

Trabajo Fin de Grado

El derecho a conocer los orígenes biológicos en los procesos de adopción y en la reproducción humana asistida

Autor/es

Ana García Arias

Director/es

Loreto Carmen Mate Satué

Facultad de Derecho
2021

ABREVIATURAS

CBE	Comité de Bioética de España
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
Cc	Código Civil
HC	Historia clínica
LAP	Ley básica reguladora de la autonomía del paciente
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LTRHA	Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida
TC	Tribunal Constitucional
TRA	Técnicas de reproducción asistida

ÍNDICE:

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA FILIACIÓN Y EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS COMO UN DERECHO DEL HIJO EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL.....	3
III. EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS EN LA ADOPCIÓN.....	13
IV. EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	15
1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	18
1.1. <i>EL DERECHO A LA INTIMIDAD SOBRE LA PROPIA REALIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....</i>	<i>19</i>
1.2. <i>EL DERECHO DEL ANONIMATO DEL DONANTE EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA</i>	<i>21</i>
2. EL ALTRUISMO EN LA DONACIÓN DE GAMETOS PARA LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	24
V. ¿EL FIN DEL ANONIMATO EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA?.....	27
1. UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO	27
1.1. <i>PAÍSES QUE RECONOCEN PLENAMENTE EL “DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS”.....</i>	<i>27</i>
1.2. <i>PAÍSES QUE NIEGAN PLENAMENTE EL “DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS”.....</i>	<i>28</i>
2. LA NECESIDAD DE UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL ANONIMATO EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA	29
VI. CONCLUSIONES.....	33
VII. BIBLIOGRAFÍA:.....	35
VIII. LEGISLACIÓN:.....	38
IX. JURISPRUDENCIA:	41
X. RECURSOS DE INTERNET:	41

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto el estudio del “derecho a conocer los orígenes biológicos” de las personas adoptadas y de las nacidas mediante reproducción humana asistida. Se trata de valorar si los adoptados y los nacidos por reproducción asistida tienen derecho a conocer las circunstancias que afectan a su concepción, gestación y nacimiento, y en su caso, determinar a quiénes les corresponde ese deber de información.

Para resolver la problemática planteada, la modalidad de Trabajo Fin de Grado, elegida es un trabajo de investigación, que nos permitirá llegar a una solución, que dé cobertura a supuestos que, a día de hoy, nuestro ordenamiento jurídico no satisface adecuadamente.

La metodología utilizada en el trabajo se basa en la búsqueda y lectura de revistas científicas y monografías jurídicas, así como de tesis doctorales y materiales normativos que aborden el tratamiento del objeto de estudio. Igualmente, ha sido oportuno recurrir al Derecho comparado para tener una visión más global sobre cómo otros ordenamientos jurídicos tratan de la cuestión que nos ocupa.

La problemática elegida es un hecho social de plena actualidad que viene motivado porque en nuestro entorno, la mujer retrasa cada día más, su decisión de ser madre, lo que justifica que, en ocasiones, tenga dificultades para conseguir el embarazo. En otros casos, existe algún problema médico –ajeno a la edad de la gestante– que impide o dificulta la concepción. En este fenómeno también tiene incidencia la convivencia junto al modelo familiar tradicional, compuesto por una pareja heterosexual, la existencia de otros tipos de familias, por lo que en ocasiones el proceso de adopción o el sometimiento a TRA se realiza por personas solteras que desean ser padres o por parejas homosexuales. Se advierte, con cierta sorpresa que, pese a las circunstancias expuestas, en el último lustro, el número de adopciones descendió de forma paulatina; en el año 2018, en España hubo 1.993 adopciones. De ellas, 778 correspondían a adopciones internacionales y 1.215, a adopciones nacionales¹. Quizás, el coste económico, la lentitud y la complejidad del

¹ Datos obtenidos del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social: <https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=5067> [Última consulta: 08/06/2021].

proceso burocrático se perfilan como algunas de las principales causas de este detrimento del número de procesos adoptivos.

Como alternativa a la adopción, ha surgido en los últimos años un incremento de los nacimientos mediante técnicas de reproducción humana asistida. Así pues, España se sitúa a la cabeza de Europa en la reproducción humana asistida y en tercera posición mundial, solo después de EE. UU. y Japón, con un total de 37.094 bebés fruto de este tratamiento solo en 2018, lo que supone un 9% de los nacimientos nacionales. Además, desde 2014 se ha producido un incremento del 28% en tratamientos de reproducción asistida. En concreto, del total de nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, se estima que el 30% provienen de gametos que han sido donados anónimamente².

España se ha convertido en el mayor receptor de ciudadanos europeos que viajan para someterse a tratamientos de fertilidad, llegando a suponer el 40% del total de los tratamientos realizados en la Unión Europea. El principal motivo que justifica estas cifras es la laxitud de nuestra legislación y la reserva del anonimato de los donantes, una situación que, en otros países europeos, ya ha cambiado como más tarde se expondrá.

Desde la década de los 90, se advierte un incremento considerable de personas adultas adoptadas que solicitan información sobre sus orígenes tanto a nivel internacional como en España. En relación a la reproducción asistida, por una cuestión temporal, no se tienen cifras sobre la solicitud de información sobre los orígenes, pero es, desde luego una realidad social cercana, a la que el ordenamiento jurídico tendrá que dar pronta respuesta.

En estas dos situaciones, la adopción y la reproducción asistida generan la disyuntiva en los progenitores de si deben informar a su hijo sobre sus orígenes y, en su caso, sobre sus padres biológicos. Esto plantea, en primer lugar, si los padres tienen la obligación de informar a su hijo de tal hecho y, por otro lado, si esos hijos, tanto los adoptados como los nacidos mediante reproducción humana asistida, gozan de un derecho a conocer sus orígenes biológicos y, en su caso, cuándo nace tal derecho.

Queda patente que, tanto la adopción como la reproducción humana asistida, son dos hechos sociales que precisan de una respuesta jurídica lo más completa posible ya que

²Datos obtenidos del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social: <https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=5067> [Última consulta: 08/06/2021].

nos encontramos ante un tema muy delicado. En la actualidad, la “búsqueda de los orígenes biológicos” es una de las consecuencias que se plantea especialmente en la adopción, pero que va a tener una especial incidencia, en la reproducción asistida. Por ello vamos a estudiar si la respuesta que da el ordenamiento jurídico español es idónea y si se corresponde con la ética social dominante en este momento.

Así pues, el objetivo básico que guía esta investigación es desarrollar una comparativa entre el “derecho a conocer los orígenes” en la adopción y en las técnicas de reproducción asistida. Esta comparativa tiene como objetivo valorar si el tratamiento de ese derecho es, en ambos casos similar y suficiente en relación a las circunstancias e inquietudes que subyacen a la voluntad de conocer sus orígenes y, con ello, poder concluir si el ordenamiento jurídico español proporciona una respuesta adecuada a esta cuestión. Para ello, es necesario tomar como punto de partida el estudio de la institución de la filiación tanto en el supuesto de la adopción como en el de la reproducción humana asistida. El objetivo propuesto nos llevará al examen de este derecho en la legislación española pero también es conveniente abordar cómo está regulado este derecho en otros Estados de nuestro entorno e interpretarlo al amparo de la Constitución Española y de los Tratados de Derechos Humanos suscritos por España.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA FILIACIÓN Y EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS COMO UN DERECHO DEL HIJO EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

La filiación no es una materia reservada, en todo caso, a la competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.8 de la CE. La filiación cuenta con una regulación estatal y también existen algunas previsiones sobre ella, en los Derechos Civiles de Cataluña (artículos 235-1 a 52 del Código Civil Catalán) y en el navarro (Leyes 51 a 63 Fn)³.

La regulación estatal está contenida principalmente en el Código civil, que establece la *filiación por naturaleza* en los artículos 108 a 141 y la *filiación por adopción* en los

³ Al respecto, SERRANO GARCÍA, J.A. “Relaciones entre ascendientes y descendientes” en BAYOD LÓPEZ, C. y SEERANO GARCÍA, J.A. *Manual de Derecho Foral Aragonés*, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2021, p. 173.

artículos 175 a 180. La Ley de Enjuiciamiento Civil regula los procesos de filiación, paternidad y maternidad en sus artículos 764 a 768, así como las disposiciones generales de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (artículos 748 a 755 LEC), que sustituyen a las disposiciones generales sobre acciones de filiación antes contenidas en el Código civil. Además, la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida está regulada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En Aragón, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, introdujo en el Título II bajo la rúbrica “Relaciones entre ascendientes y descendientes”, un primer capítulo sobre *efectos de la filiación* en cualquiera de sus modalidades, lo cual está recogido en los actuales artículos 56 a 62 del Código de Derecho Foral Aragonés⁴. El artículo 56 del CDFR reconoce, de conformidad con los principios constitucionales y las concepciones sociales sobre las relaciones entre padres e hijos, la equiparación de efectos de todas clases de filiación en el artículo 56, al establecer que, “*la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de ley*”. En este sentido, es destacable, como pone de relieve el Profesor SERRANO GARCÍA que, la referencia a la filiación y a la adopción que hace este artículo, sirve como recordatorio de la competencia de Aragón para legislar en estas materias, y, mientras no lo haga, se aplicará supletoriamente la legislación estatal⁵. Además, debemos tener presente la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (en concreto, los artículos 74,76 y 77 relativos a la adopción), y, en cuanto al procedimiento adoptivo, el Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores.

La filiación es un hecho consistente en la relación biológica que une a los progenitores con sus hijos. Este vínculo biológico sirve de base para determinar la filiación jurídica, y a su vez deriva de ésta, la relación jurídica de filiación (*paternidad* o *maternidad*), es

⁴ En las cuestiones no reguladas sobre filiación en el CDFR, se aplica supletoriamente la regulación estatal sobre filiación y adopción (cfr. SERRANO GARCÍA, J.A. “Relaciones entre ascendientes y descendientes” *op. cit.* 2021, p. 173).

