

## **Las técnicas de reproducción asistida y el derecho del niño a conocer su propio origen biológico en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Aránzazu Novales Alquézar  
*Universidad De Zaragoza*

**Abstract:-** *Entre los derechos del hijo que pueden quedar afectados por la utilización de las técnicas de reproducción asistida, al poder verse menoscabados frente a los intereses antagónicos de los padres o de los terceros involucrados en la utilización de las mismas, se encuentra el derecho a conocer su propio origen biológico. La posibilidad del hijo de conocer su procedencia biológica se encuentra directamente relacionada con la preservación del anonimato del donante ya que, lógicamente, si se admite el derecho del hijo para investigar su verdadera filiación biológica, no cabe hablar de anonimato o, al menos, no de uno absoluto. En este artículo se analiza el contenido del derecho del hijo a conocer su origen biológico. Y se reflexiona sobre los argumentos para defender o refutar la conveniencia del anonimato de los donantes de gametos. En estos conflictos de intereses, defiende que el interés superior del menor exige anteponer al respeto al anonimato de los donantes y su derecho a la intimidad, el derecho del hijo a conocer toda la verdad acerca de su identidad con el objeto de hacer efectiva la tutela de sus derechos fundamentales, dada su vulnerabilidad y su incapacidad para defender sus propios derechos por sí mismos. Esta eliminación del anonimato se está instaurando, en los últimos años, en las legislaciones más avanzadas.*

**Keywords:** *Reproducción Asistida, Interés Superior Del Menor, Anonimato Del Donante, Derechos Del Niño, Derechos Humanos*

---

### **I. INTRODUCCIÓN**

En los conflictos de intereses que puedan suscitarse con motivo de la utilización de las nuevas técnicas de reproducción asistida, creemos que es el interés del hijo el que debe primar, con el objeto de hacer efectiva la tutela de sus derechos fundamentales, dada su vulnerabilidad y su incapacidad para defender sus propios derechos por sí mismos y por encima de los intereses de las demás personas involucradas. Varios derechos o intereses del hijo pueden quedar afectados por la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida, al poder verse menoscabados frente a los intereses antagónicos de los padres o de los terceros involucrados en la utilización de las mismas, en concreto: a) el derecho a conocer el propio origen biológico; b) el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; o c) el derecho a nacer y crecer dentro de una familia. Este artículo analiza el contenido y el nivel de protección del primero en Europa; en particular, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Tras la discusión acerca de los argumentos a favor y en contra de proteger el anonimato de los donantes de gametos se concluye con las razones que hacen conveniente eliminar este anonimato en el futuro ante la avalancha de acciones judiciales que se va a observar a medida que crezcan los menores nacidos como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida heterólogas, porque es claro que los concebidos con gametos de donantes cada vez más articularán sus intereses de conocer acerca del donante frecuentemente afirmando un derecho a conocer su propia identidad.

### **II. EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS**

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDH) es el instrumento normativo más representativo de la doctrina de la protección integral. En ella se plasmó el convencimiento mundial de que los niños son titulares de los derechos humanos que se les reconocen también a los adultos y además, de otros propios de su condición de tales. De la Convención, y en relación con el tema de las Técnicas de Reproducción Asistida, es relevante destacar dos principios: 1. El profundo respeto de sus normas hacia la relación niño-

