



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

**LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y
DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES
BIOLÓGICOS.**

Autor:

Javier Moncada Ruiz

Director:

Javier Martínez Calvo

Facultad de Derecho

Año 2021

DADE

INDICE

1. OBJETO DE ESTUDIO.....	3
2. LA FILIACIÓN	5
2.1 CONCEPTO.....	5
2.2. MARCO LEGAL.....	6
3. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR.....	10
3.1 ASPECTOS GENERALES.....	10
3.2 MARCO LEGAL.....	11
3.3 DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR VS DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS	12
4. EL DERECHO A CONOCER LA IDENTIDAD DE LOS PADRES BIOLÓGICOS EN LA ADOPCIÓN.....	15
4.1 CONTEXTO SOCIAL DE LA ADOPCIÓN.....	15
4.2 MARCO LEGAL PARA LA ADOPCIÓN.....	16
4.2.1 LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL.....	16
4.2.2 CÓDIGO CIVIL.....	17
4.3 DERECHO DE LOS NIÑOS A CONOCER A SUS PADRES BIOLÓGICOS.....	19
5. EL DERECHO A CONOCER LA IDENTIDAD DEL DONANTE DE GAMETOS... 22	
5.1 CONTEXTO SOCIAL.....	22
5.2 DERECHO DE ANONIMATO DEL DONANTE DE GAMETOS.....	24
5.3 EL DERECHO DE LOS NACIDOS POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA A CONOCER SU ORIGEN BIOLÓGICO.....	26
5.4 ARGUMENTOS A FAVOR DEL ANONIMATO DEL DONANTE.....	28
5.5 ARGUMENTOS EN CONTRA DEL ANONIMATO DEL DONANTE.....	31
6. EL DERECHO COMPARADO EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO.....	34
6.1 REINO UNIDO.....	34
6.2 FRANCIA.....	35
6.3 ITALIA.....	35
6.4 PORTUGAL.....	36
6.5 SUECIA.....	37
7. CONCLUSIONES.....	39
8. BIBLIOGRAFÍA.....	41

1. OBJETO DE ESTUDIO

El siguiente trabajo tiene como objeto de estudio “los derechos de las personas a conocer sus orígenes biológicos”. El propósito es realizar un estudio, tanto del contexto, como de los propios derechos de investigación a conocer los orígenes biológicos de procedencia que tienen aquellas personas que han nacido por técnicas de reproducción humana asistida o han sido adoptados, tanto en el ámbito nacional como en el internacional y comparado.

Este tema de estudio podemos encuadrarlo dentro de la filiación. Con carácter general, la filiación de una persona viene determinada con relación a quienes participaron biológicamente en su procreación.

Antiguamente la filiación jurídica y biológica coincidía en casi todos los casos, no obstante, la internacionalización del mundo y los avances tecnológicos han originado que cada vez haya más supuestos en los que esto no sucede. Por un lado, la globalización ha permitido que las adopciones se incrementen, en la actualidad es muy común que se produzcan adopciones internacionales. Por otro lado, desde la perspectiva tecnológica, se han producido grandes avances médicos en el ámbito de los problemas la fertilidad, incrementando en gran medida el número de niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

Este rápido avance en la sociedad y en la tecnología desencadenaron en que todas estas situaciones se encontraran sin una regulación eficiente y sin un pensamiento claro en cuanto a lo que era éticamente correcto o no. La reproducción asistida ha sido el centro de debate durante muchos años, en la actualidad, de hecho, este debate permanece, existiendo regulaciones muy distintas en función de los países, disparidad que se debe tanto a motivos culturales como religiosos.

Con este trabajo se busca realizar un estudio que permita conocer cuál es la regulación en España para estas dos situaciones, es decir, para los casos en los que se ha producido una adopción o en aquellos en los que el nacimiento se ha producido mediante una técnica de reproducción asistida. El objetivo principal es

conocer los derechos que van a tener los niños para conocer sus orígenes biológicos, lo que exige llevar a cabo un análisis de todas las partes que se ven afectadas y de sus derechos.

Para poder realizar un estudio detallado sobre lo comentado en el párrafo anterior, el presente trabajo está dividido en 8 puntos. El objetivo no es solo centrarse en si existen tales derechos o no, sino en crear un documento detallado que permita contextualizar estos derechos y razonar el por qué se ha optado por estas regulaciones. Además, también se abordan las contradicciones o problemas que puedan hallarse en la normativa vigente.

Para su elaboración me he apoyado de una gran diversidad de materiales: leyes nacionales, tratados internacionales, jurisprudencia y doctrina, tanto general como específica. Este estudio ha sido necesario para conocer la multiplicidad de interpretaciones y tratar de resolver las dudas que puede generar en muchas ocasiones la legislación, al no estar todas las situaciones posibles detalladas con precisión.

Además, he realizado una comparativa con otros países europeos con el objetivo de mostrar las distintas posiciones que se siguen manteniendo a día de hoy sobre el tema tratado. Por último, cerraré mi trabajo con una conclusión en la que expondré tanto las ideas principales como mi punto de vista sobre la situación actual en España sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos.

2. LA FILIACIÓN

2.1 CONCEPTO

La filiación, de manera simplificada, consiste en la relación biológica que une a padres e hijos. Esta relación biológica es tenida en cuenta por la ley para construir la afirmación jurídica de este hecho natural, la filiación jurídica, que constituye una institución fundamental en materia de Derecho de familia, con repercusión en el de sucesiones. Del hecho de que toda persona deba la existencia a su procreación por un hombre y una mujer deriva su filiación (biológica) respecto de sus progenitores, y también su filiación jurídica, que no es sino la expresión, para el Derecho, de aquella relación biológica.

En el Derecho español se puede decir que hay un sistema realista de filiación, pues da preferencia a que se haga coincidir la filiación jurídica con la biológica (salvo en la adoptiva, o si se utilizan técnicas de reproducción asistida). El principio sobre el que se sustenta esta concepción realista es el denominado principio de veracidad, que facilita mecanismos para la determinación judicial de la filiación de acuerdo con la verdad biológica, para ello se permite la libre investigación de la paternidad y/o maternidad, tanto en los casos en los que es desconocida como en aquellos en los que no es veraz, y permite la utilización dentro de este contexto de todo tipo de pruebas (artículos 764 y siguientes de la LEC.)¹.

Históricamente se distinguía entre los hijos según la clase de su filiación. Nuestro Código Civil, en su redacción originaria (Libro I, Título II, Paternidad y filiación) recogía tres categorías, distinguiendo a los hijos legítimos de los legitimados y de los ilegítimos, y, dentro estos últimos, entre naturales o no naturales, siendo no naturales los que nacían como consecuencia de sacrilegios o adulterios.

¹ LACRUZ MANTECÓN, M. L. (2018). *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia*. Prensa Universidad de Zaragoza. 123-127.

Entre estas tres categorías existía una gran diferencia en cuanto a sus derechos, siendo la situación más desfavorecida la de aquellos que se consideraban ilegítimos².