⁵ SERRANO GARCÍA, J.A. “Relaciones entre ascendientes y descendientes” *op. cit.* 2021, p. 174.

decir, la relación entre padres e hijos con el conjunto de derechos, deberes y funciones que los vinculan.

En ocasiones sucede que relación jurídica y la biológica de filiación no coinciden. Esto ocurre, por una parte, con las filiaciones meramente civiles, es decir, sin base biológica, como la filiación por adopción y la derivada de reproducción humana asistida con material genético de donante. Por otra parte, también puede suceder cuando una filiación goza de una aparente base biológica, pero ésta no se corresponde con la realidad, estableciendo en estos casos, el ordenamiento jurídico una serie de acciones destinadas a determinar, jurídicamente, la realidad biológica del hijo. Dichas acciones están recogidas en los artículos 131 a 141 Cc y en los artículos 764 a 768 de la LEC, como he indicado anteriormente.

Así pues, debido al *principio de veracidad* que preside esta institución, deducimos que, por norma general, nuestro sistema de filiación es un sistema realista, por lo que se da preferencia a que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica. A pesar de la primacía del *principio de veracidad*, nos encontramos con las excepciones de la filiación por adopción y la derivada de la reproducción humana asistida.

Independientemente del tipo de vínculo que sirva de base a la filiación, esta institución determina un *status familiae*; es decir, una situación familiar con efectos en cuanto a la existencia de recíprocos derechos y deberes entre familiares, entre otras consecuencias⁶. Además, la filiación se caracteriza por ser una cualidad personalísima que influye en la identificación de la persona a través de los apellidos y que se halla *extra commercium*, siendo por ello irrenunciable, indisponible e imprescriptible. También es necesario destacar el importante papel que juega el interés público en el régimen de la filiación, dejando fuera de ella, el principio de autonomía de la voluntad.

Una vez concretados el concepto y los caracteres de la filiación, es preciso abordar las clases de filiación existentes en nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, distinguimos entre *filiación por naturaleza*, *filiación por adopción* y *filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida*, especialmente si existe material genético

⁶ LACRUZ MANTECÓN, M. L., *Derecho civil: Familia y Sucesiones*, 1ª ed., Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018, p. 134.

de donante anónimo, aunque ésta última no está expresamente contemplada en el Código civil⁷.

En primer lugar, la *filiación natural* es el prototipo de filiación, tiene una base biológica por la que se entiende que los padres son los progenitores. Ésta, a su vez, puede ser matrimonial o no matrimonial dependiendo de si los progenitores están casados entre sí o no. Será matrimonial si los hijos son de padres casados en el momento de la concepción o si contraen matrimonio más tarde, ya sea antes o después del parto. En el caso de que en ningún momento los padres contraigan matrimonio, el hijo será no matrimonial. La filiación matrimonial o no matrimonial solo se diferencia en el régimen de determinación e impugnación de una y otra (artículo 108 Cc).

Por el contrario, la *filiación adoptiva* es la que, sin base biológica, tiene lugar mediante un acto jurídico: negocial, judicial o administrativo, por cuya virtud se establece, entre adoptante y adoptado, una relación jurídica semejante a la paterno-filial⁸. Es, por tanto, una filiación meramente civil derivada de una resolución judicial, que tiene en cuenta siempre el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes.

La finalidad de la adopción no es exclusivamente satisfacer los deseos de personas adultas a tener y criar hijos menores. El legislador ha dotado a la adopción de una naturaleza dual; por un lado, se considera como un tipo de filiación y, por otro, es una institución jurídica de protección a los menores. Se configura, por tanto, como un instrumento de integración familiar mediante la ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior y la creación “*ope legis*” de una relación de filiación con su nueva familia a la que se aplicarán las normas generales sobre filiación y se integrará al adoptado como miembro de pleno derecho de la nueva familia. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha reconocido la “adopción abierta”, caracterizada por permitir la pervivencia de las relaciones entre el adoptado y la familia de origen.

⁷ Art. 108.1 Cc: “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí”.

⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., y DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Elementos de Derecho Civil. T.IV Familia*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 378.

En cuanto a la *filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida*, ésta se produce cuando la procreación tiene lugar por el concurso de las técnicas de reproducción asistida. En la actualidad existen distintas variantes, debiendo distinguir entre fecundación artificial homóloga y heteróloga. La primera es la que se produce con material genético de la misma pareja, casada o no; la heteróloga es aquella practicada en la mujer con material genético de donante, o sea, de quien ni es su marido ni su compañero “more uxorio” y/o con óvulo donado (fecundado o no) por otra mujer⁹. También, dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, nos encontramos con la controvertida gestación subrogada o por sustitución. La complejidad que presenta este tipo de reproducción asistida justifica que quede fuera del ámbito de estudio de este trabajo.

De los tipos expuestos sobre reproducción asistida, el que presenta problemas a la hora de determinar la filiación es la fecundación heteróloga –que es sobre la que se centrará el estudio del “derecho a conocer los orígenes”–, por ser ésta en la que concurren tanto las figuras del progenitor/es como de los padres. Así pues, se derivan de esta situación dos problemas fundamentalmente. Por un lado, los relativos a la determinación de la paternidad o de la maternidad; y, por otro lado, la posible relación del hijo con la persona o personas que han aportado el genético necesario.

La filiación por naturaleza no consigue dar respuesta a esas cuestiones de una forma completa; así pues, para dar cobertura a este supuesto, la doctrina ha recurrido a una filiación meramente civil. Nos encontramos ante una nueva clase de filiación junto con la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. Esta nueva clase de filiación se basa fundamentalmente en la voluntad y la responsabilidad procreacional de quienes han de recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida.

Así pues, la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRA) se determinará del siguiente modo: la madre será quien gesta y da a luz al hijo y, si está casada, existe una presunción de paternidad a favor del marido; si no lo está, el medio habitual de atribución de la paternidad es el reconocimiento del padre. La especialidad viene dada por el hecho de que para acceder a estas técnicas será necesario el consentimiento de la mujer y, si estuviera casada, el de su marido (artículo 7.1 de la

⁹ SERRANO GARCÍA, J. A., y BAYOD LÓPEZ, M. C., *Lecciones de Derecho Civil: Familia*, Kronos, Zaragoza; 2019, p. 406.

Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, en adelante LTRHA). Así, si la mujer progenitora y su marido prestan su consentimiento a una determinada fecundación con contribución de donante o donantes, se considerará que éstos son los padres, de tal forma que ni tan siquiera podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

Como se ha expuesto previamente, la filiación legal no tiene por qué coincidir con la filiación biológica; es decir, cuando se haya determinado legalmente que una persona es hija de otra u otras sin que guarden ningún vínculo biológico pero que actúan a todos los efectos como padres. En los casos en los que se produce esa disociación, se plantea el “derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos”.

El “derecho a conocer los orígenes biológicos” se puede articular como una manifestación de un derecho humano y fundamental y, además, como uno de los aspectos del derecho a la identidad personal. Tener y desarrollar una identidad y personalidad propia, es decir aquello que nos individualiza y nos diferencia de otros, responde a un interés natural y existencial, que debe ser protegido por el Derecho, por lo que todo ser humano tiene derecho a la identidad personal¹⁰.

El origen biológico engloba el dato u origen genético que, junto con el nombre y los rasgos físicos, constituyen la vertiente estática de nuestra identidad personal. Pero, atendiendo a un concepto más amplio, se incluirían en el mismo otros aspectos referidos a los progenitores e incluso a otros parientes, como pueden ser los abuelos o los hermanos. Además, debemos tener en cuenta que este derecho alcanza también las circunstancias de su concepción, gestación y nacimiento.

Desde la psicología se esgrimen multitud de razones, a favor de un sistema basado en la honestidad tanto en la adopción como en las TRA. En este sentido, se ha demostrado que el conocimiento de los orígenes biológicos minimiza el daño emocional y psicológico. Además, se permite que cada una de las partes implicadas encuentre y asuma sus propias responsabilidades hacia los demás, fortaleciendo tanto a los padres como a

¹⁰FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI” en *Persona, Revista electrónica de derechos existenciales*, núm. 24, 2003, p. 7-12.

los progenitores ya que unos y otros pueden recibir información y ser conocidos por los otros respectivamente.

Otros estudios sociales y antropológicos han permitido comprobar que el secreto sobre los orígenes biológicos ha sido perjudicial para las partes que forman el triángulo filial (hijo, padres biológicos y progenitores jurídicos). Por el contrario, aquellas familias cuyos miembros tienen mayores habilidades de comunicación tienden a funcionar de una manera más adecuada y están más preparadas para negociar y encontrar soluciones a los problemas que puedan presentarse vinculados a esta cuestión¹¹. De acuerdo con ello, una comunicación abierta y sincera sobre los orígenes en las familias formadas a partir de la adopción o de la reproducción humana asistida redundará en un mayor bienestar para todos los implicados. Así lo demuestran numerosas investigaciones que constatan menos problemas y mayores niveles de satisfacción con la adopción y las TRA, al igual que un fomento de la adaptación y el bienestar emocional, mayor confianza personal e interpersonal y relaciones más estrechas entre padres e hijos¹². Es necesario resaltar que esa necesidad o “deseo de saber” que puede surgir en el adoptado no va relacionado con un sentimiento de insatisfacción con su familia adoptiva, sino que responden, más bien, a cuestiones vinculadas con el sentimiento de identidad del sujeto¹³, que comparten tanto los adoptados como los nacidos mediante TRA.

A los efectos del objeto de nuestro estudio, constituye una realidad incontestable que los hijos nacidos de las técnicas de fertilidad con la participación de donantes no tienen ninguna vivencia previa con el progenitor biológico, por lo que no es parte de su biografía. En cambio, en los casos de adopción, el niño normalmente ha convivido de inicio con personas distintas a sus padres legales. Es decir, la posible influencia e impacto en la personalidad de un individuo, de las vivencias con su progenitor biológico, puede ser notable en el caso de la adopción pero es inexistente con respecto al donante de gametos.

¹¹MENDENHALL, T., GROTEVAN, H. Y MCROY, R., “Adoptive couples: communication and changes made in openness levels”, en *Fam Relat.*, Vol. 45, núm. 2, 1996, pp. 224.

