que el plan de contactos se constituye por un “acuerdo privado” entre las familias de origen y la adoptante con supervisión y apoyo de las Entidades Públicas, y otro, en el que se ampara por resolución judicial, tanto el contenido del plan de contactos como su modificación o terminación del mismo, aunque la iniciativa corresponda a las familias o a la Entidad pública. Se entiende que el segundo de los sistemas es mucho más garantista, pues existe una supervisión judicial con intervención del Fiscal, donde más allá de los intereses privados de las familias se van a tener en cuenta, ante todo y sobre todo los intereses del menor, y se van a adoptar medidas de mayor objetividad y ajeneidad que las que se pudieran tomar por el primer procedimiento<sup>58</sup>.

En este sentido cabe destacar el estudio de derecho comparado realizado por Chanduví Martínez<sup>59</sup> en esta materia. Poniendo el principal foco en los países

<sup>57</sup> Comité de Bioética de España op.cit.

<sup>58</sup> Díez Riaza, S. (2018). La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más. *RDUNED: Revista de Derecho UNED*, 22, 159-182.

<sup>59</sup> Chanduví Martínez, S. D. (2018). El derecho del adoptado a conocer su origen biológico.

sudamericanos, este autor señala el caso del Perú. Así, el artículo 2º inciso 1 de la Constitución Política del Perú establece que: *“Toda persona tiene derecho: a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”*. El derecho a la identidad también tiene sustento universal, pues ha sido prescrito explícitamente en instrumentos internacionales: en el artículo 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24) y, en especial, en la ya analizada Convención sobre los Derechos del Niño.

Siguiendo los postulados de la Convención, otros países que regulan expresamente el derecho del adoptado a conocer su origen biológico son Argentina y Venezuela. Así, Argentina lo reconoce en el artículo 328º de su Código Civil que establece un compromiso expreso por parte de los padres adoptantes de dar a conocer a su hijo adoptado la verdad sobre su origen y determinar que, alcanzada la mayoría de edad (18 años), podrán acceder a su expediente de adopción<sup>60</sup>. La Constitución venezolana establece que *“toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y el de la madre y a conocer la identidad de los mismos. El Estado estará obligado a garantizar la investigación de la maternidad y/o paternidad. (...)”*.

Alemania, también regula este derecho. Concretamente, fue a finales de la década de los cuarenta cuando surgió este nuevo derecho a conocer el origen biológico o ascendencia biológica. En el Derecho alemán, en su Constitución, se consagra la intangibilidad de la dignidad del hombre y se reconoce el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Todo ello dentro de la ley moral y del respeto debido a los derechos de los demás. Por ello, esta Ley Fundamental ha sido, como ha manifestado la doctrina, *“la clave de bóveda que ha permitido construir definitivamente el derecho a conocer la filiación biológica, como uno de los particulares derechos de la personalidad, derivado del llamado derecho general de la personalidad<sup>61</sup>”*. Así mismo, la Constitución Federal Suiza, a través de la Reforma Constitucional aprobada por

<sup>60</sup> Medina, M. A. (2004). La Adopción Internacional en el Derecho Español. Madrid: Dykinson. Págs. 302-305.

<sup>61</sup> Nuria, M. (2004). Derecho a saber, filiación biológica y administración pública. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Págs. 55 - 56.

referéndum de fecha 18 de abril de 1999, garantiza en el artículo 119° inciso 2 g) el acceso de toda persona a la información sobre su origen<sup>62</sup>.

Por último, cabe mencionar el caso de los países de Francia e Italia. Si bien es cierto que la legislación de estos países no reconoce expresamente este derecho, Francia sí permite el acceso del adoptado a su expediente judicial de adopción, salvo que sus progenitores hayan manifestado, dentro del proceso de adopción, que su identidad permanezca oculta<sup>63</sup>. Por su parte, Italia, con la Ley 149/2001 de 28 de marzo, otorga la posibilidad al adoptado para que, ante determinados supuestos, pueda acceder a la información sobre sus orígenes.<sup>64</sup>

A continuación, se analizará la legislación comparada con otros instrumentos internacionales en lo concerniente a los derechos de los niños nacidos de técnicas de reproducción humana asistida.

En primer lugar, nos centraremos en la legislación argentina para lo que será de gran relevancia el estudio llevado a cabo por Fiallos Paredes y Manjarres Buenaño<sup>65</sup>. Argentina promulgó una ley nacional de fertilización humana asistida y un reglamento de reproducción medicamente asistida, en virtud de los cuales se permitía el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. Esta Ley tiene por objeto regular la utilización y el acceso de las personas a las TRA, ya que hasta entonces existía un gran descontrol en Argentina en cuanto a la regulación de esta materia: casos desatendidos por la ausencia de una ley a tal efecto, la presunción de pocos casos y el aumento de casos de malas prácticas médicas. Así, esta ley obliga a tener un conocimiento informado por parte no sólo de los pacientes sino

<sup>62</sup> Herrera, M. (2008). El derecho a la Identidad en la Adopción. Buenos Aires: Editorial Universidad. Págs.136 – 139.