familia, limitando la intervención del estado a una de carácter subsidiaria<sup>1</sup>. 2. El concepto del *interés superior del niño* consagrado en el artículo 3<sup>2</sup>. La relación entre el primer y el segundo principio es estrecha, ya que los padres, primeros responsables de la educación y crianza de los niños, deben ejercer sus atribuciones bajo el criterio general del *interés superior del niño* (art. 18.1). Sin embargo, y pese a la finalidad de la Convención de colaborar en la protección efectiva de los derechos del niño mediante la consagración del principio del interés superior, la determinación del contenido del mismo no ha sido una cuestión pacífica. Desde una perspectiva garantista, el principio remite directamente al catálogo de derechos contemplados en la propia Convención obligando tanto al poder público como a los entes privados a respetarlos. Especial importancia adquirirá entonces el interés superior como garantía en aquellos casos en que exista colisión de derechos de un niño y de un adulto, actuando como principio hermenéutico<sup>3</sup>. Por otra parte, parece no haber desacuerdo en que tanto en las decisiones legislativas, como en las administrativas y judiciales en las que se vean implicados menores de edad o niños<sup>4</sup>, en los términos de la Convención de Derechos del Niño, el interés de éste debe ser considerado con particular relevancia. La Convención de Nueva York lo expresa claramente: En todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el *interés superior del niño*. No discutiremos aquí en qué consiste específicamente este interés superior del menor, pero parece indisputable que el mandato imperativo de la Convención contiene, como resalta Corral Talciani, al menos dos partes: a) la de identificar cuál sea el *interés superior del niño*, y b) resolver o adoptar las medidas ateniendo a él de manera primordial, es decir, de alguna forma, privilegiada<sup>5</sup>.

### III. EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO

Entre los diversos intereses en conflicto presentes en las técnicas de reproducción asistida heterólogas, encontramos por una parte la salvaguarda de la intimidad familiar y el anonimato de los donantes de gametos y, por otra, el derecho de toda persona (incluidos los nacidos a través de estas técnicas) a conocer el propio origen o ascendencia biológica. La doctrina española incluye este derecho en los llamados “derechos de la personalidad”<sup>6</sup>, y ocupa un lugar destacado dentro de su categorización pues su fundamento último se encuentra en la dignidad de la persona y el deber que tiene el Estado de crear las condiciones para el libre desarrollo de la personalidad de las personas, pues estamos hablando de fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10 de la Constitución española).

En este sentido, de acuerdo con Quesada González<sup>7</sup>, puede distinguirse en cuanto al contenido del derecho a conocer el propio origen biológico: 1. El poder jurídico que tiene toda persona para reclamar ante los tribunales su verdadera filiación, o bien para impugnar la que ostenta, para luego investigar y determinar la verdadera, de manera de poder exigir todos los derechos que ello conlleva (personales y patrimoniales). 2. Los límites que necesariamente debe reconocer este derecho (como todo derecho en general), consistentes en respetar derechos y posiciones jurídicas subjetivas de otras personas, como el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar; o bien principios jurídicos fundamentales como el de la seguridad jurídica.

Por lo demás, y esto es de extraordinario interés jurídico y filosófico, el principio de la verdad biológica muestra que la ley asume que es mejor la verdad que la mentira<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> M. Cillero Brunol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Justicia y derechos del niño*, UNICEF, 1999, p. 51.

<sup>2</sup> “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” artículo 3.1.

<sup>3</sup> S. Turner Saelzer (*et al.*), “Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo”, *Revista de Derecho*, Vol. XI, Valdivia, Universidad Austral de Chile, diciembre 2000, pp. 13-14.

<sup>4</sup> Según la Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

<sup>5</sup> H. Corral Talciani, “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista Ius et Praxis*, año 16, n° 2, 2010, pp. 57-88.

<sup>6</sup> M. C. Quesada González, “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1994, vol. 47, n° 2, pp. 239 a 244, en concreto, p. 253.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> H. Corral Talciani (n. 5), pp. 57 – 88: “Pareciera, en consecuencia, que el principio de verdad biológica es valorado no sólo como una expresión del principio de protección al hijo (*favor filii*) sino como una pauta normativa que interesa a toda la regulación de la filiación, con todos sus involucrados: padres e hijos. En suma, el principio de verdad biológica es considerado un elemento que favorece una mejor organización y desarrollo de los lazos familiares que se generan por la filiación. En el fondo, la ley asume que la verdad, incluso aunque inesperada y a veces dura, es mejor que la falsedad y la mentira en la regulación de la familia: *verita libera nos* (la verdad nos hará libres). Con lo anterior no pretendemos negar que en una gran parte de los casos el principio de verdad biológica tiene por beneficiario al hijo. Es a éste a quien le interesa conocer quiénes son sus verdaderos progenitores y ello no sólo por la necesidad de reclamar de éstos los deberes de afecto y ayuda material conectados a la paternidad o maternidad, sino también porque él puede reconocerse y determinarse como individuo humano singular y único. La pregunta ¿de dónde vengo?, ¿cuál es mi historia?, se presentan como fundamentales para la construcción de una