¹²HAUGAARD, J., MOED, A. Y WEST, N., “Outcomes of open adoptions” en *Adopt. Q.*, Vol. 4, núm. 3, 2001, pp. 72

¹³Datos obtenidos del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales: [https://www.msbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/adopInternacional/PUBLICACIONES/PDF_PUBLICACIONES/Derecho del adoptado a conocer origenes.pdf](https://www.msbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/adopInternacional/PUBLICACIONES/PDF_PUBLICACIONES/Derecho%20del%20adoptado%20a%20conocer%20origenes.pdf) [Última consulta: 29/06/2021]

En la línea de lo anteriormente expuesto, el Profesor neozelandés KEN DANIELS, uno de los mayores expertos internacionales en tecnología reproductiva, afirma, en relación a los nacidos mediante TRA que deseen conocer sus orígenes biológicos, que *“hay importantes razones psicológicas para que quieran hacerlo y tienen derecho. Ellos no intervinieron en las decisiones que llevaron a su concepción, y los adultos que sí lo hicieron ¿estaban sopesando las necesidades de los hijos o estaban interesados (al elegir el anonimato) principalmente en protegerse de un posible estigma de infertilidad?”*¹⁴.

Como se acaba de explicar, tanto en los adoptados como en los nacidos mediante técnicas de fertilidad, este deseo de conocer se deriva de una necesidad de completar su identidad. Pero en la adopción, a diferencia de en las TRA, a ese sentimiento se debe sumar una incertidumbre sobre los motivos que llevaron a su/s progenitor/es a darle en adopción y un posible sentimiento de abandono por parte de su familia biológica. Por el contrario, aunque no hay muchas investigaciones al respecto, en la línea de lo que apuntaba el Profesor DANIELS, los nacidos mediante TRA deben de vivir con la decisión tomada por el donante y sus padres, en la cual no se tuvo en cuenta las posibles dificultades que ese hijo puede desarrollar en el futuro a la hora de formar su identidad, sino solo el deseo de ser padre y una posible motivación económica. Esto nos hace plantearnos que si el hecho de que las razones que motivan a los adoptados y a los nacidos mediante TRA no sean exactamente las mismas, justifica que el reconocimiento normativo del “derecho a conocer los orígenes biológicos” sea distinto.

En todo caso, debemos tener presente que se trata de un derecho del hijo y no de una obligación a conocer o buscar sus orígenes. Además, es posible que en esa búsqueda del hijo el progenitor o padre biológico no quiera encontrarse con su hijo, entablar un vínculo amistoso o revelar cierta información. No obstante, este derecho nos hace plantearnos si existiría un correlativo deber de los que legalmente son padres a dar a conocer al hijo la verdad sobre su filiación. Así pues, entendemos que, si el artículo 180.6 del Código civil reconoce ese derecho del hijo adoptado, implícitamente existe ese correlativo deber de los que legalmente son padres de revelar al hijo la realidad sobre su concepción o su

¹⁴ Esta opinión fue vertida en la entrevista sobre técnicas de reproducción asistida publicada en: https://elpais.com/sociedad/2019/07/11/actualidad/1562841732_322643.html [última consulta, 05/06/2021].

nacimiento, aunque no se regule normativamente o se refiera a ese deber de forma expresa.

El ejercicio del “derecho a conocer los orígenes biológicos” no implica de ningún modo un derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación con los progenitores ni modificar la filiación ya existente. Aunque el objetivo del “derecho a conocer los orígenes biológicos” no es éste, puede operar como presupuesto para el ejercicio de acciones de filiación dentro de un procedimiento judicial.

Una vez hemos delimitado el concepto y contenido del “derecho a conocer los orígenes biológicos”, cabe preguntarnos qué reconocimiento tiene en nuestro ordenamiento jurídico. En España, este derecho plantea una cierta complejidad ya que no goza de un reconocimiento expreso en la Constitución Española. Esta ausencia no impide su reconocimiento implícito, ya que la interpretación de los derechos constitucionales debe realizarse conforme a los Tratados de Derechos Humanos¹⁵ que, de haber sido ratificados por España, forman parte del ordenamiento interno *ex* artículo 96 de la CE. Por ello se analizará el reconocimiento del “derecho a conocer los orígenes biológicos” en el Derecho Internacional.

Resultan de especial interés para esta materia el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)¹⁶ y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)¹⁷. En cuanto al primero, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el Convenio de tal modo que considera que el derecho a la identidad implica la posibilidad de conocer todos los detalles sobre los orígenes de la persona, incluidos los biológicos, y que el derecho a la identidad integra la noción de vida privada en su artículo 8 [cfr. STEDH (Sección 2ª). Caso Çapin contra Turquía, de 15 de octubre de 2019]. Esto resulta particularmente útil para conducirnos a considerar que este derecho está reconocido tanto en el artículo 10 como en el artículo 18 de la Constitución Española desde que el derecho a la identidad,

¹⁵ El Art. 10.2 CE: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

¹⁶ Este texto internacional puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf [última consulta: 08/06/2021]

¹⁷ Este texto internacional puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [última consulta: 08/06/2021]

del que es parte, integra la noción de libre desarrollo de la personalidad y de vida privada que este precepto reconoce, respectivamente.

La Convención sobre los Derechos del Niño, resulta de vital interés al ser la primera, en el ámbito internacional, tanto en reconocer, en su artículo 8, el derecho a la identidad como un derecho autónomo como en hacer referencia al derecho a conocer a los progenitores junto al derecho a tener una vida familiar, brindando así una protección integral a la identidad personal¹⁸.

A pesar de la tendencia hacia el reconocimiento del “derecho a conocer los orígenes biológicos” en el Derecho comparado, en el ordenamiento jurídico español siguen existiendo ciertas reticencias o limitaciones a su reconocimiento en los supuestos de reproducción asistida, como posteriormente se expondrá, y, sin embargo, éstas han quedado superadas en materia de adopción, al reconocerse expresamente este derecho en el artículo 180 Cc.

Aquellos que justifican el secreto en la adopción y la reproducción humana asistida lo hacen sosteniendo que aun cuando la verdad biológica sea premisa básica en el Derecho de Familia, no es absoluta ni excluyente, pues existen algunos supuestos que aconsejan su moderación. En este punto se suele confundir el derecho a conocer los orígenes biológicos con el derecho a tener un *vínculo filiatorio*. Se acostumbra a resaltar que el principio *favor filii* “aminora un fundamentalismo fisiológico, a veces más lesivo que beneficioso” como por ejemplo en los artículos 124 y 125 del Cc sobre reconocimiento del hijo menor y filiación en caso de incesto de los padres¹⁹. Desde este punto de vista, se utiliza el secreto como herramienta que permite reconocer jurídicamente la situación paterno-filial con los adoptantes o con los padres por reproducción humana asistida, hecho con el que se entiende que se respeta el derecho a la identidad como si éste se agotara en la filiación²⁰. Como vamos a comprobar a continuación, en la adopción esta

¹⁸ DE LORENZI, M “El reconocimiento jurídico del derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción y en la reproducción humana asistida en España y Cataluña” en *AFIN*, núm. 85, Julio – Agosto 2016, pp. 1-7

¹⁹ DURÁN RIVACOBBA, R., “El anonimato del progenitor”, en *L’ArC*. núm 3, 2004. pp. 33

²⁰ DE LORENZI, M. *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*. Tesis doctoral defendida en la Universitat de Barcelona, 2015, p. 268

idea ha quedado más que superada, en cambio, en la reproducción humana asistida la doctrina sigue dividida a este respecto.

III. EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS EN LA ADOPCIÓN

Después de esta exposición de la normativa internacional sobre el “derecho a conocer los orígenes biológicos”, procedemos ahora a estudiar qué concreto papel tiene este derecho en cada uno de los supuestos que se están tratando en el presente trabajo. Así pues, en relación a la adopción, el reconocimiento del derecho de los hijos adoptados a conocer su origen fue adquirido con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional, que reformó el artículo 180.5 CC en el que se contempla expresamente que: *“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.”*

Nuestra legislación ha sufrido distintos cambios hasta llegar a la situación que se acaba de exponer. No hay que olvidar que, durante décadas, la posibilidad de que un hijo adoptado pudiera conseguir información sobre sus familiares de origen era muy escasa. En la mayor parte de los casos, si no desistía en el intento como consecuencia de las insalvables barreras burocráticas, su último camino era terminar en los tribunales²¹. A esto hay que sumarle que la anterior legislación registral (al amparo de los ya derogados artículos 47, párrafo 1º de la Ley del Registro Civil y de los artículos 167, 181 y 182 del Reglamento), permitía en nuestro país ocultar la maternidad no matrimonial, lo que conocemos como “parto anónimo”.

La inconstitucionalidad sobrevenida de esa normativa registral, declarada a través de la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera, de lo Civil, de fecha 21 de septiembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:5672)²², significó que esa legislación registral anterior a la

²¹ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *El derecho a conocer la identidad: tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad*. Tesis doctoral defendida en la Universidad de Cantabria, 2016, pp. 147.

²² Sentencia del Tribunal Supremo 776/1999, de 21 de septiembre de 1999

Constitución Española de 1978 no se encontraba en consonancia con la Carta Magna. Así pues, se optó entonces por la preferencia de la verdad biológica frente a la verdad formal, anteponiendo en definitiva el derecho de los hijos a conocer sus antecedentes biológicos frente a ese derecho de la madre al anonimato.

Como consecuencia de esta Sentencia, a las pocas semanas de publicarse, el Gobierno aprobó la Orden de 10 de noviembre de 1999 del Ministerio de Justicia, sobre cuestionario para la declaración de nacimiento al Registro Civil. En la Orden se incluía un modelo para la declaración de nacimiento, que contiene dos recuadros en blanco destinados a recoger las huellas dactilares de la madre junto con las del hijo. Así pues, en nuestro país ya no puede entenderse amparado en Derecho, el deseo de la madre de permanecer en el anonimato, aunque el reconocimiento pasado de esta opción de la progenitora supone que existan aún, graves perjuicios derivados de esa regulación permisiva.