<sup>63</sup> Nuria, M. (2004). Derecho a saber, filiación biológica y administración pública. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Págs. 56 - 57.

<sup>64</sup> Muñoz, J. O. (2006). El derecho del Adoptado a conocer su origen biológico en Italia. Actualidad Civil. Pág. 7.

<sup>65</sup> Paredes, E. W. F., & Buenaño, J. C. M. (2018). Desarrollar un mecanismo jurídico que permita la efectivización del derecho a la identidad biológica y personal de las personales concebidas por reproducción asistida partiendo de la norma contitucional, jurisprudencia y legislación comparada. *Revista general de derecho constitucional*, (28), 16.

también de los donantes y las clínicas. Estas últimas están sujetas a ciertos requisitos de control, siendo uno de ellos el siguiente:

*Art 2: “El consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida debe protocolizarse ante escribano público o ante funcionario público dependiente del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, y es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer o la iniciación de alguna de las Técnicas permitidas.”<sup>66</sup>*

A su vez, esta Ley exige que se estudien diligentemente las posibles enfermedades genéticas y que el donante o tercero realice un convenio con la clínica aceptando los efectos y consecuencias de la donación, dando un conocimiento pleno e informado y firmando un contrato de confidencialidad y de anonimato. El centro médico autorizado no podrá, en ningún caso, revelar a la persona beneficiaria de las TRA la identidad del aportante de los gametos y el centro deberá conservar un historial por un período de treinta años, cuya copia será remitida copia en soporte magnético al Registro Único de Centros Médicos. El carácter anónimo y confidencial de la identidad del donante de gametos queda subrayado en el artículo 20 de la mencionada Ley: *“La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida con gametos aportados por un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. En ningún caso podrá revelarse la identidad del aportante.”*

En contraposición al sistema argentino, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano sí se reconoce el derecho humano a la identidad. Al respecto, la jurista Natalia Villacís, determinó que ante tal controversia siempre debe prevalecer el interés superior del menor. A tal efecto se establece que las TRA, reconocidas por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se constituyen sobre las bases del principio de no discriminación de los niños (art. 2), el principio del interés superior del niño (art. 3) y el derecho a la identidad manifestado en el artículo 7 unido al derecho de la inscripción inmediata del nombre y nacionalidad, después de su nacimiento.

<sup>66</sup> Ley Nacional De Fertilization Humana Asisitida No 26.862 de Argentina.

En el marco legal ecuatoriano el derecho a la identidad muestra una gran importancia ya que dispone de una ley específica para tal derecho, que se fundamenta en la Constitución. El derecho a conocer la propia identidad resulta proporcional y más fundamental que el derecho a la privacidad del donante ya que la identidad del niño se vincula estrechamente con el derecho a conocer sus orígenes y esto conforma su esencia subjetiva. De hecho, Andrade<sup>67</sup>, manifiesta que el derecho a la identidad, más allá de ser un derecho fundamental, es un derecho humano porque permite el desarrollo de las personas dentro de un plano social o colectivo, ya que tiene como derecho conexo la no discriminación. La representación de este derecho es un claro ejemplo de avance doctrinal y jurídico en el campo de los derechos humanos y en el marco constitucional de cada país porque da comienzo a una nueva era de derechos que emergen de la primera generación de los derechos humanos.<sup>68</sup>

En el marco europeo resulta del todo fundamental hacer alusión a la versión provisional de la Recomendación<sup>69</sup> (2156-2019) dictada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el año pasado, pues refleja la tendencia que se está siguiendo por parte de los Estados en la regulación de la reproducción asistida y las pautas a seguir en el futuro.

Tal y como hemos indicado a lo largo del trabajo, también la Recomendación subraya que en los últimos décadas se ha producido un movimiento hacia el reconocimiento del derecho a conocer los propios orígenes, relacionado con el derecho a la identidad y al desarrollo personal: en el derecho internacional de los derechos humanos, mediante su inclusión en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como un derecho "autónomo" para los niños, y en el derecho europeo de los derechos humanos mediante la jurisprudencia del TEDH, que ha reconocido este derecho como parte integrante del derecho al respeto de la vida privada. Este derecho incluye el derecho a

<sup>67</sup> Andrade, R. Vulneración legal del Derecho Constitucional de Identidad en el Ecuador. (Tesis de grado). Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja. 2013.

<sup>68</sup> Paredes & Buenaño op.cit.

<sup>69</sup> Debate en la Asamblea el 12 de abril de 2019 (18ª sesión) (véase Doc. 14835, informe de la Comisión de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible, relator: Sra. Petra De Sutter; Doc. 14854, opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, relator: Sr. Pierre-Alain Fridez). *Texto aprobado por la Asamblea* el 12 de abril de 2019 (18ª sesión).

acceder a información que permita rastrear las propias raíces, conocer las circunstancias del nacimiento y tener acceso a la certeza de la filiación parental.