2.2 MARCO LEGAL

En la evolución de nuestro Derecho de familia, y tras alguna reforma de menor calado, el hito fundamental lo constituye la Constitución de 1978.

En primer lugar, el art. 14 de la CE dice lo siguiente: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Por ello, al no poder haber discriminación por nacimiento, no pueden existir varias categorías de filiación.

De acuerdo al principio constitucional de la igualdad citado en el párrafo anterior, la distinción de varias clases de hijos es meramente descriptiva y por tanto no tiene consecuencias en cuanto a derechos u obligaciones.

La filiación por tanto puede ser por naturaleza, la cual es biológica y depende del hecho biológico de una paternidad y una maternidad (se puede diferenciar entre matrimonial y no matrimonial) o por adopción, esta filiación es declarada por una decisión judicial, en la cual se prescinde del hecho biológico³.

En segundo lugar, el art. 39 de la CE, nos indica que: *“2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.” 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante*

² DIEZ PICAZO, L. (2018). *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia*. Tecnos. 1631-1665.

³ LACRUZ MANTECÓN, M. L. (2018). *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia*. Prensa Universidad de Zaragoza. 127-145.

su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

Estos derechos cuentan además con protección internacional, ya que en la medida que la vulneración de los principios recogidos en el artículo 39 CE implique una violación de los derechos contemplados en los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos resultarán de aplicación los mecanismos internacionales de denuncia y protección establecidos para la defensa de esos derechos humanos.

Generalmente (pero no siempre y en todo caso) para acudir a esos mecanismos internacionales de denuncia y protección resultará necesario agotar previamente la vía judicial interna⁴.

Además la propia CE establece las siguientes medidas de protección:

- El Defensor del Pueblo se encuentra designado, en virtud de lo establecido en el artículo 54 de la Constitución Española, como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, encuadrándose el artículo 39 de la Constitución dentro del mencionado Título I.
- El artículo 39 de la Constitución Española se integra dentro del Título I de la Constitución, prohibiéndose la adopción de Decretos-Leyes que afecten a los derechos, deberes o libertades recogidos en dicho Título I, aun en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad en los que, para la

⁴ Oficina del Alto Comisionado. (2013). *Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Folleto informativo nº7, Rev.2, 15-27.

regulación de otras materias, sí resulta procedente recurrir a los Decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución Española).

- El artículo 39 de la Constitución Española se integra dentro del Capítulo III ("De los principios rectores de la política social y económica") del Título I de la Constitución, disponiendo el artículo 53.3 de la Constitución Española que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el mencionado capítulo informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Sin embargo, dichos principios sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (artículo 53.3 de la Constitución Española).

Si acudimos al Código Civil podemos ver que también se fomenta el cumplimiento de los preceptos recogido en la Constitución Española.

- En cuanto a la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación podemos observar el art. 108 del CC, que nos indica que: *"La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código"*.
- El Código Civil recogió el principio de libre investigación de la paternidad en su art. 127, que hoy en día ha quedado vacío de contenido, pasando esta cuestión a estar regulada en al art. 767 LEC.: *"En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas"*.
- El deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio se encuentra recogido en el art. 110 del Código Civil.

- La protección integral de los hijos se refleja en el art. 154.2 del Código Civil:
“La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica”.

3. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

3.1 ASPECTOS GENERALES

En España, el derecho a la intimidad personal y familiar está reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española, que encuentra su desarrollo normativo en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

El derecho a la intimidad personal y familiar consiste en el poder de resguardar un ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida, así como poder decidir preservar la propia vida privada e impedir las injerencias de los demás sobre esa parcela ajena a la sociedad.

Este derecho puede lesionarse de numerosas maneras. No se considerarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. Por ejemplo, la autorización judicial que habilita a la policía a realizar escuchas telefónicas a terceras personas sospechosas de la comisión de un delito⁵.

A pesar de estar muy relacionadas, el derecho a la intimidad personal y el derecho a la intimidad familiar no son exactamente iguales y protegen distintos aspectos. La intimidad personal se refiere en exclusiva al individuo. La intimidad familiar, por otro lado, afecta a la persona como perteneciente a un grupo del que forma parte como consecuencia de estos vínculos familiares. Por ello, cuando el acto de intromisión se dirija al individuo individualmente se estará atentando a su intimidad personal y cuando se produzca en calidad de miembro de una familia será en el supuesto de intimidad familiar⁶.

⁵ DE TORRES SOTO, M. L. (2018). *Información genética y derecho a la intimidad* (N.º 2). 208-236.

⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., & DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). *Curso de Derecho Civil: Derecho de Familia* (5.ª ed.). Edisofer. 321-353.

Hay que considerar que el derecho a la intimidad, como todo derecho, no es absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y proporcionado para alcanzarlo y que, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (sentencia Nº 57/1994, Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Recurso de amparo 2.302/1990 1.445/1991 acumulado de 28 de Febrero de 1994)⁷.

3.2 MARCO LEGAL

El derecho a la intimidad personal y familiar goza de especial tutela, pues encuentra protección tanto en tratados de carácter internacional como en la Constitución y en las leyes españolas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos hace referencia a este derecho en el su artículo 12, indicando que el derecho a la vida privada es un derecho humano y que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar, ni podrá ser víctima de ataques a su honra o su reputación. De igual manera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 hace mención a este derecho en su artículo 17, estableciendo lo siguiente: *“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

Ya centrándonos en el Derecho Español podemos decir que se trata de un derecho que goza de una gran protección al tratarse de un derecho fundamental recogido en el artículo 18 de la Constitución Española, el cual, indica que:

⁷ Iberly. (2020, 14 agosto). *El derecho a la intimidad en el proceso penal*. [www.iberly.es. https://www.iberly.es/temas/derecho-intimidad-proceso-penal-63132](https://www.iberly.es/temas/derecho-intimidad-proceso-penal-63132)

“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Como ya se ha mencionado anteriormente, este derecho fundamental cuenta con una regulación específica que encontramos en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, cuyo artículo 1 establece que *“El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el art. 18 de la Constitución española, será protegida civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas”.*

Entre otras, podemos considerar intromisiones ilegítimas todas aquellas recogidas en el artículo 7 de esta Ley. El artículo 8 establece los supuestos excluyentes, como, por ejemplo, aquellas actuaciones recogidas en el artículo 7 cuando sean llevadas a cabo por una autoridad competente de acuerdo con la ley o predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

3.3 DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR VS DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

Es evidente que el derecho a conocer los orígenes biológicos puede chocar con el derecho a la intimidad personal y familiar. Y es que, puede producirse un conflicto de intereses entre el hijo que pretende ejercer su derecho a conocer su identidad biológica y los padres, que pueden desear seguir manteniendo su anonimato.

Habrá que analizar cada uno de los casos y ponderar los intereses en conflicto para decidir, así, cuál debe prevalecer.

Los artículos de nuestra Constitución en conflicto son:

- El artículo 39, que garantiza el derecho a libre investigación de la paternidad.
- El artículo 18, que protege el derecho a la intimidad.