En la actualidad, la efectividad del reconocimiento expreso del “derecho a conocer los orígenes biológicos” se ve secundada por cuatro reglas. En primer lugar, la exigencia de la anotación marginal de la adopción y la constancia registral del nombre de la progenitora en el acta de nacimiento de la persona nacida (artículo 46 de la Ley del Registro Civil). Aunque esta obligación se ve limitada por la posibilidad de que, en la adopción internacional, se extienda una nueva inscripción del nacimiento durante la minoría de edad de la persona adoptada en la que solo consten los datos relativos a la adopción sin mención alguna a su filiación biológica. Este cambio se introdujo por el Real Decreto 820/2005, de 8 de julio, que modifica el Reglamento del Registro Civil. Así pues, el artículo 307 RRC dispone tras la reforma, que la filiación adoptiva será objeto de una inscripción principal de nacimiento que refleje solo los datos sobrevenidos por la adopción, con referencia a la inscripción previa de nacimiento y adopción en la que consta todo el historial registral del adoptado.

Una segunda regla que refrenda este derecho es la consagración de un correlativo deber de información con una clara identificación de los responsables de su efectividad, el cual se deduce del propio “derecho a conocer los orígenes biológicos” (artículo 180.6 Cc) del que entendemos que se deriva dicho deber. En tercer lugar, se reconoce la acción para investigar la identidad de los progenitores, establecida en el artículo 133 Cc, por la que se permite encauzar la pretensión de conocer los orígenes biológicos. La última regla

es la conservación de la relación con los miembros de la familia biológica, pauta que actúa como paliativo de los efectos de la ruptura de los vínculos jurídicos con la familia de origen, tal y como dispone el artículo 178.4 Cc.

Otra importante novedad legislativa que potencia la importancia del “derecho a conocer los orígenes”, la encontramos a raíz de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta norma, introduce también la llamada “adopción abierta”: en caso de que las circunstancias lo aconsejen la Entidad Pública valorará la posibilidad de que el menor mantenga contacto a través de visitas o comunicaciones con miembros de su familia de origen, especialmente entre hermanos biológicos

La oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico obedece a la búsqueda de las alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente ya de una edad elevada, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta, se flexibiliza esta institución y posibilita que la familia de origen acepte mejor esa “pérdida”. Además de lo anterior, el menor puede beneficiarse de una vida estable dentro de la familia de adopción, al tiempo que se le permite el mantenimiento de los vínculos con los familiares de procedencia, en especial con los hermanos.

IV. EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

El reconocimiento normativo del que goza el “derecho a conocer los orígenes biológicos” en la adopción no existe en la reproducción humana asistida. El principal motivo se deriva de que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida consagra el anonimato del donante y, se ampara bajo el principio de gratuidad de la donación de los gametos. Al respecto, la principal hipótesis que se plantea en este trabajo, y a la que pretendemos dar respuesta en los apartados siguiente es que, si este derecho se reconoce a los adoptados, por qué no hacerlo también extensivo a los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida. Sobre esta cuestión la jurisprudencia española no aporta claridad al asunto, porque se han dictado pronunciamientos diferentes e incluso contradictorios, generando una incertidumbre que tampoco la Doctrina ha logrado disipar.

El “derecho a conocer los orígenes biológicos” de los nacidos mediante TRA se encuentra con dos obstáculos, que además están interrelacionados. Por un lado, el tratamiento que se da a la intimidad del donante en la legislación actual y, por otro lado, la supuesta gratuidad que rodea a la donación de gametos. En este sentido, encontramos que estas cuestiones han sido abordadas tanto por una Recomendación del Consejo de Europa de 2019 como por el Informe del Comité de Bioética de España sobre esta cuestión dictado en el 2020.

El 12 de abril de 2019, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó la Recomendación (2156-2019) sobre donación anónima de espermatozoides y ovocitos: sopesando los derechos de los padres, donantes y niños (*Anonymou sdonation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*)²³. La Asamblea Parlamentaria mantiene una posición casi unánime a la hora de defender el fin del anonimato. El objetivo de ésta no es desvalorizar las técnicas de reproducción humana asistida, sino prestar la atención necesaria a la parte más vulnerable, en este caso la del hijo nacido mediante dichas técnicas.

La Recomendación de la Comisión reconoce el impacto que la reproducción humana asistida ha tenido en el nacimiento de niños en el mundo (más de ocho millones) y señala que el criterio en la mayoría de Estados ha sido el de establecer una regla de anonimato en favor del donante de gametos, restringiéndose o, incluso, eliminándose en algunas regulaciones el derecho de las personas concebidas por la donación de gametos a conocer sus orígenes. Sin embargo, la propia Recomendación afirma que, en las últimas décadas dicho criterio está evolucionando, existiendo un movimiento hacia el reconocimiento de un derecho a conocer los orígenes del hijo, relacionado con el derecho a la identidad y al desarrollo personal. Este cambio se suscita, sobre todo, a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños y también a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este derecho incluiría el derecho de acceso a la información que permitiría rastrear las raíces, conocer las circunstancias del nacimiento y tener acceso a la certeza de la filiación de los padres.

²³Puede accederse al texto de la Recomendación en el siguiente enlace: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=27680&lang=en> [Última consulta: 09/06/2021]

Así pues, se plantea la necesidad de establecer un equilibrio entre el “derecho a conocer los orígenes” que no tiene el carácter de absoluto y, los intereses de los donantes de espermatozoides y ovocitos, de los padres legales y también los de las clínicas y prestadores de servicios, así como los intereses de la sociedad y las obligaciones del Estado. Si bien ha existido cierta tendencia en las legislaciones europeas a proteger el derecho a la intimidad del donante y, por tanto, su anonimato; en la actualidad, varios Estados europeos han cambiado su postura en cuanto a la protección del anonimato en este tipo de donaciones, incluso, con efectos retroactivos.

La Recomendación propone a los Estados miembros del Consejo de Europa la supresión, sin efectos retroactivos, del anonimato de los donantes; es decir, solo para las donaciones de gametos que se produzcan en el futuro, pudiendo el hijo decidir, a partir de su mayoría de edad o de alcanzar la capacidad suficiente, si quiere y, en su caso, cuándo acceder a la información sobre la identidad del donante para poder establecer, si lo desea, el correspondiente contacto con él, idealmente después de haber tenido acceso a los servicios adecuados de orientación, asesoramiento y apoyo antes de tomar una decisión. Esta alteración en el tratamiento de la regla del anonimato no deberá tener, sin embargo, consecuencias legales para la filiación. Por último, se establece que los Estados miembros deben crear registros nacionales de donantes y personas concebidas a través de la reproducción humana asistida a fin de facilitar dicho derecho de acceso a la información por parte del hijo y, con ello, para garantizar que se cumplen el número máximo de donaciones por parte de un donante, minimizándose así las posibles relaciones de consanguinidad.²⁴

Con motivo de la Recomendación (2156-2019) el Comité de Bioética de España (en adelante, CBE), que es un órgano consultivo del Ministerio de Sanidad, emitió el Informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana el 15 de enero de 2020. Este informe tiene como objeto principal valorar en qué medida y cómo se debe implementar dicha Recomendación del Consejo de Europa en nuestra legislación²⁵, para ello realiza un examen en profundidad del “derecho a conocer los

²⁴ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2020). *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*, p.3

²⁵ El Informe del Comité de Bioética de España, se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf> [Última consulta: 10/06/2021]

orígenes biológicos” incluyendo aspectos científicos y ético-jurídicos. En definitiva, el informe sostiene la misma posición que la Recomendación, por lo que sugiere que es necesario un cambio normativo para poner fin al anonimato del donante y así equipararnos con otros Estados de nuestro entorno evitando, de este modo, el *forum shopping*.

Aunque el derecho a la identidad del menor no aparece consagrado como un verdadero derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, su falta de proclamación explícita en la Constitución no impide reconocerle tal carácter. Los derechos y libertades proclamados en la Constitución no constituyen una lista cerrada. De este modo, la Jurisprudencia exige que para que un derecho goce de la especial protección y eficacia que tienen los derechos fundamentales deben concurrir tres requisitos: a) que el derecho conecte con la dignidad, b) que el derecho esté relacionado con alguno de los proclamados expresamente en la Constitución, y c) que el derecho haya sido ya reconocido por los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España o por sus órganos de interpretación [cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo de 2001 (ECLI:ES:TC:2001:119)].

En el caso del derecho a la identidad del hijo nacido mediante TRA puede afirmarse que tal derecho es perfectamente admitido como derecho fundamental en nuestro sistema constitucional porque el derecho a la identidad conecta directamente con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad reconocidos en el artículo 10 de la Constitución, así como, con los derechos proclamados en el artículo 18, principalmente, con la intimidad personal y familiar, y el derecho al propio nombre que, supone el derecho a una identidad, a unos rasgos que nos identifican y singularizan. Por último, se trata de un derecho claramente reconocido por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños y por la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En nuestra legislación, como más tarde se expondrá, se contempla el acceso a la identidad del donante, de forma limitada por motivos de salud.

1. El derecho a la intimidad en la reproducción humana asistida

El derecho a conocer los orígenes biológicos, como se ha señalado, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la intimidad. El tratamiento que se le da a este

derecho en nuestra legislación actual es uno de los obstáculos que existen para reconocer el “derecho a conocer los orígenes biológicos” de los nacidos mediante TRA.

Así pues, podemos distinguir un doble ámbito de este derecho en relación con las Técnicas de Reproducción Asistida. Por un lado, la relativa al propio proceso en sí mismo, es decir, al hecho de que una persona sea receptora de una técnica de reproducción asistida y, por otro, el anonimato del que gozan los donantes de gametos.

La Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece que 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 (artículo 5.5. de la Ley 14/2006). Paralelamente, la misma norma señala que todos los datos han de ser recogidos en historias clínicas individuales que garantizarán la confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos (artículo 3 y 8 de la Ley 14/2006).