En general, en el ámbito europeo, el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que el derecho a la identidad forma parte del núcleo duro del derecho al respeto a la vida privada sancionado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>9</sup>, y que en él se contiene el derecho al acceso al expediente confidencial de un niño que ha sido colocado en la asistencia pública desde su temprana infancia<sup>10</sup> o a obtener información necesaria para el descubrimiento de la verdad concerniente a un aspecto importante de su identidad personal como lo es la identidad de sus progenitores<sup>11</sup>. El Tribunal entiende que el derecho a conocer la identidad de los propios ascendientes se incluye en el concepto de “vida privada” del artículo 8 de la Convención. La Recomendación 1443, de 26 de enero de 2000, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, para un respeto de los derechos del niño en la adopción internacional, contiene una invitación a los Estados para asegurar el derecho del niño adoptado a conocer sus orígenes a más tardar a su mayoría de edad y a eliminar de sus legislaciones nacionales toda disposición en contrario. La Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección de los niños y cooperación en materia de adopción internacional, dispone que las autoridades competentes del Estado contratante velarán por conservar las informaciones sobre los orígenes del niño, especialmente las relativas a la identidad de su madre y padre, así como los datos sobre el pasado médico del hijo y de su familia. Se asegura así el acceso del hijo o de su representante a esta información con los consejos apropiados, en la medida permitida por la ley de su Estado (art. 30).

En todas estas normas e interpretaciones jurisprudenciales puede apreciarse que se reconoce un derecho a la identidad, que parte por el nombre pero se desarrolla hasta las relaciones familiares y, concretamente, al derecho del niño a conocer la identidad de sus padres o progenitores biológicos, en la medida de lo posible. También surge un deber para el Estado de respetar esta identidad y de prestar asistencia y protección apropiadas para restablecer dicha identidad en caso de que sea afectada de algún modo. Entendemos que dentro de esas medidas está el acceso a la justicia y la posibilidad de determinar la verdadera identidad de los progenitores<sup>12</sup>. En España, en base a la Constitución<sup>13</sup> puede decirse que “el derecho al conocimiento de la verdadera filiación entraña la realización de principios constitucionales fundamentales, puesto que dignifica a la persona y contribuye a lograr el libre desarrollo de la personalidad, normalmente desde una doble perspectiva: material y espiritual”<sup>14</sup>. Uno de los elementos que incluye la dignidad de la persona es su derecho a identificarse y conocer el propio origen, saber de donde viene uno forma parte de este derecho. Por lo que negar a una persona la posibilidad de conocer su origen va contra su dignidad e impide el pleno y correcto desarrollo de su personalidad<sup>15</sup>. En el mismo sentido se manifiesta Rivero que señala que “esta es una cuestión que habría que llevar incluso al terreno de los derechos de la personalidad. En rigor, el derecho a la identidad está estrechamente ligado a la dignidad humana, piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales”<sup>16</sup>. Los derechos de la personalidad son derechos fundamentales que corresponden a la persona porque son parte de su esencia, son innatos y su ejercicio efectivo contribuye al desarrollo integral de la persona<sup>17</sup>.

El problema de admitir o no la posibilidad de conocer el propio origen biológico cobra especial importancia en relación con la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción asistida, en las cuales pueden llegar a distinguirse, al menos, una paternidad social y otra biológica, especialmente cuando la técnica implica la donación de gametos por parte de un tercero. Para estos efectos, se entiende por donante a aquella persona, hombre o mujer, que proporciona el material genético necesario para proceder a las inseminaciones artificiales con donante o *in vitro*<sup>18</sup>.