Si se reconociera el derecho a la libre investigación de la paternidad, el derecho a la intimidad podría verse menoscabado porque se invade la esfera privada del sujeto que debe someterse a las pruebas; y viceversa. Todos estos problemas que se plantean han sido abordados por nuestra jurisprudencia, la cual establece que las medidas judiciales que ordenen la realización de pruebas biológicas, con base en la libre investigación de la paternidad, tienen que mantener una proporción adecuada entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral. Así pues, se deberá llevar a cabo una ponderación de estos derechos en función de las circunstancias concretas de cada caso.

De acuerdo a esto, el Tribunal Constitucional ha establecido que cuando sea justificada la realización de las pruebas biológicas no habrá vulneración de los derechos a la integridad moral y a la intimidad.

Para ilustrar lo anterior podemos acudir, por ejemplo, a la Sentencia 37/1989, de 15 de febrero del Tribunal Constitucional, que recoge lo siguiente:

“No basta para afirmar la conformidad de la decisión enjuiciada a la garantía constitucional de la intimidad personal. Es también preciso, junto a ello, que la resolución judicial se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender”⁸.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989 del 15 de febrero. Fundamento jurídico 8º.

De la Sentencia 7/1994 de 17 de enero del Tribunal Constitucional también podemos sacar el siguiente extracto que indica que no existirá vulneración de los derechos de la intimidad e integridad personal cuando exista causa justificada:

“El derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la Autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación”.

“A la luz de esta jurisprudencia constitucional, el sometimiento del varón a la práctica de la prueba biológica; lo decisivo es el sometimiento a la resolución judicial que acuerda la realización de dicha prueba, bien aceptando la propuesta de la parte en ese sentido, bien mediante diligencia para mejor proveer (arts. 566 y 340.3 LEC.). La resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, cuando reúne los requisitos delineados por nuestra jurisprudencia al interpretar los arts. 18.1 y 15 CE”⁹.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994 de 17 de enero. Fundamento jurídico 2º y 3º.

4. EL DERECHO A CONOCER LA IDENTIDAD DE LOS PADRES BIOLÓGICOS EN LA ADOPCIÓN

4.1 CONTEXTO SOCIAL DE LA ADOPCIÓN

La década de los 90 y principios del 2000 fue conocida como el boom de la adopción internacional, en España entre 1998 y 2004 las adopciones internacionales se incrementaron en un 273%, lo que dio lugar a la llegada de unos 51.000 niños procedentes de otros países. Los principales países de origen fueron China y Rusia. Ese al incremento de adopciones internacionales, las adopciones nacionales apenas aumentaron¹⁰.

Tanto los cambios jurídicos como los sociales que se han producido en algunos países de origen han frenado las adopciones internacionales de forma notable en los últimos 10 años. Esta situación ha originado que los trámites burocráticos necesarios para realizar una adopción se hayan vuelto más complejos y los periodos de espera de los padres adoptantes se hayan prolongado de manera sustancial en el tiempo.

Una decisión fundamental que deben llevar a cabo los padres adoptantes antes de iniciar el proceso de adopción es la elección del país de origen de su futuro hijo. Hay que tener en cuenta que en las adopciones internacionales aparecen dos legislaciones, por un lado la española y por el otro, la del país de origen, es por ello, que será necesario cumplir todos los requisitos y procedimientos que competen a dichas legislaciones.

Aquellos niños adoptables por extranjeros tienen que contar con certificado de adoptabilidad de carácter internacional, que es otorgado por la autoridad competente del país de adopción. Además, cada país puede exigir requisitos

¹⁰ PANIAGUA INFANTES, C. (2018). *La adopción en España: Contextos de desarrollo, ajuste y ruptura*. 6-15.

específicos para la adopción, como podría ser el caso de no permitir adopción a familiar monoparentales u homoparentales¹¹.

Hay que tener en consideración que para que pueda producirse la adopción el niño o niña ha debido experimentar una situación de abandono, maltrato, abuso u otras conductas negligentes por parte de sus padres biológicos. Pese a que esta situación tiene consecuencias negativas y pueda afectar a distintos aspectos de su desarrollo,, se ha observado que la mayor parte los niños adoptados se recuperan y acaban teniendo un desarrollo normal tras la adopción. Las familias adoptivas se convierten de este modo en un factor de protección que pueden favorecer la recuperación de los menores¹².

4.2 MARCO LEGAL PARA LA ADOPCIÓN

4.2.1 LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional surge como consecuencia de la necesidad de hacer frente al incremento que estaban experimentando este tipo de adopciones, incentivadas por las circunstancias económicas y demográficas de determinados países en la que los niños no podían encontrar un entorno propicio para su desarrollo y por el descenso de la natalidad que estaba sufriendo España.

Este aumento de adopciones constituidas en el extranjero supone un gran desafío jurídico para el legislador, ya que debe facilitar los instrumentos normativos precisos para que la adopción se produzca con las máximas garantías y respetando el interés del menor.

¹¹ LÓPEZ-MUELAS VICENTE, M. D. (2020, abril). *La adopción internacional, paralizada por la crisis generada por el Covid-19*. Abogacía Española. <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/la-adopcion-internacional-paralizada-por-la-crisis-generada-por-el-covid-19/>

¹² BAGLIETTO, C., CANTWELL, N., & DAMBACH, M. (2017). *Respondiendo a las adopciones ilegales: un manual para profesionales*, 105-120.

El objeto y finalidad de esta Ley aparece regulado en el artículo 2 e indica que su misión es *“establecer el marco jurídico y los instrumentos básicos para garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor”*.

Esta ley recoge los distintos aspectos necesarios para llevar a cabo una adopción internacional en España manteniendo las máximas garantías para el menor.

4.2.2 CÓDIGO CIVIL

La regulación de la adopción en España fue objeto de un número considerable de sucesivas reformas hasta llegar a la Ley 7/1970, de 4 de julio, con los ligeros retoques que introdujeron las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio. A pesar de la modernización que supuso la modificación del Código Civil operada en 1970 y de los buenos propósitos del legislador, ha de reconocerse que el régimen hasta ahora vigente no ha llegado a satisfacer plenamente la función social que debe cumplir esta institución, a causa de la existencia de una serie de defectos e insuficiencias normativas que la experiencia acumulada con el paso de los años ha puesto de relieve.

Se consideraba que en la legislación anterior había una falta casi absoluta de control en cuanto a las actuaciones que preceden la adopción, lo que generaba, en ocasiones, el tráfico de niños o la inadecuada selección de los adoptantes.

Esta serie de problemas ponían de relieve que no se estaba respetando el principio de primacía del interés del adoptado, el cual debe prevalecer sobre los demás intereses existentes en la adopción.

Por todo ello, el Código Civil fue objeto de modificación a través de la Ley 21/1987, la cual buscaba basar la adopción en dos principios fundamentales: su configuración como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan; y el beneficio del adoptado, que se

sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución¹³.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ha supuesto un importante hito respecto a la adopción nacional e internacional, pues fue es la encargada de introducir las exigencias en cuanto a la idoneidad de los adoptantes, que deben ser apreciadas por la Entidad pública; y además regula la adopción internacional¹⁴.