La Recomendación de la Asamblea sería para todas las futuras donaciones de gametos en Europa renunciar al anonimato. Esto significaría que (salvo en casos excepcionales, cuando la donación sea de un pariente o amigo cercano), la identidad del donante no se revelaría en el momento de la donación, sino en el momento en que el niño cumpliera 16 o 18 años<sup>70</sup>. El niño concebido por el donante sería informado (idealmente por el Estado) de que se dispone de información complementaria sobre las circunstancias de su nacimiento. Correspondería a la persona concebida por el donante la posibilidad y el momento de acceder a esta información que contiene la identidad del donante. La situación jurídica del donante - sin derechos ni responsabilidades parentales - no cambiaría en esta situación<sup>71</sup>.

Por su parte, correspondería a las clínicas informar al Estado sobre el nacimiento de un hijo concebido por un donante, de la identidad del niño y del donante, y al Estado mantener un registro actualizado de todos los hijos concebidos por donantes y sus donantes. También debería haber un límite máximo para el número de posibles donaciones del mismo donante, que debería ser aplicado adecuadamente.

En cuanto a aquellas donaciones realizadas en el pasado en las que se prometió el anonimato, no considera la Asamblea que éste deba levantarse con carácter retroactivo, salvo por razones médicas o cuando el donante haya consentido el levantamiento del anonimato<sup>72</sup>. Se debe ofrecer asesoramiento a los donantes antes de que decidan si aceptan o no levantar el anonimato. También se debe ofrecer orientación, asesoramiento y apoyo adecuados a las personas concebidas por donantes antes de que decidan si ejercen su derecho a acceder a información que contenga la identidad del donante.

Atendiendo a la Recomendación, estos principios deberán aplicarse sin perjuicio de la consideración primordial de que la donación de gametos debe seguir siendo un gesto

<sup>70</sup> La mayoría de los países que tienen un marco jurídico que permite renunciar al anonimato han elegido como fecha el 18 cumpleaños del concebido mediante donación de gametos, pero hay pruebas, especialmente en el campo de la adopción internacional, de que permitir el anterior acceso del niño ayuda a la construcción de su identidad.

<sup>71</sup> Las propuestas a este respecto están estrechamente vinculadas a la ley de Irlanda, modificada en 2015.

<sup>72</sup> La única jurisdicción que conoce que ha levantado el anonimato retrospectivamente en todos los casos es el Estado de Victoria en Australia.

voluntario y altruista con el único fin de ayudar a los demás, y por lo tanto sin ninguna ganancia financiera o ventaja comparable para el donante.

A pesar de que estas recomendaciones no sean jurídicamente vinculantes en última instancia, sí resulta muy importante reconocer la línea que se está siguiendo en Europa en lo concerniente a las técnicas de reproducción humana asistida. Así, esta institución manifiesta que en lo tocante a la protección de los derechos y libertades, pese a que el régimen del anonimato es el que ha primado en la mayoría de los Estados del Consejo de Europa, ello no obsta para que se revise dicha situación y se promueva un cambio de paradigma, como de hecho ya vienen haciendo varios Estados miembros, y se atienda fundamentalmente a los derechos de la persona nacida de la reproducción humana asistida que se encuentra precisamente en la posición más vulnerable y para quien los obstáculos son mayores.<sup>73</sup>

#### **4. CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN**

Como ha quedado patente a lo largo de la exposición del trabajo, en la actualidad el debate gira entorno al conflicto existente entre el derecho del hijo concebido mediante TRA a conocer su origen biológico y el derecho a la intimidad del donante. Si bien es cierto que inicialmente se consideró que debía primar la protección de la intimidad del donante, la creciente importancia del interés del niño junto a los cambios legislativos producidos en el panorama internacional en esta materia, han hecho que la balanza se vaya inclinando a favor del derecho del niño a conocer su origen. Estos factores han llevado a analizar la posible reforma del artículo 5.5 de la LTRA que a día de hoy aún salvaguarda el anonimato del donante de gametos.

El problema en hallar una posible solución constitucional al conflicto entre el derecho a la identidad del hijo y el derecho a la intimidad del donante, presente en el párrafo primero del citado artículo, radica en que este no puede resolverse de manera ponderada. Es decir, tal como señala el Informe del Comité de Bioética de España, no cabe reducir proporcionalmente ambos derechos, tratando de preservar los rasgos característicos o

<sup>73</sup> Comité de Bioética de España op.cit.

esenciales (núcleo esencial) de cada uno. La imposibilidad de limitar ambos derechos para que puedan coexistir radica en que el derecho a conocer el origen biológico como expresión del derecho a la identidad exige, necesariamente, conocer la identidad del donante. Únicamente a través del conocimiento de la identidad se podrá configurar realmente el pasado biográfico para construir el futuro. La solución a este conflicto solo se podrá alcanzar a través del sacrificio de uno de los derechos, es decir, preservando o no la identidad del donante.