---

personalidad psicológicamente sana. De allí que rápidamente se haya conectado el principio de verdad biológica, como un derecho del hijo, y más específicamente, del hijo a construir su propia identidad. El principio asume entonces la característica de un derecho humano, derecho fundamental o derecho de la personalidad tutelado por instrumentos jurídicos de alto rango: tratados internacionales y constituciones”.

<sup>9</sup> En la STEDH Caso *Pretty c. Reino Unido* (núm. 2346/02), de 29 de Abril de 2002, FJ 61, el Tribunal sostuvo que el concepto de “vida privada” comprendía la integridad física y psicológica de la persona, incluso aspectos como la identidad física y social del individuo.

<sup>10</sup> STEDH Caso *Caskin c. Reino Unido* (serie A No. 160), de 7 de julio de 1989.

<sup>11</sup> Otro caso en que también se trató el derecho a conocer los orígenes se juzgó en STEDH *Mikulic c. Croacia*, (núm. 53176/99), de 7 de Febrero de 2002, FJ 54 y 64.

<sup>12</sup> Vid. H. Corral Talciani (n. 5), pp. 57 – 88. Sobre las implicaciones del derecho a la identidad respecto del niño, puede verse N. Lloverás, “La identidad personal: lo dinámico y lo estático en los derechos del niño”, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia* n° 13, 1998, pp. 65-84.

<sup>13</sup> El art. 10.1 de la Constitución española prescribe: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

<sup>14</sup> M. C. Quesada González (n. 6), p. 253.

<sup>15</sup> A. C. Soler Beltrán, “La cuestión del anonimato del donante de gameto (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida)”, *Artículos doctrinales: Derecho civil*, 2002, pp. 1 - 8, p. 6.

<sup>16</sup> F. Rivero Hernández, “La filiación en Cataluña en el momento actual”, *Temas de Dret Civil català*, Quaderns de Ciències Socials, núm. 6, 1984, p. 143.

<sup>17</sup> L. Rebollo Delgado, *Constitución y técnicas de reproducción asistida*, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, 2000, n° 16, pp. 97-138, p. 108.

<sup>18</sup> E. Roca Trías, “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, en *II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, p. 43.

La posibilidad del hijo de conocer su procedencia biológica se encuentra directamente relacionada con la preservación del anonimato del donante, ya que lógicamente, si se admite el derecho del hijo para investigar su verdadera filiación biológica, no cabe hablar de anonimato o, al menos, no de uno absoluto.

De acuerdo con lo dicho, y para efectos de una mejor sistematización, se expondrán a continuación los argumentos esgrimidos para fundamentar la conveniencia del anonimato de los donantes y para prohibir, en consecuencia, la investigación de la paternidad:

1. Estimular la donación de gametos. Este es quizás el argumento común a todos los defensores del anonimato. Al respecto se señala que si no se asegura el anonimato, se inhibe a los posibles donantes ante el temor de ver reclamada su paternidad y las responsabilidades que el derecho le atribuye<sup>19</sup>, conduciendo ello a la desaparición de estas técnicas por falta de medios vitales para su realización. Hay que destacar que esta es la opinión predominante entre los profesionales de la medicina, de modo que los centros especializados garantizan sin concesiones el anonimato a los donantes, salvo que exista norma legal expresa en contrario.

2. Proteger el derecho a la intimidad: a) Del donante, entendida en el sentido de que otras personas no puedan saber el empleo que el donante hace de sus aptitudes genésicas, y que el empleo de su semen ha dado lugar a una nueva vida de la que permanece desvinculado. b) De la pareja que consintió en la técnica de reproducción asistida, ya que la identificación del donante traería como consecuencia desvelar la ineptitud para concebir de aquel cuyo gameto es suplido por el tercero; y quizás lo más importante, la relación puramente formal que al menos uno de los padres tiene con el nacido por fecundación asistida.