Para llevar a cabo una adopción de carácter nacional, habrá que seguir los siguientes pasos:

Las familias que quieran adoptar deberán presentar una solicitud a los Servicios de Protección de Menores de sus respectivas Comunidades Autónomas. A partir de esta solicitud pasarán a formar parte de una lista de espera para su valoración. Esta valoración se obtiene llevando a cabo una serie de entrevistas, visitas domiciliarias y presentación de documentación. Las autoridades serán las encargadas de estudiar los informes y decidir si conceden o rechazan la idoneidad de los solicitantes. Una vez hayan sido considerados como idóneos para poder adoptar pasaran a una lista de selección con el objetivo de asignarles un menor, formalizándose el Acogimiento Familiar preadoptivo. Finalmente se inicia el procedimiento de adaptación del menor al domicilio familiar y posteriormente se presenta la propuesta de adopción por la entidad pública. El juez, previa valoración de la documentación e informe del fiscal, será el encargado de dictar auto de

¹³ *“Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción”, año 1987.*

¹⁴ *“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”, año 1996.*

adopción y se realizará la inscripción en el Registro Civil, a los efectos de modificar los apellidos¹⁵.

De conformidad con el art. 175 del Código Civil, los adoptantes deben reunir los siguientes requisitos:

- Ser mayores de 25 años (basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad).
- Que la diferencia máxima de edad entre adoptado y adoptante no sea superior a 40 años (se hace la media de edad en caso de pareja).
- Haber presentado la correspondiente solicitud en el Registro de Adopciones.
- Poseer unas condiciones psicopedagógicas y socioeconómicas mínimas.

Es necesario tener en cuenta los artículos 175 y siguientes del Código Civil a la hora de conocer cuáles son los derechos y obligaciones que surgen como consecuencia de la adopción.

4.3 DERECHO DE LOS NIÑOS ADOPTADOS A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS

Abordando ya de manera directa si los niños adoptados tienen derecho a conocer sus orígenes biológicos o si prevalece el derecho de los padres biológicos a mantener su anonimato si así lo desean, la sentencia del Tribunal Supremo del 21 de septiembre de 1999 permitió disipar esta posible duda, ya que declaró que la

¹⁵ Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS). (2020, 29 mayo). *La adopción nacional (España)*. <https://www.aragon.es/-/adopcion-internacional>

legislación registral que posibilitaba la ocultación de la identificación de la madre biológica estaba derogada por inconstitucionalidad sobrevenida¹⁶.

El Encargado del Registro Civil, por tanto, tendrá que utilizar los distintos medios que encuentre a su alcance para intentar averiguar la identidad de los padres y proceder a la inscripción de la filiación; y las entidades públicas competentes en materia de protección de menores estarán obligadas a colaborar.

El saber quiénes son los padres biológicos forma parte del derecho de identidad de una persona y por ello podemos acudir al ya mencionado anteriormente artículo 39.2 de la Constitución Española y al artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que determinan que en los juicios cuyo tema de conflicto sea la filiación será admisible la investigación de la paternidad mediante todo tipo de pruebas, incluyendo entre estas, aquellas de carácter biológico.

En el Código Civil, además, se indica de manera clara en su artículo 180.6 que *“Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho. A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen”*.

Debemos tener en cuenta que el derecho a conocer la propia filiación biológica es un derecho propio de la personalidad de cada persona que no puede ser negado sin que suponga un quebranto del derecho a la identidad personal, y cuyo

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 776/1999 de 21 de septiembre.

fundamento se ha de buscar en la dignidad de la persona en alusión al artículo 10.1 de la Constitución Española¹⁷.

Observamos que se ha producido un cambio de tendencia en cuanto al reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos por parte de los niños adoptados: en un primer momento existía una preferencia por respetar los intereses de los padres que querían mantener el anonimato, mientras que en la actualidad esto no siempre es así sino que prevalece el derecho de los niños.

Por último, cabe apuntar que el cambio interpretativo y legislativo se aplica con carácter retroactivo, por lo que aquellos padres que en un principio quisieron preservar su anonimato cuando entregaron a sus hijos en adopción, ahora mismo verán que su identidad queda expuesta al requerimiento del mismo, ya que se ha entendido que la protección de la intimidad de la madre debe quedar en un segundo plano y ceder ante el derecho del hijo a conocer su identidad y su origen biológico.

Como ejemplo de aplicación de esta normativa puede citarse el fallo sobre el caso en el que una mujer nacida en 1992, tuvo que pleitear contra el Gobierno de Cantabria, hasta en dos instancias judiciales, para saber quién era su madre biológica. El resultado del fallo fue el siguiente:

“Que estimando la demanda deducida por el Procurador en nombre y representación de la actora , contra el Gobierno de Cantabria debo revocar y revoco la resolución administrativa de fecha 30 de octubre de 2017 y, en consecuencia, la demandada deberá facilitar a la actora todos los datos de que disponga acerca de sus orígenes biológicos. Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales”¹⁸.

¹⁷ MÁRQUEZ GONZÁLEZ, M. (2019, julio). *¿Debe primarse el derecho de una madre biológica a mantener secreta su identidad o el derecho de la hija a conocer su origen.* Winkels Abogados.

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander 863/2018 de 1 de abril, año 2018.

5. EL DERECHO A CONOCER LA IDENTIDAD DEL DONANTE DE GAMETOS

5.1 CONTEXTO SOCIAL

Sobre la década de los 70 comenzaron a aparecer las técnicas de reproducción asistida, lo que supuso un gran avance, ya que ofrecieron nuevas soluciones a los problemas de esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología¹⁹.

Concretamente en 1978 se produjo un hito histórico: el primer nacimiento por fecundación in vitro. Los conocimientos, el esfuerzo y la dedicación del ginecólogo Patrick Steptoe y del fisiólogo Robert Edwards (Premio Nobel de Medicina en el año 2010), unidos al deseo de tener hijos y la perseverancia en conseguirlo de Lesley y John Brown, hicieron que esto fuera posible²⁰.

En muy poco tiempo surgió tanto en España como en numerosos países Europeos la necesidad establecer una regulación para asentar las bases de este procedimiento. De hecho, España fue uno de los primeros países en aprobar una ley sobre las técnicas de reproducción asistida: la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. La aprobación de esta ley supuso un gran avance, tanto científico como clínico. Además de paliar los efectos de la esterilidad también permitió conseguir otros fines, como ayudar en investigaciones y diagnósticos.

El rápido avance científico en los últimos años, así como el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción y la necesidad de dar respuesta a los problemas relacionados con el destino de los pre-embriónes supernumerarios desencadenaron en la necesidad de realizar una reforma de la Ley 35/1988.

¹⁹ “Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, año 2006.

²⁰ BBC News. (2010, abril). *Premio Nobel de Medicina para el creador de la fecundación in vitro*.