Entre los argumentos esgrimidos a favor de mantener el anonimato del donante de gametos cabe destacar el argumento utilitarista, basado en el posible impacto de la supresión del anonimato en la disminución de donaciones. En consecuencia, el número de parejas receptoras que requieren esta técnica para reproducirse, quedarían desatendidas y frustradas por el hecho de no poder acceder a la posibilidad de cumplir su deseo de tener un hijo.<sup>74</sup> Es irrefutable que el número de donaciones de gametos que se produce en los países donde no hay anonimato es considerablemente más bajo al de los países en los que se garantiza el anonimato. Así, lo corrobora el doctor Luis Alfonso de la Fuente, *“en los países donde se ha suprimido la regla del anonimato han descendido las donaciones.”*

Por su parte, doña Blanca Gómez Bengoechea, experta en este campo y colaboradora en la elaboración del Informe del Comité de Bioética de España, se ha manifestado al respecto en la entrevista que le hemos podido realizar *“Probablemente en España se siga el mismo camino y también disminuya el número de donaciones. Lo que ha ocurrido en otros países es que ha descendido mucho el número de donantes en un primer momento y, después, se ha ido recuperando el número, pero cambiando el perfil, hacia personas más mayores, conocedoras de las implicaciones que puede tener la donación y dispuestas a, en su caso, tener algún tipo de contacto con los nacidos a partir de su material genético.”* Y señala un aspecto muy interesante relativo al derecho de tener hijos frente al derecho a conocer el propio origen: *“De todas formas, no hay que perder de vista, que el menor número de tratamientos no afecta a un derecho de las personas, ya que entiendo que no existe el derecho a tener hijos. El anonimato, en cambio sí afecta a derechos fundamentales para el hijo: la identidad como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, la dignidad...”*

<sup>74</sup> Comité de Bioética de Catalunya, op.cit.

Indirectamente, también se argumenta el cambio que se produciría en el perfil del donante que sería de más edad<sup>75</sup> y, por lo tanto, con una posible repercusión en el porcentaje de éxito de las técnicas, dado que se dispone de material de donante menos eficiente. Frente a esta declaración, la profesora Bengoechea considera que *“puede influir en la cantidad de tratamientos, pero no veo por qué debería influir en la calidad de los servicios. Se menciona, en alguna ocasión, que el fin del anonimato cambia el perfil del donante hacia personas más mayores, y que eso puede influir en la calidad del material genético, pero no lo tengo muy claro. Habría que ver primero si ese cambio se produce y cuáles son los nuevos perfiles de donante. En cuanto al perfil del donante, este suele cambiar hacia personas más mayores, con una motivación diferente en la donación y dispuestas a, en caso de ser necesario, jugar un cierto papel (sobre todo informativo) en la vida de los nacidos de su donación.”*

A este respecto, el Comité de Bioética de Cataluña afirma que la transparencia en la donación de gametos y, en general, en la manera en que se ha realizado la concepción conllevará fomentar más responsabilidad en los donantes, en la medida que forma parte de la corrección ética de un acto el hecho de poder rendir cuentas públicamente.

Siguiendo esta línea, el Comité señala que privar a una persona del conocimiento sobre su origen implica negarle uno de los elementos constitutivos de su identidad, a partir de la cual se distingue del resto y puede individualizarse en relación con aquellos de quienes proviene. Desde una ética consecuencialista, también se ha defendido la supresión del anonimato, en la medida que el desconocimiento de los orígenes genéticos dificulta gestionar la cuestión de la consanguinidad y cierra las puertas a posibles medidas que la medicina preventiva nos pueda ofrecer en el futuro. Aunque bien es cierto que en la sociedad actual el riesgo biológico de la consanguinidad es muy pequeño, y que por otro lado, la regulación de la reproducción asistida ya permite minimizar estos riesgos, los aspectos de prevención sí son realmente relevantes: poder acceder a los orígenes genéticos es poder conocer datos que pueden ser muy útiles en la prevención y/o en el tratamiento de algunas enfermedades, cuyo número aumenta cada día.

Quienes son favorables al mantenimiento de la regla del anonimato en TRA han planteado que el reconocimiento de un derecho a conocer los orígenes a las personas

<sup>75</sup> Frith 2001, p. 822-823

concebidas con gametos de donante puede generar una demanda que hasta ahora parecía inexistente. Así, el deseo de conocer al donante es percibido como “muy común” entre los concebidos mediante TRA en los países en los que se ofrece esta opción<sup>76</sup>. Algo similar ocurre entre las personas adoptadas. Tomando como ejemplo el caso de Cataluña, ha aumentado la cifra de personas que solicitaron información relativa a adopciones nacionales entre 2010 y 2014 (de 102 expedientes a 130). Con todo, en último término, el argumento decisivo es que, si existe un derecho a conocer, este ha de ser reconocido en sí mismo y no puede quedar subordinado a la existencia de un mayor o menor número de personas con “deseo de conocer”<sup>77</sup>.