3. Evitar la interferencia afectiva de una persona ajena a la familia en la que el hijo se halla inserto, de manera que no exista desviación afectiva ni influencia sobre el niño por parte del donante.

4. El conocimiento por parte del hijo de la identidad de su dador puede producirle un daño psíquico y afectivo, que no beneficiaría en nada su bienestar y desarrollo como persona.

Lo cierto es que todos los argumentos (salvo el último) dados para proteger el anonimato del donante se centran en el interés de éste o de los padres, antes que en el interés de los nacidos bajo estas técnicas. Por ello, de modo general, sostengo con Turner que los referidos razonamientos son perfectamente refutables e insuficientes para fundamentar el anonimato, ya que lo que el legislador debe resguardar es el interés del hijo, quien es la parte más desprotegida en todas estas relaciones; y además, porque como se dirá, el derecho a conocer el propio origen puede ser configurado como uno de los derechos fundamentales de la persona, calificación jurídica de la que por cierto no goza el derecho al anonimato del donante<sup>20</sup>. En España, además, el derecho a saber el propio origen goza de respaldo constitucional puesto que el artículo 39, 2 de la Constitución española tras establecer la protección integral de los hijos con independencia de su filiación por parte de los poderes públicos, dispone *in fine* que: “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Por lo demás, el párrafo 4 del mismo artículo 39 establece que: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”<sup>21</sup>.

Por su parte, Los artículos 9.2 y 14 CE que garantizan el principio de igualdad constitucional se ven vulnerados, ya que los hijos nacidos de forma natural y los adoptados, podrán ejercer las acciones que consideren para investigar dicha paternidad o maternidad biológicas, mientras que los hijos nacidos por medio de técnicas de reproducción asistida no gozan de esa posibilidad. El artículo 14 prohíbe de forma explícita toda discriminación injustificada por razón de nacimiento. En el caso del nacimiento en virtud de estas técnicas, existe una grave discriminación respecto de los hijos nacidos por procreación natural, en lo que al derecho a conocer el propio origen se refiere. El hecho de haber nacido de forma natural o mediante reproducción asistida no constituye una diferencia suficiente que justifique esa diferencia de trato.

Además, existen razones particulares para rebatir el anonimato como premisa en las técnicas de reproducción asistida con donante de gametos<sup>22</sup>.

En primer lugar, que la posibilidad de conocer la identidad del donante traiga consigo un descenso en las donaciones, no es un argumento, sino un dato<sup>23</sup> y ello lo demuestra la supresión del anonimato en el donante de gametos en muchos países tales como Suecia (1984) Suiza (1992), Austria (1992), Islandia (1996), Finlandia

<sup>19</sup> M. J. Moro Almaraz, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona, Librería Bosch, 1988, p. 106.

<sup>20</sup> S. Turner Saelzer (*et al.*) (n. 3), p. 17.

<sup>21</sup> Uno de los argumentos a favor del anonimato es el que considera que el artículo 39.2 CE sólo garantiza la reclamación e 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 art. 39 CE 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 insuficiente. *Vid.* M. López Peláez, *El derecho a conocer la identidad del donante de gametos*, Trabajo de Fin de Grado, Universitat Rovira y Virgili, Tarragona, 2006, p. 44.

<sup>22</sup> Denominadas técnicas “heterólogas”.

<sup>23</sup> F. Rivero Hernández, “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, en *II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, p. 158.

(2006), Noruega (2003), Países Bajos (2004), Reino Unido (2005)<sup>24</sup> y Bélgica (2007). En Francia o Grecia, en cambio, se sigue protegiendo el anonimato del portador de material genético.

Por otra parte, la práctica demuestra que los primeros años en los que se suprime el anonimato descienden las donaciones pero después aumentan de nuevo<sup>25</sup>. Una razón pragmática como ésta no puede tener mayor valor que un derecho fundamental que dice relación con la dignidad de la persona y con el libre desarrollo de la personalidad. Serán quienes opten por donar sus gametos quienes deberán adaptarse a las pautas establecidas, conociendo las condiciones a las cuales está sujeta dicha donación. Tal como dice Quesada, “si se llegase a aceptar sin reparos, como algo normal y no excepcional la técnica de reproducción asistida, seguramente entonces los donantes aportarían sus gametos movidos por una responsable y madura actitud de cooperación”<sup>26</sup>.