Surgió por tanto la Ley 45/2003, por la que se modificó la Ley 35/1988. Con esta reforma no se consiguió dar respuesta a todas las exigencias existentes y generó algunos inconvenientes. Ante esta situación la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida se mostró ciertamente crítica con algunos de los aspectos de la nueva Ley e insistió en la necesidad de una nueva reforma en la mayor brevedad posible.

La Ley 14/2006 solucionó los problemas de sus antecesoras. En primer lugar, definió claramente el concepto de pre-embrión, entendido por tal al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

En cuanto a las técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse, esta nueva Ley sigue un criterio más abierto, enumera una gran variedad de las técnicas que pueden realizarse hoy en día. Por otro lado, se habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, siempre con previo informe a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica experimental de una nueva técnica. Una vez se haya constatado su evidencia científica y clínica el Gobierno podrá actualizar la lista de técnicas autorizadas mediante un Real Decreto.

Además, se ha fomentado a través de estas técnicas la búsqueda de soluciones para problemas relacionados con otras enfermedades. Y a las Comunidades Autónomas se les dotara del necesario apoyo técnico, mediante el reforzamiento del papel asesor de una única comisión, de la que forman parte representantes de las propias comunidades autónomas.

Por último, hay que destacar la creación de un Registro de actividad de los centros de reproducción asistida. En primer lugar, se consignarán los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización. Y en segundo lugar, se registrarán los datos sobre tipología de técnicas y procedimientos, tasas de éxito y otras cuestiones que sirvan para informar a los ciudadanos sobre la calidad de cada uno de los centros, que deberán hacerse públicos, al menos, una vez al año.

5.2 DERECHO DE ANONIMATO DEL DONANTE DE GAMETOS

La donación de gametos en el territorio de España es de carácter anónimo. Se ha considerado que los únicos datos del donante que tienen interés médico para los receptores de los gametos son la edad y el grupo sanguíneo. Para evitar que los receptores obtengan datos del donante, la Sociedad Española de Fertilidad recomienda que solo se permita la información a los receptores de los datos médicos necesarios, prohibiendo que se suministren otro tipo de datos de carácter personal²¹.

Si acudimos a la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida podemos observar que en su artículo 5.1 que la donación de gametos consistirá en *“un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado”*. Al tratarse de un contrato de carácter confidencial, el donante solo será conocido por el centro, que ningún caso podrá poner en conocimiento de terceras personas la realización del mismo.

Por otro lado, el primer párrafo del art. 5.5 hace hincapié en el anonimato y en el deber de confidencialidad del contrato, aclarando en este caso que bajo ningún concepto puede darse a conocer la identidad de donante, disponiendo 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”*.

En el segundo párrafo introduce una pequeña “excepción” en la cual permite a los hijos nacidos por gametos donados obtener información, sin embargo, esta es con carácter general de los donantes por lo que se sigue respetando el derecho de anonimato: *“Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales*

²¹ BALLESTEROS, A., CASTILLA, J. A., NADAL, J., & RUIZ, M. (2018). *Manifiesto de la SEF sobre la donación de gametos en España*. Sociedad Española de Fertilidad.

a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los pre-embiones”.

Finalmente, en el tercer párrafo de este art. 5.5 se establece la única excepción al anonimato del donante. Al respecto se prevé que, en circunstancias excepcionales, como es evitar un peligro o conseguir un fin legal podrá revelarse la identidad de los donantes, no obstante, esta revelación deberá tener en cualquier caso un carácter restringido y ningún caso podrá hacerse pública la identidad de los donantes ²² : *“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”.*

5.3 EL DERECHO DE LOS NACIDOS POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA A CONOCER SU ORIGEN BIOLÓGICO

En un primer momento, con la aparición de estas técnicas, existía una opinión mayoritaria favorable a garantizar el anonimato del donante; y en base a esta opinión generalizada se estableció una regulación que la respaldaba. Sin embargo, con el paso del tiempo, empezó a plantearse que esto podía resultar contrario a derechos de las personas concebidas por este método.

Como consecuencia de este pensamiento que se fue extendiendo por un gran número de países surgieron posturas que pedían un cambio. Este fue el caso del Informe Warnock en Inglaterra o la Ley sueca de Inseminación artificial.

El informe Warnock, a pesar de respetar el anonimato del donante, establecía la posibilidad de que los hijos, a partir de la mayoría de edad, pudieran conocer el

²² *“Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, año 2006.*

origen étnico y la salud genética del donante. La Ley Sueca de 1984, por otro lado, establecía que no debía ocultarse al nacido su origen real²³.

A partir de entonces, muchos países decidieron cambiar su legislación, prohibiendo el anonimato del donante. En la actualidad sigue siendo un tema muy controvertido, también en España, donde se sigue manteniendo el anonimato del donante frente a al derecho de los hijos a conocer sus orígenes biológicos.

Podemos observar por tanto que existe un choque entre dos derechos previstos en nuestra normativa: el art. 39.2 de la Constitución Española establece que *“La ley posibilitara la investigación de la paternidad”*, mientras que, como hemos comentado anteriormente, el art. 5.5 LTRH A nos indica *“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”*.

La jurisprudencia ha tratado de poner solución a este problema afirmando que el artículo 39 de la Constitución Española sólo garantiza la investigación de la paternidad cuando tenga lugar para constituir una relación o vínculo jurídico de filiación y que, por lo tanto, en el caso de las técnicas de reproducción asistida no se puede acudir al artículo 39 de la Constitución Española para fundamentar el derecho a conocer al progenitor. Sin embargo, y en contra de ese argumento, hay que tener en cuenta que, en el momento en que se elaboró la Constitución el constituyente no pensó en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida porque la tecnología no estaba tan avanzada como para que se utilizara ese tipo de técnicas de forma tan común, por lo que esa argumentación resulta actualmente insuficiente²⁴.

²³ Comisión para el Estudio de la Fertilización Humana y la Embriología,. (1984). *Informe Warnock*.

²⁴ BARBER CÁRCAMO, R. (2010). *Reproducción asistida y determinación de la filiación*.
<https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/4065>

Cabe detenerse en la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999 de 17 de junio, que expuso lo siguiente en defensa del anonimato del donante:

“La Constitución ordena al legislador que posibilite la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que la desaconsejen, de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva, la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el art. 39.2 C.E., en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad. No es éste el caso de la previsión contenida en el art. 5.5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución”²⁵.

Podemos concluir, con base en la situación normativa y jurisprudencial actual que, en España, por el momento, no existe derecho a conocer el origen biológico por aquellas personas que han nacido como consecuencia de una donación de gametos. No obstante, nos encontramos en un panorama que parece ir encaminado a posibles cambios.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1999, de 17 de junio, año 1999.