1.1. El Derecho a la intimidad sobre la propia realización de las técnicas de reproducción asistida

La reproducción pertenece al ámbito sexual de las personas, a su vida privada, y el sujeto tiene la potestad de dar a conocer lo que estima conveniente y mantener en la reserva lo que desea²⁶. El derecho a la intimidad de la pareja o de la madre soltera, concretamente, el de la mujer que se somete a una TRA, entra en confrontación con el “derecho a conocer los orígenes” de los nacidos mediante estas técnicas. La principal dificultad con la que se encuentran los hijos cuando desean conocer las circunstancias de su nacimiento, es decir, si han nacido mediante TRA o no, es el hecho de que el artículo 4 de la Ley 41/2002, (en adelante, LAP), solo establece el derecho a conocer toda la información disponible sobre la propia salud, ante lo cual no parece que el origen genético de una persona quede incluido en el mismo.

²⁶ REBOLLO DELGADO, L., “Constitución y técnicas de reproducción asistida” en *Revista Derecho UNED*, nº 16, 2000, pp. 97-145.

En este punto debemos matizar que el sometimiento a TRA queda recogido en tres tipos de historias clínicas (en adelante, HC), diferentes, lo que garantiza al nacido la posibilidad de obtener información sobre sus orígenes. En primer lugar, la HC de los centros de técnicas de reproducción asistida, esta previsión viene determinada por el artículo 18 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En dicha HC individual se recogen todos los datos relativos a las TRA, y estos datos *“excepto la identidad de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora y de su pareja, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales cuando llegue a su mayoría de edad, si así lo solicitan”*. Además, también se recoge en las mismas, el número de donaciones que ha hecho una persona, ya que la Ley establece como límite 6 donaciones por persona²⁷. Es decir, la propia Ley establece la posibilidad de que el hijo, alcanzada la mayoría de edad, pueda acceder a la información excepto, como ya hemos comentado, a la identidad del donante.

En segundo lugar, el artículo 15 de la LAP establece que la HC de las receptoras de gametos en los centros sanitarios asistenciales incorporará la información que se considere trascendental clínicamente, cuyo fin principal es facilitar la asistencia sanitaria dejando constancia de los datos, que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud. Serán, por tanto, los profesionales sanitarios quienes decidirán qué datos deben figurar en la historia y durante cuánto tiempo, en función de la trascendencia de éstos, resultando difícil admitir que, al menos, durante la gestación y el parto los datos relativos al origen en una TRA no sean relevantes.

Por último, como ya hemos apuntado, nuestro sistema actual se rige por la trascendencia clínica, por lo que será ésta la que determine si ha de constar o no el origen biológico del nacido en la HC de los nacidos por técnicas de reproducción asistida en los centros sanitarios asistenciales. Al criterio de trascendencia ha de añadirse que la LAP establece que cuando se trate del nacimiento, la HC incorporará los resultados de las pruebas biométricas, médicas o analíticas que resulten necesarias para determinar el vínculo de filiación con la madre y que estos datos se conservarán indefinidamente.

²⁷ Este límite es reconocido por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en el siguiente enlace: <https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/donantes/aspectosLegales/home.htm> [última consulta: 15/06/2021].

Aunque, es obvio que en el caso de TRA con donación de óvulos no será factible dejar constancia de los datos señalados²⁸.

Así pues, podemos afirmar que anonimato no se identifica con un “desconocimiento absoluto” ya que, como se ha expuesto anteriormente, las HC de los centros de técnicas de reproducción asistida contienen la identidad del donante, el único obstáculo para conocer dicha identidad es la protección del anonimato que brinda nuestra legislación en detrimento del “derecho a conocer los orígenes biológicos”

1.2. El derecho del anonimato del donante en las Técnicas de Reproducción Asistida

Debemos entender el anonimato como la expresión del derecho a la intimidad del donante y que, además, sirve como instrumento para despersonalizar a los/las donantes como individuos, en la medida que no interesa tanto quién lo da sino lo que se da.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida no establece un anonimato absoluto. El artículo 5 de esta Ley, señala que, aunque la donación sea anónima, tanto las receptoras de gametos como los hijos nacidos, tienen derecho a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad, permitiendo, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo, que pueda revelarse la identidad del donante. El anonimato en la donación de células reproductoras también queda recogido en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

Concretamente, el artículo 5.5 LRHA dispone lo 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. 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*

²⁸<https://www.analesdepediatria.org/es-cuestiones-eticas-legales-del-anonimato-articulo-S1695403321001405> [Última consulta: 17/06/2021]

corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

Es necesario conjugar dicho artículo con la reforma de 2015 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En concreto, su artículo 11.2 establece como principio rector de la actuación de los Poderes Públicos, en relación con los menores, la supremacía de su interés superior, al que añade, entre otros, los de integración familiar y social y prevención y detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal. Además, en caso de concurrir algún otro interés legítimo, el artículo 2 dispone que la resolución del conflicto se podrá hacer de manera ponderada, es decir, adoptando una solución que aspire a reducir proporcionalmente ambos derechos.

El artículo 5.5 LRHA, mencionado anteriormente, es básico para entender como está configurado el anonimato en nuestra legislación, por lo que es necesario realizar un análisis del mismo. Con relación al primer párrafo de este artículo, éste hace referencia al conflicto existente entre el “derecho a conocer el origen biológico” y el anonimato del donante. La Ley no soluciona dicho conflicto ponderando, sino dando preeminencia a la intimidad del donante y sacrificando el interés superior del menor. Así pues, observamos como a *priori*, este artículo no se ajusta a lo establecido por la reforma de la LO 1/1996.

Si continuamos con el análisis de este artículo 5.5, sus párrafos segundo y tercero parece que constituyen una excepción al “derecho a la intimidad del donante” por lo que funcionarían como una regla de ponderación y así lo entienden tanto el legislador como el TC en la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999 (RCL 1999\1833)²⁹. Pero, siendo exactos, aquéllos no suponen una excepción a la regla del anonimato que se proclama en el primer párrafo, sino soluciones a un conflicto diferente. Ambos apartados se refieren

²⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio de 1999

al conflicto entre el “derecho a la salud del hijo” y el “derecho a la intimidad del donante”, de modo que, permiten acceder a determinados datos del donante e incluso, de manera muy excepcional, a su identidad en atención a la protección de la salud proclamada en el artículo 15 CE.

Más concretamente, con relación al segundo párrafo, se hace referencia a la *obtención de información general de los donantes*, aunque no se alude expresamente a datos médicos, debemos entender que así es. Esta es la interpretación que hace el TC en la, anteriormente citada, Sentencia 116/1999 cuando afirma que la garantía de anonimato contenida en la Ley no es absoluta, admitiendo excepciones en los casos en los que se pueda apreciar un comprobado peligro para la vida del hijo o para conocer otros datos del donante, como son factores o elementos genéticos u otros de otra índole, sin precisar cuáles son estos más allá de los vinculados a cuestiones de salud.

En este nuevo conflicto introducido, *derecho a la salud del hijo vs. derecho a la intimidad del donante*, sí cabe aplicar la ponderación, es decir, reducir proporcionalmente ambos derechos ya que el derecho a la salud del hijo sigue quedando protegido sin tener que acceder a la identidad del donante, sino solamente a sus datos de salud. En lo que se refiere al conflicto del primer párrafo, esto es, *el derecho a conocer el origen biológico vs. el derecho a la intimidad del donante*, la ponderación no tiene operatividad alguna ya que no cabe reducir proporcionalmente ambos derechos mientras se preservan los rasgos característicos o esenciales de cada uno. El derecho a conocer el origen biológico como expresión del derecho a la identidad del nacido mediante TRA, exige conocer la identidad del donante. Esta es la única manera de poder configurar realmente el pasado biográfico para construir el futuro y poder acceder, en ejercicio de dicho derecho, a mantener una relación personal con el donante, es decir, con el progenitor³⁰. La solución a dicho conflicto solo puede lograrse a través del sacrificio de uno de los derechos, es decir, decidiendo si debe preservarse o no la identidad del donante de gametos.

En definitiva, solo se plantea la excepción del anonimato en caso de diagnóstico de una enfermedad genética en el hijo que pudiera poner en grave peligro su salud. La forma de actuación del equipo asistencial en este caso, y según la legislación actual, sería

³⁰ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2020). *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*, p. 32.

ponerse en contacto con el centro donde se hayan realizado la TRA para informar al donante y evitar la utilización de sus gametos, o en caso de haber sido utilizados ya, advertir a los demás hijos del riesgo. Estas comunicaciones pueden ser realizadas sin quebrar el anonimato del donante, porque no precisan revelar su identidad, sino sus datos de salud. Así pues, como ya apuntaba el 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, esto no supone realmente una excepción al anonimato del donante de gametos, pues el debate sobre el conocimiento de la identidad del donante no responde a cuestiones de índole sanitaria que puede ser suplida proporcionando los datos médicos del donante sin necesidad de revelar su identidad.

2. El altruismo en la donación de gametos para la reproducción humana asistida

Como hemos indicado antes, el altruismo en la donación es el otro obstáculo, junto con el derecho a la intimidad, que se articula como obstáculo al reconocimiento del “derecho a conocer los orígenes biológicos”. El altruismo en la donación de gametos fue ya reconocido en la primera Ley promulgada en España sobre estas técnicas, esto es, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la cual fue derogada por la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En este punto la Ley 14/2006 no difiere apenas de la Ley 35/1988 en el tratamiento que proporciona al anonimato y al altruismo de los donantes, salvo que esta última no reconocía expresamente “la compensación económica”. En esta misma línea, el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, en su artículo 3 también establece la gratuidad y el carácter no lucrativo de la donación de células.