En cuanto a la vulneración de la intimidad del donante y del padre infértil, no parece que ella sea perturbada por la posibilidad del hijo de conocer su origen. La protección de la intimidad de estas personas dice relación con la prohibición a la publicidad y conocimiento por cualquiera de su participación en la reproducción asistida; pero respecto del hijo, este derecho debe quedar en segundo plano, ya que como todo derecho, no es absoluto y debe ceder ante otro preferente, como es el que tiene toda persona a conocer su propia identidad biológica.

El eventual perjuicio psíquico y afectivo que podría recibir el niño al saber que su nacimiento fue producto de una técnica de fertilización asistida, no es un argumento bastante para defender el anonimato, ya que dicho perjuicio bien podría producirse (quizás con mayor gravedad) al conocer el hijo por terceras personas las circunstancias de su generación. Investigaciones en materia de adopción concluyen que resulta menos doloroso y traumático para el hijo que, tan pronto como sea conveniente, los padres le revelen la verdad de cómo fue engendrado, antes de que se entere por otros medios que sus padres sociales no han sido sinceros con él<sup>27</sup>. Lo señalado anteriormente puede también decirse de las consecuencias que el conocimiento del dador traería para la paz y estabilidad familiar.

Particularmente relevante en el caso de la donación heteróloga de gametos, la división de la maternidad (y de la paternidad en aquellos países que admiten la maternidad subrogada) en un aspecto biológico y otro social plantea la cuestión del posible eventual perjuicio psíquico y afectivo derivado de la existencia de dos madres (o dos padres, en su caso). La JTEDH planteó esta cuestión, entre otras, en la STEDH (Sección 1ª) de 1 de Abril de 2010, en el *Caso S.H. y otros contra Austria* por la prohibición legal de utilizar óvulos y esperma de donantes en procedimientos de fecundación *in vitro*. El Tribunal señaló que, aunque Austria se encuentra entre una minoría de Estados Europeos, no existe un consenso europeo con respecto a la procreación artificial utilizando material de donantes<sup>28</sup>. Debido a ello y al hecho de que este tema afecta a un asunto altamente sensible en un entorno de desarrollos médicos y científicos muy cambiante, el Tribunal señaló que al Estado debía concedérsele un *amplio margen de apreciación*<sup>29</sup>. El amplio margen concedido al Estado en principio se extiende tanto a su decisión de intervenir en un área y, una vez intervenida, a las normas detalladas que establece para alcanzar un equilibrio entre los intereses encontrados públicos y privados<sup>30</sup>.

El Gobierno alegó que la fertilización *in vitro* planteaba la cuestión de *relaciones inusuales* en las que las circunstancias sociales se desviaban de las biológicas, en concreto la división de la maternidad en un aspecto biológico y otro de «portar al niño» y tal vez también un aspecto social. El Tribunal observa que, de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 1999, al legislativo austriaco le guiaba la idea de que

<sup>24</sup> En Inglaterra, por ejemplo, se suprimió el anonimato de los donantes de gametos en Abril de 2005. Posteriormente, la Ley sobre fertilización humana y embriología de noviembre de 2008 revisó y actualizó la Ley de 1990 adaptándola también a las regulaciones de 2005 que permitan a los hijos nacidos de donante obtener información identificativa. Así, la Sección número 24 de la Ley de 2008 sustituye la Sección 31 de la Ley de 1990, con las nuevas secciones que van de 31 a 31ZG. Algunos de los puntos esenciales de esta nueva regulación es la reducción de 18 a 16 años en cuanto a la edad en que la persona concebida por medio de las técnicas de reproducción asistida puede solicitar información del donante. Recién eliminado el anonimato, el descenso de las donaciones de semen en el Reino Unido hizo que los médicos reclamasen campañas políticas a favor de la donación de semen tal como existen en otros países como Dinamarca, campañas que bien podrían motivarse en razones altruistas o en reforzar el ego de los donantes por ejemplo. Algunos autores señalan, sin embargo, que sobre enfatizar la vanidad masculina tendrá malas consecuencias para el incremento de las donaciones en el futuro.