5.4 ARGUMENTOS A FAVOR DEL ANONIMATO DEL DONANTE

En un panorama actual en el que se está barajando la posibilidad de un cambio en la legislación para acabar con el anonimato del donante de gametos, han surgido una gran cantidad de posturas contrarias, que defienden las siguientes ideas:

- **Favorecer el mantenimiento o aumento de donantes:**

Ha quedado comprobado que si se produce la eliminación de la donación con carácter anónimo el número de donantes disminuiría drásticamente, dado que muchas personas tendrían temor de que se les exija en el futuro algún tipo de responsabilidad. De hecho, en países de la Unión Europea en los que ya se ha eliminado el anonimato del donante se ha producido un marcado descenso en el número de donantes, además el perfil de donante que queda es de más edad, ya casado y con hijos, lo que implica un mayor porcentaje de anomalías congénitas. También se constata que quienes así donan, normalmente están más deseosos de tener una mayor relación con el niño así concebido, con lo que puede suponer una mayor interferencia en la familia²⁶.

- **Evitar conflictos de responsabilidad:**

Otra cuestión controvertida, que apoya el mantenimiento del anonimato para los donantes, es la posibilidad de que se originen reclamaciones de paternidad de los hijos hacia sus padres biológicos.

En el caso de las técnicas de reproducción asistida, la paternidad se resuelve siguiendo un criterio formal: deriva de haberla aceptado

²⁶ MUÑOZ, M., CUEVAS, I., MATARO, D., ABELLAN-GARCÍA, F., ROCA, M., DE LA FUENTE, A., NUÑEZ, R., & IBORRA, D. (2019). *Documento Sobre Posicionamiento de la Sociedad Española de Fertilidad Respecto de la Regla del Anonimato en las Donaciones de Gametos*. Fase 20.

previamente y por escrito. Tras siglos luchando porque el padre biológico ejerciera como tal, incluso consiguiendo la investigación de la paternidad, se pasa de un criterio de paternidad material a un criterio de paternidad formal.

- **Mantener las empresas de fertilidad y la demanda de esta:**

Hay que tener en consideración que, a pesar de tratarse de técnicas y métodos médicos que ayudan a mucha gente a solucionar un gran problema tanto a nivel físico como psicológico, la aplicación de estos métodos tienen un componente lucrativo y por tanto son un negocio.

El eliminar el anonimato del donante supondría una gran disminución de donantes, lo que impediría hacer frente a una demanda cada vez más creciente. Hay un incremento en la demanda de tratamientos que, desde el punto de vista clínico y social (mujeres sin pareja y parejas de mujeres homosexuales), requieren el uso de gametos o embriones donados, de lo que se deriva la importancia de preservar el modelo vigente en España que permite atender esas necesidades de manera satisfactoria²⁷.

- **Evitar problemas psicológicos:**

En base a distintas investigaciones, se ha observado que el conocer la identidad de los donantes y revelarlo puede tener consecuencias negativas en los hijos. Estas consecuencias pueden ser desconfianza familiar, sentirse distinto a otros miembros de la familia, etc.²⁸.

²⁷ CRA Barcelona. (2019). *10 razones de la SEF para mantener en anonimato en la donación de gametos (N.º 2)*. <https://www.cra.barcelona/razones-de-la-sef-para-mantener-el-anonimato-en-la-donacion-de-gametos/>

²⁸ QUESADA GONZÁLEZ, M. C. (1994). *El derecho a conocer el propio origen biológico*. Eunate.

- **Perspectiva de los padres:**

En las investigaciones para saber la opinión de los padres, manifestaron en su gran mayoría que no querían revelar la forma en la que habían sido concebidos sus hijos, ya que consideraban que era una cuestión personal que pertenecía a su intimidad y privacidad. Igualmente, opinaban que comunicarlo a sus hijos iría en contra de su bienestar e interés.

Este argumento iría mas encaminado, por tanto, a salvaguardar los intereses de los padres y no de los niños²⁹.

- **Prestigio actual de España en esta materia:**

Los datos del Registro Nacional de Actividad 2017 (Registro SEF), comparados con los de otros países europeos de nuestro entorno, ponen de relieve el liderazgo de España en la realización de tratamientos de reproducción asistida con donación de gametos y embriones, lo que permite atender las necesidades clínicas de la población española que los precisa para tener descendencia³⁰.

- **La donación de gametos no es comparable con la adopción:**

Es 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, que no es parte de su biografía, al contrario de lo que sucede en los casos de adopción y acogida, donde el niño normalmente ha convivido de inicio con personas distintas a sus padres

²⁹ IGARDE GONZÁLEZ, N. (2014). *Derechos y Libertades*. Torrossa. 227-249.

³⁰ Sociedad Española de fertilidad. (2017). *Registro Nacional de Actividad 2017-Registro SEF; Informe estadístico de Técnicas de Reproducción Asistida 2017* (N.º 3). https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/pdf/Informe_estadisticoSEF_2017.pdf

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 y es inexistente respecto del donante de gametos³¹.

5.5 ARGUMENTOS EN CONTRA DEL ANONIMATO DEL DONANTE

También existen una gran cantidad de argumentos favorables a eliminar el anonimato del donante. Mientras que en el apartado anterior, se defendían principalmente los intereses tanto de los donantes como de los padres e incluso de las instituciones u empresas encargadas de llevar a cabo la reproducción asistida, la perspectiva que defiende la eliminación del anonimato del donante se centra principalmente en defender los interés del niño, ya que se considera que el derecho a conocer los orígenes biológicos debe ser primordial y estar por delante de los derechos tanto de sus padres como del donante o de las instituciones. Así, las ideas que defienden la eliminación del anonimato son las siguientes³²:

- **Problemas psicológicos derivados de una averiguación ajena a los padres:**

Se ha demostrado que en los casos en los que los niños nacidos por estos métodos han descubierto no por sus padres, sino por ellos mismos o por otras personas ajenas a la relación familiar que sus padres no lo eran en términos biológicos, sino que han sido concebidas gracias a terceras personas, pueden sufrir un mayor impacto a nivel psicológico.

³¹ CRA Barcelona. (2019). *10 razones de la SEF para mantener en anonimato en la donación de gametos (N.º 2)*. <https://www.cra.barcelona/razones-de-la-sef-para-mantener-el-anonimato-en-la-donacion-de-gametos/>

³² PAREJA SELVA, L. (2017). *Problemas bioéticos del anonimato vs anonimato en la donación de gametos para la reproducción humana asistida*. Asebir. <https://revista.asebir.com/problemas-bioeticos-del-anonimato-vs-no-anonimato-en-la-donacion-de-gametos-para-la-reproduccion-humana-asistida/>

- **Derecho y no una obligación:**

Es necesario considerar que se trata de un derecho, es decir, el hijo tendría la posibilidad de conocer al que fue donante, no obstante, en ningún caso estaría obligado a ello³³.

- **No crea obligaciones para los progenitores biológicos:**

El hecho de que una persona decida ejercer sus derechos y conocer la identidad de los progenitores biológicos no implica en ningún caso que generen obligaciones para estos, como sería una pensión alimenticia u otras responsabilidades parentales.

El artículo 8.3 LTRA dispone que el conocimiento de la identidad del donante, en los casos excepcionales, no implicará la determinación de la filiación, lo que significa que no se le podrá atribuir al donante ningún tipo de responsabilidad jurídica. Entre donante e hijo sólo existiría una vinculación genética, sin que eso de lugar a una vinculación de parentesco, con las consiguiente responsabilidades.