A favor del mantenimiento del anonimato también se argumenta que la supresión de esta regla puede generar en el nacido más perjuicios que beneficios, tanto en lo referente a los efectos negativos que podría tener la irrupción del donante en la vida familiar, como en cuanto al impacto que desde el punto de vista psicológico puede tener en el concebido recibir dicha información de esta forma<sup>78</sup>. Respecto del miedo a la irrupción del donante en la vida familiar, de acuerdo con un estudio llevado a cabo en los Países Bajos en el año 2004, justo antes del cambio legislativo que permitió la supresión del anonimato, un porcentaje significativo de padres (37%) había optado por mantener el anonimato precisamente por esta razón<sup>79</sup>. En lo relativo al posible impacto psicológico de revelar esta información, se afirma que su descubrimiento más allá de la primera adolescencia o por información de terceras personas sí que tiene claros efectos negativos<sup>80</sup>. En esta línea, mientras que los padres que comunican esta información a sus hijos no suelen lamentar su decisión, no se puede afirmar lo mismo respecto de los que no lo hacen, que a menudo perciben el “secreto” como una carga.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> Nelson MK, Hertz R, Kramer W. 2013. *Making sense of donors and donor siblings: a comparison of the perceptions of donor-conceived offspring in lesbian-parent and heterosexual-parent families*. Wellesley College Digital Scholarship and Archive; 2013, p. 1- 45.

<sup>77</sup> Comité de Bioética de Catalunya, op.cit.

<sup>78</sup> De Melo Martín I. *The ethics of anonymous gamete donation: is there a right to know one's genetic origins?* Hastings Center Report; Marzo-Abril 2014, p. 28-35.

<sup>79</sup> Janssens PM, Simons AH, van Kooij RJ, Blokzijl E, Dunselman GA. A new Dutch Law regulating provision of identifying information of donors to offspring: background, content and impact. *Hum Reprod*. 2006 Abril;21(4):852-6.

<sup>80</sup> Jadva et al. 2009, p. 1917-1918; Beeson et al. 2011, p. 2418; Blyth 2012, p. 144; Nuffield 2013, p. 61; Cahn 2014, pp. 1097-1098.

<sup>81</sup> Daniels et al. 2011, 2785-2786; Nuffield 2013, p. 54 y ss.

Otro argumento cuyo análisis resulta muy interesante y necesario es el económico. Deviene del todo fundamental analizar las posibles implicaciones económicas que se derivarían del hecho de ampliar el derecho a conocer los orígenes a los concebidos mediante gametos de donante. De acuerdo con datos de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología, España es uno de los principales países de destino para las TRA de ciudadanos de la Unión Europea, en especial de italianos y británicos que recurren a la donación de óvulos<sup>82</sup>. En el 2012 la atención de mujeres o parejas con problemas de esterilidad que recurrieron a centros de TRA del Estado español, tanto del ámbito público como privados<sup>83</sup>, movió en España unos 460 millones de euros, lo que supone que estemos ante un sector económico en alza. También es significativo que más de la mitad de los óvulos donados utilizados en TRA provengan de España<sup>84</sup>. Si bien estas cifras dejan entrever la importancia que reviste este fenómeno, el posible efecto negativo de la supresión de la regla del anonimato en la economía del país depende de otro efecto señalado en el apartado anterior y cuya base empírica no está determinada, como es el posible impacto de la supresión del anonimato en la disminución del número de donaciones (y, por lo tanto, de posibilidades de tratamiento de ciudadanas necesitadas) o en la disminución de la demanda de ciclos de reproducción asistida por parte de ciudadanas extranjeras.<sup>85</sup>

Al pedir su opinión a la profesora Bengoechea sobre el argumento económico y sus consecuencias a largo plazo, señala que: *“El fin del anonimato supone, al menos en una primera fase, un descenso en el número de donantes y, por tanto, en el número de tratamientos de reproducción asistida que se realizan. Esto tendrá consecuencias económicas en las clínicas que se dedican a este tipo de tratamientos. Según la experta, en el medio plazo, por lo que ha ocurrido en otros países que han realizado un cambio legislativo como este, el número de donantes se recupera, pero cambia el perfil de las personas que donan. Por último, sus palabras suscriben la previa información pues apostilla que hay que tener en cuenta, también, que a España vienen muchos extranjeros buscando, por una parte, tratamientos que en sus países no están permitidos (por*

<sup>82</sup> ESHRE 2010, p. 1362-1363

<sup>83</sup> López JJ, Moreno JM. *‘Industria de la fertilidad’ o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?* En: Benavente P, Farnós E, dir. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual (estudio doctrinal). Boletín del Ministerio de Justicia. 2015 Jun;(2179):239-65.