Algunos expertos como PÉREZ MILÁN (ex presidente de la Sociedad Española de Fertilidad) entienden que, en España, a diferencia de otros países, no se implantó el anonimato para favorecer el crecimiento de las donaciones, sino porque el legislador entendió que se trataba de un acto de altruismo que no debía implicar ninguna vinculación

emocional, bajo la idea de que el donante no fuera comprometido más allá de lo que supone la mera donación³¹.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su artículo 5, permite la donación anónima de gametos. Aunque se trata de un negocio jurídico que presupone una motivación altruista y desinteresada, la propia Ley establece la posibilidad de una *compensación económica* por las molestias y desplazamientos de los donantes. Esta cantidad de dinero no es fija y en España es el Ministerio de Sanidad quien determina la cuantía aproximada, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Finalmente es la clínica de fertilidad la que decide cuánto pagar, pero siempre dentro de los rangos legales permitidos. Estas cantidades oscilan entre los 600 y 1.000 euros en el caso de la donación de óvulos, y entre los 50 y 70 euros en la donación de semen³².

A pesar de lo establecido por la legislación española es difícil sostener que estamos frente a una verdadera *donación* en el caso de los gametos. Estamos ante un negocio privado, en el que el/la donante cede gratuitamente su material genético a un banco de gametos gestionado por una clínica privada y por el que recibe una compensación. De esta operación, el banco privado se lucra por su gestión de mediación. Así pues, el carácter altruista empieza y termina en el momento de la donación (aunque existe una contraprestación como se ha indicado), el posterior tratamiento de ese material reporta a las clínicas privadas grandes beneficios sin tener que incurrir en demasiados gastos.

Las clínicas cobran unos honorarios muy altos a las parejas o mujeres que buscan gametos donados para la reproducción asistida. En este sentido, las clínicas argumentan que el cobro de esos honorarios es por los servicios relacionados con el análisis de los gametos donados, su conservación y otros procedimientos que impone la ley, y no por los gametos en sí mismos.

En esta línea, es destacable como los donantes de gametos suelen presentar una posición económica y social más desfavorecida. En cambio, en atención a los altos costes económicos de los tratamientos de fertilidad en el sector privado, solo las parejas y

³¹ Esta opinión aparece expresada en el artículo periodístico publicado en: https://elpais.com/diario/2010/11/22/sociedad/1290380401_850215.html [última consulta: 21/06/2021].

³² IGAREDA GÓNZALEZ, N., “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos” en *Rev. Bioética y Derecho*, núm.38, 2016, pp. 72 - 86

mujeres con una posición económica solvente o con elevados ingresos económicos pueden costearse estos tratamientos y los ciclos de donación³³.

En otros países europeos donde también se permite la donación de semen y óvulos, se ha llegado a defender que los donantes deberían obtener información sobre lo ocurrido con sus gametos donados, como una forma de compensar el acto altruista de la donación. Si realmente estamos hablando de un acto solidario, es normal que quieran saber los resultados de dichos actos. La mejor forma de retribución a los donantes sería el reconocimiento social por su ayuda, por ejemplo, siendo informados sobre el número de embarazos que se han conseguido gracias a sus gametos donados.

La regla del anonimato en las donaciones de gametos se defiende argumentando que dicho anonimato también está vigente en las donaciones de sangre, de médula o de órganos. Pero la diferencia entre la donación de gametos y la donación de otros materiales es que ésta última si es verdaderamente altruista. En concreto, el Real Decreto 1945/1985, de 9 de octubre, prohibió la retribución económica para el donante de sangre, lo que se ratificó por el Real Decreto 1008/2005, de 16 de septiembre sobre requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. Siguiendo con la posible asimilación entre la donación de gametos y la donación de cualquier otro tipo de material, esta no es posible ya que debemos tener en cuenta que en la primera se ven implicadas tres partes (donante, receptor e hijo), sin embargo, en la segunda solo quedan involucrados dos (donante y receptor). Así pues, equiparar ambos tipos de donación sería permitir que las decisiones que tomadas por el donante y el receptor marquen la vida del hijo sin que éste pueda evitar o atenuar las consecuencias derivadas de ello.

A pesar de lo expuesto, el hecho de estar ante acto supuestamente altruista sigue siendo uno de los principales argumentos que se esgrime para mantener y justificar el anonimato de la donación de gametos. En este punto, debemos comparar el altruismo de las TRA con el de la adopción. Esta última, sin género de dudas, es un verdadero acto altruista ya que una/s persona/s se comprometen a ejercer de padres de un niño que ha no ha nacido, por múltiples circunstancias, en el ambiente más idóneo para su desarrollo. En

³³ IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La donación anónima de óvulos en Europa. Los problemas sobre el discurso de «donar vida»” en *Revista de Antropología Social*, Vol. 27, núm. 2, Madrid, 2018, pp. 247-260.

este caso, el pilar filántropo de la adopción no supone ningún problema a la hora de reconocer el “derecho a conocer los orígenes biológicos” de los adoptados. Al hacer patente la diferencia de trato que recibe el altruismo en la adopción y en las TRA, no podemos seguir manteniendo éste como una de las bases de la conservación del anonimato. Así pues, queda demostrado que es necesario, como más tarde se expondrá, revisar éste y otros argumentos que han sostenido hasta día de hoy, el anonimato en las TRA.

V. ¿EL FIN DEL ANONIMATO EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA?

1. Una visión de Derecho comparado

En términos de Derecho Comparado observamos cómo muchas legislaciones sobre reproducción asistida que, en un inicio, contemplaban la primacía del derecho al anonimato del donante, han modificado este aspecto para otorgar mayor protección al derecho de las personas a conocer sus orígenes biológicos y, por tanto, su identidad. Así, centrándonos en los países de nuestro entorno, en Suecia, Suiza, Austria, Finlandia, Noruega, Países Bajos, Italia, Alemania, Portugal, Reino Unido o Bélgica no se permite el anonimato de los donantes. Mientras que en España, Francia, Grecia, Dinamarca, Islandia y Luxemburgo siguen manteniendo dicho anonimato. Por el contrario, el reconocimiento del “derecho a conocer los orígenes biológicos” en la adopción está plenamente reconocido, salvo alguna excepción como a continuación se indica.

1.1. Países que reconocen plenamente el “derecho a conocer los orígenes biológicos”

A continuación, tomaremos como ejemplo algunos de los países en los que existe un pleno reconocimiento del “derecho a conocer los orígenes biológicos” tanto en la adopción la adopción como en la reproducción asistida,

En primer lugar, Suiza presenta la particularidad de dar consagración constitucional al “derecho a conocer los orígenes biológicos”, incluso dentro del ámbito de las TRA, sosteniendo que “*toda persona tiene acceso a los datos concernientes a su descendencia*” (artículo 119.2.g) de la Constitución Helvética). De este modo, tanto la legislación sobre

reproducción asistida como sobre adopción disponen que toda persona tiene derecho a conocer la identidad de sus progenitores a partir de los dieciocho años; y, excepcionalmente, si acredita la existencia de un interés digno de protección podrá obtener estos datos en cualquier momento independientemente de su edad (artículos 18.2 y 27 Legge federale concernente la procreazione con assistenza medica y 268.c.2 Code civil suisse).

Otro estado pionero en reconocer el “derecho a conocer los orígenes biológicos” es Suecia. Este Estado garantiza dicho derecho tanto en los supuestos de filiación por naturaleza, como en la adopción y en la reproducción asistida. En concreto, la Swedish Insemination Act N° 1140/1984 fue la primera ley reproductiva del mundo y pionera en abolir el anonimato y consagrar este derecho. Esta Ley reconoce que la persona nacida de donación de gametos que tenga madurez suficiente es titular del derecho a conocer la información sobre sus orígenes biológicos. Este derecho también queda recogido a favor de las personas adoptadas, hecho derivado del alto número de adopciones internacionales que existe en Suecia, de la formación de familias interraciales y de la amplia aceptación social de esta práctica.

Por otro lado, Los Países Bajos también respetan el “derecho a conocer los orígenes biológicos” en todos los supuestos de filiación (artículos 1:19.e, 1:198 y 1:199 Burgerlijk Wetboek). La adopción queda registrada marginalmente en el acta de nacimiento y rige, de ser posible, el principio de mantenimiento de los vínculos familiares con los progenitores, autorizándose al juez a ordenar y fijar el contacto entre ellos (artículo 1:229.4 Burgerlijk Wetboek). El respeto de este derecho en las TRA se evidencia de su consagración explícita y del reconocimiento de la posibilidad de que los donantes sean propuestos por la propia pareja que se someta al tratamiento, tal y como recoge la Ley N° 240/2002. Las personas nacidas mediante TRA pueden acceder a partir de los 12 años a toda la información excepto la identidad del donante, la cual será accesible a partir de los dieciséis.

1.2. Países que niegan plenamente el “derecho a conocer los orígenes biológicos”

Al contrario de lo expuesto anteriormente, encontramos legislaciones que, al igual que España, no reconocen el “derecho a conocer los orígenes biológicos” para la reproducción asistida; pero sí, en algún caso en los procesos adoptivos.

Como ejemplo de este tipo de legislaciones, encontramos la de Francia, la cual ampara el parto anónimo sustentándose el mismo en el derecho a la intimidad. Así pues, su legislación civil permite que la madre, en el momento del parto, solicite que su ingreso hospitalario y su identidad se preserven en secreto (artículo 341-1 Code Civil). El “derecho a conocer los orígenes biológicos” solo es reconocido en Francia en el supuesto de adopción simple, la cual no extingue el vínculo con la familia biológica. Al igual que en la adopción, en la reproducción asistida también resulta imposible conocer la identidad del donante, pues las leyes sientan el principio del anonimato en la donación de gametos y embriones. Así pues, se prohíbe la investigación para determinar la identidad del donante así como la divulgación de cualquier información que permita identificarlos y su trasgresión puede comportar la comisión de un delito (artículo 511-10 Code pénal).

Por el contrario, en Grecia, el artículo 1559 de su Código Civil (Astikós kódikas) sí que se establece el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos y a obtener, a partir de la mayoría de edad, toda la información relativa a sus progenitores de parte de los adoptantes y de las autoridades competentes. En contraposición a esto, Grecia no reconoce el “derecho a conocer los orígenes biológicos” en los supuestos de reproducción humana asistida ya que en dicho Estado existe un rígido sistema de confidencialidad respecto al donante de material genético. De este modo, la identidad del donante es reservada e inaccesible para los receptores, de hecho, solo se registra la información médica relativa al donante sin ningún tipo de identificación personal. Solo existe la posibilidad, como en España, de acceder a dicha identidad por razones de salud, y en caso de que por este u otros motivos la identidad fuera conocida no se podrá de ningún modo atribuirle la paternidad del nacido mediante TRA.