- **Necesidad humana de conocer la propia identidad:**

La necesidad de conocer los orígenes biológicos propios es algo innato en el ser humano y esta necesidad no debería ser coartada. Además, el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad habría de estar por encima del derecho de los padres a proteger su intimidad, por lo que en caso de conflicto el primero debería prevalecer. Al ocultar la verdad biológica la única víctima es el hijo, y eso no es admisible, más aun cuando instrumentos internacionales protegen al máximo nivel los intereses de los hijos.

³³ IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2014). *Problemas bioéticos del anonimato vs anonimato en la donación de gametos para la reproducción humana asistida*. Revista Bioética y Derecho. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872016000300006

6. EL DERECHO COMPARADO EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO.

6.1 REINO UNIDO

En Reino Unido las normas que regulaban el uso de las técnicas de reproducción asistida se encontraban recogidas en la *-Human Fertilisation and Embryology Act 1990-*.

La sección 37 regulaba el registro de la información relativa al donante. El apartado quinto establecía que la autoridad competente no podía dar información acerca del donante cuyos gametos fueron utilizados, es decir, tenía la obligación de mantener la confidencialidad de estos datos.

El progresivo avance de las investigaciones en este ámbito llevó consigo una serie de adaptaciones legislativas. En 2004, las autoridades británicas en materia de fertilidad humana y embrionaria, a través del *-Human Fertilisation and Embryology Authority-* permitieron al hijo del donante conocer la identidad de su progenitor una vez alcanzada la mayoría de edad.

Con esta modificación cualquier donante, ya fuera de óvulos, espermias o embriones sería identificable y posteriormente podría ser conocido por aquella persona que hubiera nacido como consecuencia de esa donación una vez cumplida su mayoría de edad.

Para conocer la identidad del donante de gametos deberá solicitarse esta información a la *-The Human Fertilisation and Embryology Authority-* no obstante, este derecho solo corresponde al hijo biológico. En ningún caso podrá reclamar derechos de tipo legal o económico.

6.2 FRANCIA

Con la llegada de la donación de gametos, Francia optó por regular esta materia

jurídicamente de manera similar a la donación de sangre. Con el paso del tiempo y con el avance del conocimiento sobre esta materia, se comenzó a cambiar el pensamiento sobre este tipo de donación y a verse desde otra perspectiva, considerando que no se trataban de donaciones para nada similares, surgiendo de esta manera la necesidad de cambiar su regulación. Un punto de inflexión fue que en este tipo de donaciones se veían afectadas tres partes: donante, receptor y el futuro hijo nacido de esta donación.

A pesar de modificaciones en su regulación, el anonimato del donante se mantiene. La identidad del donante solo podrá ser desvelada en casos excepcionales. La última modificación que la *-Loi de bioéthique-* (Ley de Bioética Francesa) sufrió fue el 7 de julio de 2011, estableciendo que la donación tiene que ser voluntaria, anónima y gratuita.

6.3 ITALIA

En Italia podemos encontrar una de las legislaciones en materia de reproducción asistida más restrictivas de toda Europa. Se encuentra regulada en la *Legge 19 febbraio 2004, n. 40 -Norme in materia di procreazione medicalmente assistita-* (Ley italiana de reproducción médicamente asistida de 19 de febrero de 2004.). Esta ley ha sido centro de debate desde que entró en vigor.

La cultura italiana, se sigue mostrando muy reacia a este tipo de técnicas. La ley surgió como un último recurso contra problemas de esterilidad, además, no se podrá llevar a cabo este procedimiento ni por parejas homosexuales ni por madres solteras.

De lo anterior, se establece que la reproducción asistida solo podrá realizarse por parejas de distinto sexo, estables o casadas, mayores de edad y potencialmente fértiles. Además, ambos miembros deben estar vivos, lo que supone la prohibición de la fecundación *post mortem*³⁴.

³⁴ CORN, E. (2015). La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga. *Bioética y Derecho*, 35, 15-32. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300003

El artículo 6 de la - *Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*- elimina el problema del anonimato del donante de gametos, ya que únicamente se permite el uso de gametos de la pareja, excluyendo a los donantes, motivo por el cual la paternidad legal se corresponde con la biológica.

En los últimos años se han producido modificaciones que han hecho un poco más permisiva esta ley. Entre estas modificaciones, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la norma que establece la prohibición de utilizar donantes externos con la finalidad de superar la infertilidad. Con ello, la Corte ha reconocido el derecho de todos los ciudadanos a ejercer la maternidad o paternidad, con independencia de que el hijo haya sido concebido por la pareja o gracias a un donante³⁵.

Con la posibilidad del donante ajeno surge de nuevo el debate acerca del anonimato del donante de gametos, manteniéndose por el momento dicho anonimato.

6.4 PORTUGAL

Portugal promulgó su primera ley sobre reproducción asistida el 26 de julio de 2006. Con esta ley se ponía fin a la gran laguna legal que existía hasta entonces y que tenía unas consecuencias nefastas para la resolución de problemas de infertilidad. Durante todo este tiempo habían sido las clínicas especializadas las que reglamentaban estas materias, con el único límite de respetar las normas del ordenamiento jurídico portugués, en especial los preceptos sobre filiación y determinación de la paternidad y maternidad, las disposiciones relativas a los contratos legalmente admisibles y alguna normativa de tipo penal.

Cuando surgió esta ley sobre la identidad de los donantes, la técnica reproductiva permanecía con carácter confidencial, por lo que el certificado de nacimiento no

³⁵ ORDAZ, P. (2014). *La fecundación con donante externo se abre paso en Italia*. El País.

debía contener ninguna indicación sobre este aspecto. Esta información quedaba protegida por la ley de protección de datos personales. No obstante, se permitía que las personas nacidas por estos medios pudieran obtener información sobre sus progenitores biológicos, como sus datos genéticos y otras informaciones relevantes a efectos de impedimentos matrimoniales, excluyendo la identificación, solo permitida, en casos de especial necesidad³⁶.

Con la Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués, de 24 de abril de 2018, se entiende que el anonimato en la donación de gametos, tanto para procesos de maternidad subrogada como para tratamientos de reproducción asistida, no está permitido. Es decir que en ambos casos los pacientes deben poder conocer la identidad de los donantes si ese es su deseo.

6.5 SUECIA

Suecia fue el primer país del mundo en permitir que los hijos nacidos mediante estas técnicas tuvieran derecho a conocer a su padre biológico cuando cumplieran 18 años de edad, a través de la Ley de Inseminación artificial número 1140/1984 de 20 de diciembre 1984. Esta decisión supuso un gran cambio y despertó una gran polémica entre médicos y juristas, ya que hasta entonces la regla general había sido la de priorizar el anonimato del donante, sin apenas darle importancia al posible derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos. Una gran parte del sector médico consideró que esta nueva norma podría dar lugar al fin de la inseminación artificial.