<sup>84</sup> Shenfield F, De Mouzon J, Pennings G, Ferraretti AP, Nyboe Andersen A, De Wert G, et al. *Cross border reproductive care in six European countries. Hum Reprod.* 2010;25(6):1361-8.

<sup>85</sup> Comité de Bioética de Catalunya, op.cit.

*ejemplo, los de mujeres sin pareja o con donación de óvulos), y por otra parte buscan, precisamente, el anonimato que ya no existe en sus países. Si cambiamos nuestra legislación, quienes vienen de fuera a las clínicas españolas probablemente también serán menos.*

No obstante, en último término y tal como defiende el Comité de Bioética de Cataluña, por mucho que la supresión del anonimato del donante de gametos pueda dar lugar a consecuencias económicas importantes, no debería ser condición de limitación del ejercicio del derecho si este fuera el único argumento para seguir manteniéndolo.

Con el objeto de obtener una opinión experta acerca de las motivaciones que impulsaron a los legisladores españoles para implementar en su momento el régimen del anonimato de los donantes de gametos, se le pidió a Doña Blanca Gómez de Bengoechea su parecer acerca de la siguiente afirmación realizada por Don Federico Pérez Milán, presidente de la Sociedad Española de Fertilidad durante el periodo 2011 y 2014:

***"En España no se implantó el anonimato para favorecer la donación, sino porque el legislador entendía que este acto era una muestra de altruismo sin ninguna vinculación emocional"***

En concreto se le formularon las siguientes preguntas: ¿Qué ha cambiado respecto de la anterior alegación? ¿Cree que el legislador considera que ahora sí es necesario que el donante se comprometa más allá de lo que supone la donación? A las que contestó lo siguiente:

*“Creo que esta afirmación ha sido cierta en algún momento, pero que ahora somos más conscientes de ello. La procedencia y la donación de material genético sí supone vinculaciones importantes entre el donante y el hijo nacido a partir de la aplicación de la técnica de reproducción asistida, incluso aunque no lleguen nunca a conocerse.*

*A partir del conocimiento de las repercusiones que tiene en personas adoptadas la falta de conocimiento sobre sus orígenes, y los importantes problemas que la falta de información sobre el propio origen genera en algunos de ellos, es cuando se empieza a plantear las implicaciones que el anonimato de los donantes y la falta de información sobre el uso de las técnicas puede tener en los hijos nacidos de este modo.*

*Lo que se pretende ahora, en el debate que se plantea, no es un compromiso del donante más allá de la donación salvo en el sentido de que esté dispuesto a que la información sobre su identidad esté disponible en los casos en los que sea solicitada por los nacidos a partir de la misma. Que asuma la posibilidad de que, en algún momento, se puedan poner en contacto con él.*

*Desde mi punto de vista, estos contactos y solicitudes de información deberían ser siempre examinadas caso por caso, acompañados y asesorados, para que se haga de la mejor manera posible, tanto para quienes desean ponerse en contacto como para quienes son contactados.*

Por último, cabe plantear la posibilidad de implementar un sistema mixto en el que las parejas pudieran decidir si quieren acudir a un donante con o sin anonimato. Sin embargo, respecto a este planteamiento de un sistema mixto, la profesora Bengoechea, a nivel personal, no le ve mucho sentido. Entiende que el fundamento del fin del anonimato es el derecho a la identidad y la dignidad del hijo nacido a través de la aplicación de estas técnicas, y no cree que deba quedar en manos de sus padres o de los donantes, elegir un camino que lo tenga en cuenta y lo respete o uno que no lo haga.

## **5. CONCLUSIONES**

**Primera.** - Después del exhaustivo análisis que se ha realizado tanto del derecho a la intimidad personal y familiar como del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona y la normativa relativa a las técnicas de reproducción humana asistida, considero, que desde una perspectiva ética-legal, lo más adecuado es promover una reforma legal del artículo 5.5 de la Ley de reproducción humana asistida que elimine el actual régimen legal de anonimato en la donación de gametos para la reproducción humana asistida.

**Segunda.** - La identidad individual forma parte de la personalidad de cada ser humano. Esto es, toda persona, por el simple hecho de serlo, debería gozar del derecho a conocer su origen y la identidad de sus progenitores, lo que resulta esencial para su plena formación como persona. Asimismo, el principio del interés superior del menor exige que la garantía efectiva de los derechos a la identidad y a conocer el origen biológico del hijo

nacido de las TRA se lleve a cabo evitando la aplicación de respuestas homogéneas y no personalizadas. El derecho debe atender al mejor interés del niño, parte más vulnerable en esta relación, y proclamar sin rodeos, como indica la propia Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, que el interés superior del menor primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

**Tercera.** – En línea con la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, considero adecuado en lo que se refiere a la irretroactividad del cambio de regulación del anonimato, salvo por razones médicas o en el supuesto de que el donante hubiese prestado su consentimiento para el levantamiento del anonimato. Aunque si bien es cierto que la existencia de un derecho subjetivo debería conllevar *per se* que este se pueda ejercer siempre, lo que justificaría la retroactividad de este derecho, otorgar de forma imperativa carácter retroactivo a una regla que no estaba vigente en el momento en que se realizó el acto, supondría una flagrante vulneración del derecho a la intimidad de esa persona, dado que esta tenía unas expectativas razonables y confiaba en que su identidad se mantendría en el más estricto anonimato. A su vez, atentaría contra los derechos de los receptores del tratamiento y contra la seguridad jurídica en general.