2. La necesidad de una nueva configuración del anonimato en la reproducción asistida

Como hemos ido exponiendo a lo largo del trabajo, el conocimiento de la identidad en la reproducción asistida está prohibido, excepto por motivos de salud. En contraposición a esto, la legislación española sí que habilita a conocer la identidad de los progenitores en los supuestos de adopción.

La reforma operada en 2015 de la LO 1/1996, comportó un cambio en el ámbito de la adopción reconociendo el “derecho a conocer los orígenes” en las personas adoptadas. En

virtud del principio de igualdad ante la ley, el conocimiento del propio origen, como manifestación de la propia personalidad, no se puede negar a determinadas personas por razón de nacimiento, condición o circunstancias personales o sociales. Pero, como ya hemos expuesto al comienzo del trabajo, los adoptados y los nacidos mediante TRA no tienen exactamente las mismas motivaciones que justifiquen el reconocimiento del “derecho a conocer los orígenes biológicos”. En este sentido, cabe preguntarse si tal hecho es suficiente para no activar el principio de igualdad. En mi opinión, al igual que parte de la doctrina, y siguiendo las nuevas tendencias de los países de nuestro entorno, este derecho no debería de negarse a los nacidos mediante TRA por el hecho de las circunstancias de su concepción y nacimiento por motivos que se van a exponer y que gozan de más peso que lo apuntado anteriormente.

Es cierto que en este sentido la doctrina se encuentra dividida. Por un lado, los defensores del anonimato del donante (artículo 5.5 LRHA) consideran que basta el acceso a los datos biogénéticos del donante para satisfacer el derecho de las personas nacidas a conocer sus orígenes biológicos³⁴. Estos autores justifican la limitación de este “derecho a conocer los orígenes” en la estabilidad de la institución de la familia, ya que esta podría verse comprometida en caso de que el donante se arrepintiera de la donación y pretendiera reclamar la maternidad o paternidad del hijo concebido mediante TRA. Este argumento ha sido adoptado por el TC para considerar constitucional el anonimato de los donantes, como quedó reflejado en la ya citada STC 116/1999. Por el contrario, los detractores del anonimato sostienen que es insuficiente el hecho de acceder a meros datos genéticos y defienden la necesidad de que el nacido tenga la posibilidad de conocer la identidad del donante para que se respete su “derecho a conocer los orígenes biológicos”, postura compartida con el CBE y defendida, entre otros, por los Profesores BLASCO GASCO³⁵ y PANTALEON³⁶.

³⁴ ROCA TRÍAS, E. *Embriones, padres y donantes. La constitucionalidad de la Ley 35/1988, de reproducción asistida humana, según STC 116/1999*. En: Revista Jurídica de Catalunya, n. 2, (2000); p. 89-432

³⁵ BLASCO GASCO, F. de P., "La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación, en *Anuario de Derecho Civil*, ", núm. 2, 1991, pp. 702: "*Nadie puede ni debe ser privado de conocer su verdad biológica*";

³⁶ PANTALEON PRIETO, F., "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", en *Jueces para la Democracia*, núm. 5, 1988, pp. 32: "*La imposibilidad de ese conocimiento puede ser fuente de trastornos psíquicos por ser dato importante para encontrar la propia identidad y consecuentemente para el desarrollo de la personalidad.*"

Como hemos expuesto anteriormente, las TRA no suponen un verdadero acto filantrópico, pero la articulación como altruista, sigue siendo uno de los principales argumentos que se esgrimen para mantener y justificar el anonimato de la donación de gametos. Mantener este altruismo como pilar del anonimato, supone una violación más al principio de igualdad ya que, como se ha expuesto anteriormente, la adopción también tiene un fundamento totalmente filantrópico y éste no supone ningún obstáculo para reconocer el “derecho a conocer los orígenes biológicos” de los adoptados.

Por otro lado, tal y como apunta el CBE en su Informe, los contrarios a la eliminación del anonimato sostienen que a través del sacrificio del derecho del hijo se garantiza la propia existencia de las técnicas de reproducción asistida, ya que con dicha solución del conflicto se ofrece una verdadera operatividad a las TRA. Esta afirmación puede ser refutada con base en dos argumentos. En primer lugar, el anonimato del donante no es condición *sine qua non* para la existencia de las TRA. Sí es cierto que, a corto plazo, se puede producir una disminución de las donaciones, pero la realidad comparada nos permite ver que esa bajada se recupera en el medio plazo. En segundo lugar, el argumento de que el niño nacido mediante TRA debe aceptar el sacrificio de su derecho a la identidad porque el anonimato del donante es la razón por la que ha nacido parte de un presupuesto erróneo, como es que una persona antes de nacer tiene interés de existir.

La obtención de donantes de gametos resulta cada vez es más difícil, especialmente desde que en varios países han eliminado el anonimato de los donantes. Sin embargo, la eliminación del anonimato en la donación justifica la aparición de un perfil de donantes distinto. Los donantes anónimos suelen ser hombres solteros heterosexuales. En cambio, cuando el anonimato se acaba, el perfil lo constituyen hombres más mayores, casados con hijos/as que son más conscientes de la trascendencia de su acto.

Además, no debemos olvidar que los valores culturales y éticos que impregnan la sociedad española han cambiado desde la Sentencia del TC de 1999. Actualmente, quien se plantee ser donante de gametos debe saber que la revelación de su identidad al individuo resultante de su material genético no generará ningún vínculo de filiación con él y, por el contrario, contribuirá a que pueda construir su propia identidad. Teniendo en cuenta que la donación es un acto altruista, como ya se ha apuntado, el altruismo debe

entenderse desde una perspectiva holística, por lo que la donación no solo engloba facilitar material genético sino también el acceso al conocimiento de su identidad.

Por último, la ya mencionada Sentencia del TC de 1999, entendía que la finalidad de la investigación de los orígenes biológicos es la de “*construir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial*”. A consecuencia de esto, y siendo que en el caso de las TRA sólo se pretende “*la mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación*”, el TC considera que dicho caso queda fuera del artículo 39.2 CE. Al afirmar esto, no se tiene en cuenta que una forma de incumplir con la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección integral de los hijos, enunciada en el mismo artículo 39.2 CE, es impedir el acceso de los hijos concebidos mediante TRA al conocimiento de su identidad genética. Además, facilitar la información sobre los orígenes genéticos se puede considerar dentro de los deberes de asistencia que corresponden a los padres (artículo 39.3 CE). Finalmente, la citada reforma de 2015, en su Exposición de Motivos, reconoce que la investigación de la paternidad podía tener como fin exclusivo poner a disposición de los hijos, una información esencial para construir su propia identidad.

En atención a todos los argumentos expuestos, el CBE entiende que la solución aportada por el legislador en la regulación de la reproducción humana asistida, y cuya constitucionalidad fue ratificada por el Tribunal Constitucional hace dos décadas, podía considerarse menos criticable en aquel momento. Pero, actualmente, con los cambios normativos operados, no resulta sostenible en términos jurídicos. El conflicto entre el derecho a la identidad del hijo y el derecho a la intimidad del donante no debe ser resuelto con sacrificio de este primero, sino necesariamente del otro, atendiendo los principios y valores que concurren en el conflicto más allá de los concretos derechos de los individuos. Como proclama en 2015 nuestro legislador, el interés superior del menor es primordial y, por tanto, debe primar sobre el derecho a la intimidad del donante. Cuando el conflicto entre un derecho del menor y el derecho de un tercero no puede resolverse por la regla de

ponderación, sino sacrificando uno de los derechos, el sacrificado no podrá ser el del menor por exigencia del principio del interés superior del menor³⁷.

VI. CONCLUSIONES

A través del estudio comparativo realizado entre la adopción y la reproducción humana asistida, ha quedado demostrado que el “derecho a conocer los orígenes biológicos” está reconocido en la adopción, pero no en las TRA. En virtud del principio de igualdad ante la Ley, el presente trabajo defiende que el conocimiento del propio origen, como manifestación de la propia personalidad, no debe seguir siendo negado a determinadas personas por razón de nacimiento, condición o circunstancias personales o sociales.

La actual regulación del anonimato en las TRA no solo no respeta el principio de igualdad, sino que, como ya hemos expuesto, no se ajusta a la reforma operada en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la misma establece que en caso de conflicto entre el interés superior del menor y otro derecho debe primar este primero y, en su caso, ponderar ambos derechos. En relación con dicho anonimato, uno de los pilares para su mantenimiento es el altruismo que rodea a las donaciones de gametos, pero, si atendemos una vez más al principio de igualdad, observamos que el altruismo también existe en la adopción y éste no supone ningún óbice para reconocer el “derecho a conocer los orígenes biológicos” de los adoptados; aunque como se ha expuesto anteriormente, existen argumentos que permiten poner en cuestión si efectivamente, concurre el altruismo en las TRA.

El reconocimiento del “derecho a conocer los orígenes biológicos”, como ya hemos expuesto, no tiene el mismo fundamento en la adopción que en las TRA dado que los sentimientos que motivan a los adoptados a la hora de buscar sus orígenes son más fuertes que los que mueven a los nacidos por técnicas de fecundación. Esto nos lleva a plantarnos que, aunque a través del principio de igualdad este derecho debe ser reconocido para ambas situaciones, su regulación no debe ser igual. Así pues, en mi opinión, el “derecho

³⁷ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos ...*, 2020, p.37.

a conocer los orígenes biológicos” debe ser reconocido en las TRA pero no del mismo modo que lo reconoce el artículo 180.5 Cc para los adoptados, por lo anteriormente expuesto. Desde mi punto de vista, la reforma de la LTRA que elimine el anonimato en los procesos de TRA debe seguir el siguiente camino. Por un lado, la identidad del donante no debe ser revelada a los padres en el momento de la donación, la identidad será revelada exclusivamente al hijo fruto de las TRA en el momento en el cumpla la mayoría de edad. Por otro lado, al igual que ocurre en Países Bajos, será necesaria la creación de una institución encargada de suministrar la identidad del donante al hijo, que además brinde apoyo y asesoramiento psicológico. Este contacto entre el donante y el hijo nacido mediante TRA, como ocurre en Suiza, solo se llevará a cabo en caso de que el donante lo acepte expresamente; en caso de no hacerlo, la institución le hará entrega al hijo de un informe sobre sus orígenes biológicos sin facilitar el contacto entre ellos. Por último, cualquier cambio legislativo en este sentido no tendrá, en ningún caso, carácter retroactivo.