En la actualidad se mantiene el derecho que se otorgó en la regulación de 1984, es decir, se permite a los nacidos mediante estas técnicas conocer a sus padres biológicos³⁷.

³⁶ RAPOSO, V. L. (2007). La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, 8-12.

³⁷ LÓPEZ, M. (2017). *El derecho a conocer al donante de gametos*. 47-59.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA -

- En el sistema español no existen distintas categorías de filiación en lo que a derechos y obligaciones se refiere, esto indica que todos los hijos son iguales ante la ley independientemente de si fueron concebidos de manera biológica o por adopción. De esta idea debería considerarse que absolutamente todos los hijos han de tener siempre los mismos derechos, sin excepción. Tanto la Constitución Española como el Código Civil regulan ciertos derechos relacionados con la filiación, como es el caso de los artículos 14 y 39 de la Constitución Española, 108, 110 o 154.2 del Código Civil o 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDA -

- El derecho a la intimidad personal y familiar es regulado tanto en Tratados Internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, etc) como en la Constitución Española y en la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Debemos distinguir que el derecho a la intimidad personal, que se refiere en exclusiva al individuo; y el derecho a la intimidad familiar, que afecta a la persona como perteneciente a un grupo del que forma parte como consecuencia de estos vínculos familiares. Es importante establecer que el derecho a la intimidad puede ceder ante otros derechos que se consideren más relevantes.

TERCERA -

- Para solucionar el posible conflicto de intereses existente entre el derecho a la intimidad personal y el derecho a conocer los orígenes biológicos podemos observar como el Tribunal Constitucional ha indicado que cuando sea justificada la realización de las pruebas biológicas no habrá vulneración de los derechos a la integridad moral y a la intimidad.

CUARTA -

- El derecho a conocer la propia filiación biológica es un derecho de la personalidad de cada persona que no puede ser negado sin que suponga un quebranto del derecho a la identidad personal. Se debe buscar su fundamento en la dignidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución Española).

QUINTA -

- El derecho al anonimato del donante de gametos esta garantizado por el artículo 5.1 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, por lo que el niño que nazca de este procedimiento no tendrá derecho a conocer a su padre biológico.

SEXTA -

- El derecho de los nacidos por técnicas de reproducción asistida a conocer sus orígenes biológicos ha prosperado en algunos países europeos como es el caso de Suecia, Austria o Reino Unido. En España, sin embargo, se sigue manteniendo el anonimato del donante.

SEPTIMA -

- Podemos observar que en España, por tanto, en el caso de la adopción se protege el interés del niño, mientras que en las técnicas de reproducción humana asistida se protege el interés del donante. Esto último choca con distintos preceptos constitucionales, como son el artículo 10, 9, 14 15 y 39.

8. BIBLIOGRAFÍA

- LACRUZ MANTECÓN, M. L. (2018). *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia*. Prensa Universidad de Zaragoza. 123-145.
- DIEZ PICAZO, L. (2018). *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia*. Tecnos. 1631-1665.
- Oficina del Alto Comisionado. (2013). *Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Folleto informativo nº7, Rev.2, 15-27.
- DE TORRES SOTO, M. L. (2018). *Información genética y derecho a la intimidad* (N.º 2). 208-236.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., Pérez Álvarez, M. A., & de Pablo Contreras, P. (2016). *Curso de Derecho Civil: Derecho de Familia* (5.ª ed.). Edisofer. 321-353.
- Iberly. (2020, 14 agosto). *El derecho a la intimidad en el proceso penal*. www.iberly.es. <https://www.iberley.es/temas/derecho-intimidad-proceso-penal-63132>
- PANIAGUA INFANTES, C. (2018). *La adopción en España: Contextos de desarrollo, ajuste y ruptura*. 6-15.
- LÓPEZ-MUELAS VICENTE, M. D. (2020, abril). *La adopción internacional, paralizada por la crisis generada por el Covid-19*. Abogacía Española. <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/la-adopcion-internacional-paralizada-por-la-crisis-generada-por-el-covid-19/>
- BAGLIETTO, C., CANTWELL, N., & DAMBACH, M. (2017). *Respondiendo a las adopciones ilegales: un manual para profesionales*, 105-120.
- Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS). (2020, 29 mayo). *La adopción nacional (España)*. <https://www.aragon.es/-/adopcion-internacional>
- MARQUÉZ GONZÁLEZ, M. (2019, julio). *¿Debe primarse el derecho de una madre biológica a mantener secreta su identidad o el derecho de la hija a conocer su origen*. Winkels Abogados.
- BBC News. (2010, abril). *Premio Nobel de Medicina para el creador de la fecundación in vitro*.

- BALLESTEROS, A., CASTILLA, J. A., NADAL, J., & RUIZ, M. (2018). *Manifiesto de la SEF sobre la donación de gametos en España*. Sociedad Española de Fertilidad.
- Comisión para el Estudio de la Fertilización Humana y la Embriología, (1984). *Informe Warnock*.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2010). *Reproducción asistida y determinación de la filiación*.
<https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/4065>
- MUÑOZ, M., CUEVAS, I., MATARO, D., ABELLAB-GARCÍA, F., ROCA, M., DE LA FUENTE, A., NUÑEZ, R., & IBORRA, D. (2019). *Documento Sobre Posicionamiento de la Sociedad Española de Fertilidad Respecto de la Regla del Anonimato en las Donaciones de Gametos*. Fase 20.
- QUESADA GONZÁLEZ, M. C. (1994). *El derecho a conocer el propio origen biológico*. Eunate.
- IGARDE GONZÁLEZ, N. (2014). *Derechos y Libertades*. Torrossa. 227-249.
- Sociedad Española de fertilidad. (2017). *Registro Nacional de Actividad 2017-Registro SEF; Informe estadístico de Técnicas de Reproducción Asistida 2017* (N.º 3).
https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/pdf/Informe_estadisticoSEF_2017.pdf
- CRA Barcelona. (2019). *10 razones de la SEF para mantener en anonimato en la donación de gametos* (N.º 2). <https://www.cra.barcelona/razones-de-la-sef-para-mantener-el-anonimato-en-la-donacion-de-gametos/>
- PAREJA SELVA, L. (2017). *Problemas bioéticos del anonimato vs anonimato en la donación de gametos para la reproducción humana asistida*. Asebir.
<https://revista.asebir.com/problemas-bioeticos-del-anonimato-vs-no-anonimato-en-la-donacion-de-gametos-para-la-reproduccion-humana-asistida/>
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2014). *Problemas bioéticos del anonimato vs anonimato en la donación de gametos para la reproducción humana asistida*. *Revista Bioética y Derecho*.
http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872016000300006
- CORN, E. (2015). *La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga*. *Bioética y Derecho*, 35, 15-32.
http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300003

- ORDAZ, P. (2014). *La fecundación con donante externo se abre paso en Italia*. El País.
- RAPOSO, V. L. (2007). La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, 8-12.
- LÓPEZ PELÁEZ, M. (2017). *El derecho a conocer al donante de gametos*. 47-59.