**Cuarta.** – En este contexto, la creación del Registro Nacional de Donantes de Gametos se erige como completamente indispensable para el correcto funcionamiento del nuevo modelo. A pesar de que tanto la primera Ley que reguló en España las TRA en 1988, como la actual, prevean la creación de registros de donantes de gametos, esto aun no se ha producido. La labor principal de este instrumento es garantizar la seguridad de las técnicas y los derechos de las partes implicadas.

Del mismo modo, la creación de este Registro Nacional facilitaría un mayor control sobre el número de donaciones que puede realizar un mismo donante en diferentes clínicas y localidades. Un conocimiento profundo sobre estas donaciones es fundamental para prevenir los posibles problemas de consanguinidad que puedan surgir en el futuro, así como para detectar uniones endogámicas inadvertidas que dan lugar a enfermedades genéticas recesivas en la descendencia.

**Quinta.** – Por último, este cambio de paradigma debe de ir acompañado necesariamente de un cambio de cultura en el ámbito de la reproducción humana asistida. Las relaciones entre los padres, los progenitores y los hijos nacidos de estas técnicas de

reproducción humana asistida deben de comenzar a basarse en la transparencia, confianza y honestidad. Se debe cambiar la concepción que se tiene en la sociedad de este tipo de técnicas; que dejen de ser un tema tabú en las familias para ser tratadas con naturalidad y sinceridad. Sólo así se conseguirá, de la mano de los cambios legales pertinentes, fortalecer la calidad de las relaciones dentro de las familias que acuden a estas técnicas de reproducción.

## **6. BIBLIOGRAFÍA**

### **Legislación.**

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). DOUE de 18/12/2000, C 364/9.

Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE no C 241, de 21 de Septiembre de 1992).

Constitución Española. BOE núm. 311, de 29/12/1978.

Convención sobre los Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE, 31/12/1990 núm. 313, páginas 38897 a 38904.

Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. BOE núm. 108, de 06/05/1999.

Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. (BOE, 1 de agosto de 1995, núm. 182, pp. 23447 a 23454).

Declaración Universal de Derecho Humanos de 10 de diciembre de 1948.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE, 27/05/2006 núm. 126, páginas 19947 a 19956.

Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. DOGC núm. 5641, de 02/06/2010, «BOE» núm. 156, de 28/06/2010. Comunidad Autónoma de Cataluña

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987, páginas 34158 a 34162.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29/07/2015.

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. BOE, 24/11/1988 núm. 282, páginas 33373 a 33378.

Ley Nacional De Fertilization Humana Asisitida No 26.862 de Argentina.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE, 30 de abril de 1977, núm 103, pp. 9337 a 9343.

### **Pronunciamientos judiciales.**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 27 de enero 286014/2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril 53/1985.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio 116/1999.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio 116/1999.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 octubre 197/1991.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre 231/1988.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de abril 225/2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de abril 101/2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio 120/1990.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero 57/1994.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 13 de febrero de 2003, demanda nº 42336/98, caso Odièvre contra Francia.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 13 de julio de 2006, demanda nº 58757/00, caso Jäggi contra Suiza.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 2 de febrero de 2002, demanda nº 53176/99, caso Mikulic contra Croacia.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 25 de septiembre de 2012, demanda nº 33783/09, caso Godelli contra Italia.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 29 de abril de 2002, demanda nº 2346/02, caso Pretty contra Reino Unido.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 6 de julio de 2010, demanda nº 36498/05, caso Backlund contra Finlandia.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 7 de julio de 1989, demanda nº 10454/83, caso Gaskin contra Reino Unido.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Septiembre 776/1999.

## Artículos académicos e informes.

Andrade, R. Vulneración legal del Derecho Constitucional de Identidad en el Ecuador. (Tesis de grado). Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja. 2013.

Canessa R., *La Filiación en la Reproducción Humana Asistida*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Tesis de Doctorado en Derecho y Ciencia Política. Lima, Perú, 2011, p.27.

Chanduví Martínez, S. D. (2018). El derecho del adoptado a conocer su origen biológico.

Comité de Bioética de Catalunya. (2016, febrero 24). El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona (6). Generalitat de Catalunya.

Daniels et al. 2011, 2785-2786; Nuffield 2013, p. 54 y ss.

De Melo Martín I. *The ethics of anonymous gamete donation: is there a right to know one's genetic origins?*

Hastings Center Report; Marzo-Abril 2014, p. 28-35.