En definitiva, nuestro legislador debe prestar atención, no solo a la sociedad española y a sus necesidades, sino también a los cambios legislativos que se producen tanto en el ámbito internacional como en la legislación interna de los países de nuestro entorno. Uno de los rasgos que caracterizan de nuestro Estado de Derecho es que nuestras leyes han sido pioneras en la proporción de una respuesta normativa sobre realidades sociales que habían sido ignoradas. Nuestro ordenamiento jurídico, en mi opinión, debe tender hacia el reconocimiento de la libertad personal. Así pues, los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, al igual que los adoptados, deben de gozar de la posibilidad de poder buscar y encontrar sus orígenes biológicos, en caso de que sientan la necesidad de conocer esos datos para el desarrollo de su personalidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA:

BLASCO GASCO, F. de P., "La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación, en *Anuario de Derecho Civil*, ", núm. 2, 1991, pp. 702

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2020). *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*. <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf>[Última consulta: 10/06/2021].

DE LORENZI, M “El reconocimiento jurídico del derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción y en la reproducción humana asistida en España y Cataluña” *AFIN*, núm. 85, Julio – Agosto 2016, pp. 1-7

DE LORENZI, M. *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*. Tesis doctoral defendida en la Universitat de Barcelona, 2015.

DURÁN RIVACOBIA, R., “El anonimato del progenitor”, en *L’ArC*. núm 3, 2004. pp. 33

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *El derecho a conocer la identidad: tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad*. Tesis doctoral defendida en la Universidad de Cantabria, 2016.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI. *Persona, Revista electrónica de derechos existenciales*, núm. 24, 2003, p. 7-12.

HAUGAARD, J., MOED, A. Y WEST, N., “2 Outcomes of open adoptions” en *Adopt. Q.*, Vol. 4, núm. 3, 2001, pp. 72

IGAREDA GÓNZALEZ, N., “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos” *Rev. Bioética y Derecho*, núm.38, Barcelona, 2016, pp 72 – 86

IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La donación anónima de óvulos en Europa. Los problemas sobre el discurso de «donar vida»” en *Revista de Antropología Social*, Vol. 27, núm. 2, Madrid, 2018, pp. 247-260

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., & DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Elementos de Derecho Civil. T.IV Familia*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 378.

LACRUZ MANTECÓN, M. L., *Derecho civil: Familia y Sucesiones*, 1ª ed., Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018, p. 134.

MENDENHALL, T., GROTEVAN, H. Y MCROY, R., “Adoptive couples: communication and changes made in openness levels”, en *Fam Relat.*, Vol. 45, núm 2, 1996, pp. 224.

PANTALEON PRIETO, F., "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", en *Jueces para la Democracia*, núm. 5, 1988, pp. 32

PARRA LUCÁN, M. A., & LÓPEZ AZCONA, A. (2012). Relaciones entre ascendentes y descendientes. En DELGADO ECHEVERRÍA, J. & PARRA LÚCAN, M. A., *Manual de Derecho civil aragonés* 4.ª ed., El Justicia de Aragón. pp. 165-202

REBOLLO DELGADO, L.,”Constitución y técnicas de reproducción asistida” *Revista Derecho UNED.*, 16 (2000), pp. 97-145

RIVAS, A.M.,LORES, F&JOCILES, M.I. “El anonimato y el altruismo en la donación de gametos: la producción de biocapital en la industria reproductiva”, *Política y Sociedad*, núm 56(3), 2019, pp.623-644.

ROCA TRÍAS, E. *Embriones, padres y donantes. La constitucionalidad de la Ley 35/1988, de reproducción asistida humana, según STC 116/1999*.En: *Revista Jurídica de Catalunya*,. n. 2, (2000) ; p. 89-432

SERRANO GARCÍA, J.A. “Relaciones entre ascendientes y descendientes” en BAYOD LÓPEZ, C. y SEERANO GARCÍA, J.A. *Manual de Derecho Foral Aragonés*, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2021, pp. 173-213.

SERRANO GARCÍA, J. A., & BAYOD LÓPEZ, M. C., *Lecciones de Derecho Civil: Familia*, Kronos, Zaragoza; 2019, p. 406.

VIII. LEGISLACIÓN:

Internacional. Retificación de España de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *Boletín Oficial del Estado* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Disponible [en línea] en el sitio web del U.N.I.C.E.F., enlace directo: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> Última consulta: 8/06/2021.

Europa, Convenio de Derechos Humanos (1950). Roma (Italia), 4 de noviembre de 1950 y en vigor con carácter general desde el 3 de septiembre de 1953. Disponible [en línea] en el sitio web del E.C.H.R., enlace directo: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf Última consulta: 8/06/2021.

España. Constitución Española de 1978. Cortes Generales. *Boletín Oficial del Estado* núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Disponible [en línea] en el sitio web del B.O.E., enlace directo: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con) Última consulta: 9/06/2021.

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Publicado en: «Gaceta de Madrid»* núm. 206, de 25 de julio de 1889. Disponible [en línea] en el sitio web del B.O.E., enlace directo: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con) Última consulta: 9/06/2021.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado* núm. 7, de 8 de enero de 2000, páginas 575 a 728. Disponible [en línea] en el sitio web del B.O.E., enlace directo: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-323> Última consulta: 9/06/2021.

España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. *Boletín Oficial del Estado* núm. 126, de 27 de mayo de 2006, páginas 19947 a 19956. Disponible [en línea] en el sitio web del B.O.E., enlace directo: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14> Última consulta: 9/06/2021.

España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Boletín Oficial del Estado* núm. 180, de 29 de julio de 2015,

páginas 64544 a 64613. Disponible [en línea] en el sitio web del B.O.E., enlace directo: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26> Última consulta: 9/06/2021.

España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Boletín Oficial del Estado núm. 274, de 15 de noviembre de 2002, páginas 40126 a 40132. Disponible [en línea] en el sitio web del B.O.E., enlace directo: <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41>

España. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. Boletín Oficial del Estado núm. 312, de 29 de diciembre de 2007, páginas 53676 a 53686. Disponible [en línea] en el sitio web del B.O.E., enlace directo: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/28/54>

España. Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. Boletín Oficial del Estado núm. 163, de 5 de julio de 2014, páginas 52716 a 52763. Disponible [en línea] en el sitio web del B.O.E., enlace directo: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2014/07/04/9> Última consulta: 28/06/2021.

España. Real Decreto 1945/1985, de 9 de octubre, por el que se regula la hemodonación y los Bancos de Sangre. Boletín Oficial del Estado núm. 255, de 24 de octubre de 1985, páginas 33608 a 33612. Disponible [en línea] en el sitio web del B.O.E., enlace directo: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1985/10/09/1945> Última consulta: 29/06/2021

España. Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. Boletín Oficial del Estado núm. 225, de 20 de septiembre de 2005, páginas 31288 a 31304. Disponible [en línea] en el sitio web del B.O.E., enlace directo: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2005/09/16/1088> Última consulta: 29/06/2021

Aragón. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido

de las Leyes civiles aragonesas. *Boletín Oficial de Aragón* núm. 67, de 29 de marzo de 2011, páginas 6490 a 6616. Disponible [en línea] en el sitio web del B.O.E., enlace directo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOA-d-2011-90007> Última consulta: 9/06/2021.

Aragón. Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón. *Boletín Oficial del Estado* núm. 189, de 8 de agosto de 2001, páginas 29372 a 29394. Disponible [en línea] en el sitio web del B.O.E., enlace directo: <https://www.boe.es/eli/es-ar/l/2001/07/02/12> Última consulta: 9/06/2021.

Aragón. Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores. *Boletín Oficial de Aragón* núm 120, de 7 de octubre de 2005, páginas 12042 a 12051. Disponible [en línea] en el sitio web del B.O.A., enlace directo: http://www.boa.aragon.es/cgi-bin/EBOA/BRSCGI?CMD=VERDOC&BASE=BZHT&PIECE=BOLE&DOCR=1&SEC=BUSQUEDA_AVANZADA&RNG=10&SORT=-PUBL&SEPARADOR=&&TITU=DECRETO+188/2005&SECC=C=BOA+O+DISPOSICIONES+O+PERSONAL+O+ACUERDOS+O+JUSTICIA+O+ANUNCIOS Última consulta: 9/06/2021

IX. JURISPRUDENCIA:

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- STEDH (Sección 2ª). Caso Çapın contra Turquía, de 15 de octubre de 2019

Tribunal Constitucional:

- Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio de 1999 (RCL 1999\1833)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo de 2001 (ECLI:ES:TC:2001:119)

Tribunal Supremo:

- Sentencia del Tribunal Supremo 776/1999, de 21 de septiembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:5672)

X. RECURSOS DE INTERNET:

<https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=5067> [Última consulta: 8/06/2021]

<https://www.analesdepediatria.org/es-cuestiones-eticas-legales-del-anonimato-articulo-S1695403321001405> [Última consulta: 17/06/2021]

<https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/adopInternacional/PUBLICACIONES/PDF PUBLICACIONES/Derecho del adoptado a conocer origen es.pdf> [Última consulta: 29/06/2021]

https://elpais.com/sociedad/2019/07/11/actualidad/1562841732_322643.html [Última consulta: 01/07/2021]

https://elpais.com/diario/2010/11/22/sociedad/1290380401_850215.html

[Última

consulta: 05/07/2021]

<https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/donantes/aspectosLegales/home.htm>

[Última

consulta: 06/07/2021]