Debate en la Asamblea el 12 de abril de 2019 (18ª sesión) (véase Doc. 14835, informe de la Comisión de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible, relator: Sra. Petra De Sutter; Doc. 14854, opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, relator: Sr. Pierre-Alain Fridez). *Texto aprobado por la Asamblea* el 12 de abril de 2019 (18ª sesión).

Díez Riaza, S. (2018). La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más. *RDUNED: Revista de Derecho UNED*, 22, 159-182.

Durán Rivacoba, R. (2010). Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma.

Frith 2001, p. 822-823

Herrera, M. (2008). El derecho a la Identidad en la Adopción. Buenos Aires: Editorial Universidad. Págs.136 – 139.

Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos (enero 15, 2020).

Jadva et al. 2009, p. 1917-1918; Beeson et al. 2011, p. 2418; Blyth 2012, p. 144; Nuffield 2013, p. 61; Cahn 2014, pp. 1097-1098.

Janssens PM, Simons AH, van Kooij RJ, Blokzijl E, Dunselman GA. A new Dutch Law regulating provision of identifying information of donors to offspring: background, content and impact. *Hum Reprod*. 2006 Abril;21(4):852-6.

Keeton, R. "Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions, Part One"

Lacaveratz, Sequerios, Cleydy, *Las técnicas de Reproducción Asistida y su regulación, un reto para el derecho, la ciencia y la tecnología*, 2009. p.8.

López JJ, Moreno JM. 'Industria de la fertilidad' o respuesta a la búsqueda del hijo biológico? En: Benavente P, Farnós E, dir. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual (estudio doctrinal). *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2015 Jun;(2179):239-65.

Medaglia, D.J. *et ál.* (2017) Brain and cognitive reserve: Translation via network control theory. *Neurosci Biobehav Rev* 75: 53-64

Medina G., *Derecho a la Procreación*, citado por Varsi, Rospigliosi, Enrique en *Derecho Genético*, cuarta edición, Lima-Perú, Edit. Jurídica Grijley, 2001, p. 252.

Medina, M. A. (2004). *La Adopción Internacional en el Derecho Español*. Madrid: Dykinson. Págs. 302-305.

Muñoz, J. O. (2006). *El derecho del Adoptado a conocer su origen biológico en Italia*. Actualidad Civil. Pág. 7.

Nelson MK, Hertz R, Kramer W. 2013. *Making sense of donors and donor siblings: a comparison of the perceptions of donor-conceived offspring in lesbian-parent and heterosexual-parent families*. Wellesley College Digital Scholarship and Archive; 2013, p. 1- 45.

Nuria, M. (2004). *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Págs. 55 - 56.

Nuria, M. (2004). *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Págs. 56 - 57.

Paredes, E. W. F., & Buenaño, J. C. M. (2018). *Desarrollar un mecanismo jurídico que permita la efectivización del derecho a la identidad biológica y personal de las personas concebidas por reproducción asistida partiendo de la norma constitucional, jurisprudencia y legislación comparada*. *Revista general de derecho constitucional*, (28), 16.

Quesada, M<sup>o</sup> C. *El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico*. Anuario de derecho civil. 1994, Vol.47, núm. 2. pp. 245-302, p.252. ISSN 0210-301X.

Rebollo, L. *Constitución y técnicas de reproducción asistida*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. 2000, núm 16. pp. 97-138, p. 108. ISSN: 1133-1259.

Shenfield F, De Mouzon J, Pennings G, Ferraretti AP, Nyboe Andersen A, De Wert G, et al. *Cross border reproductive care in six European countries*. *Hum Reprod*. 2010;25(6):1361-8.

Théry, I. (2009). *El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento*. *Revista de Antropología Social*, 18

*Revista Ius et Praxis*, 16 (1), p.50.

Vela, A. (2010). *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos*. Diario La Ley. 2010, núm. 7526. pp 1-18, p.3. ISSN 1138-9907.

### **Prensa y documentos de internet.**

Ballesteros, J. (Sin fecha). *Exposición de la doctrina de las expectativas razonables de los adherentes*. febrero 21, 2020, de vlex Sitio web: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/expectativas-razonables-adherentes-280113>

Elvira A. (diciembre, 2003). *Sinopsis Artículo 18*. febrero 18, 2020, de Congreso de los Diputados Sitio web: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>. Actualizada por González A. (enero 2011), letrada de las Cortes Generales.

Gálvez L. (diciembre, 2003). *Sinopsis Artículo 15*. Marzo 10, 2020, de Congreso de los Diputados Sitio web: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=15&tipo=2>. Actualizada por González A. (enero 2011), letrada de las Cortes Generales.

Merino M. (diciembre, 2003). *Sinopsis Artículo 10*. Marzo 10, 2020, de Congreso de los Diputados Sitio web: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2>. Actualizada por Sieira S. (enero 2011), letrada de las Cortes Generales.