<sup>25</sup> En Inglaterra, transcurridos 5 años desde la eliminación del anonimato, la cantidad de donantes en un mismo centro volvió a aumentar de forma amplia (según datos del hospital de mujeres de King's College, hospital que contiene el mayor centro del Reino Unido encargado del reclutamiento de donantes). En Suecia, el levantamiento del anonimato produjo un retroceso inicial en el número de donaciones, pero 10 años más tarde volvió a repuntar. Y aunque no fuera así, no se puede sacrificar el interés del nacido en virtud de este argumento. *Vid. P. Falaturi, El caso del donante: ¿Marea baja en el banco de semen?, Doccheck news, 5 de junio de 2013.*

<sup>26</sup> M. C. Quesada González (n. 6), p. 287.

<sup>27</sup> *V.gr.*, J. Vidal Martínez, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Editorial Civitas, España, 1988, p. 42.

<sup>28</sup> La reproducción asistida médicamente está regulada en detalle en algunos países, en cierta medida en otros y en otros países no hay regulación alguna. Si la legislación existe en un país, hay una amplia variedad de técnicas que son permitidas o prohibidas. Hasta donde puede verse, la misma situación de Austria se produce bajo la Ley alemana. La donación de esperma está prohibida en Italia, Lituania y Turquía, mientras que la donación de óvulos está prohibida en Croacia, Alemania, Italia, Lituania, Noruega, Suiza y Turquía.

<sup>29</sup> *Vid. también caso Evans c. Reino Unido* (núm. 6339/05), de 10 de Abril de 2007, ap. 77, y caso *X, Y y Z c. Reino Unido*, 22 abril 1997, ap. 44, *Repertorio de Sentencias y Decisiones 1997-II*).

<sup>30</sup> *Vid. la ya mencionada Evans*, ap. 75.

la procreación asistida médicamente debía tener lugar de forma similar a la procreación natural, en particular el principio básico de la Ley civil – *mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant*– debía mantenerse para evitar la posibilidad de que dos personas pudieran reclamar ser la madre biológica de uno y del mismo niño y para evitar disputas entre la madre biológica y la madre genética en más amplio sentido.

A pesar de lo anterior, argumentó que aunque “el objetivo de mantener la certeza legal en el ámbito de la Ley de familia a través de mantener un principio muy antiguo en este ámbito de la Ley como uno de sus hechos básicos tiene ciertamente su razón de ser”, “Sin embargo, las relaciones familiares inusuales, en su más amplio sentido, son bien conocidas en los órdenes legales de los Estados Contratantes. Las relaciones familiares que no siguen el patrón típico paterno-filial basado en un vínculo biológico directo, no son nada nuevas y ya existían en el pasado, desde la institución de la adopción, que crea una relación familiar entre personas que no está basada en la descendencia sino en un contrato, con el fin de suplementar o reemplazar las relaciones familiares biológicas. Desde este asunto de común conocimiento, el Tribunal concluiría que no hay obstáculos insoslayables para establecer relaciones familiares que surgieran de un uso con éxito de las técnicas de procreación artificial en disputa dentro del marco general de la Ley de familia y otros campos de la ley relacionados con éste”.

El Tribunal negó la razón al Estado austriaco porque “el legislativo austriaco también habría podido encontrar un equilibrio apropiado y adecuado entre los intereses enfrentados de los donantes, que buscan anonimato, y el legítimo interés de obtener información por parte de un niño concebido a través de medios artificiales de procreación con óvulos o espermatozoides procedentes de donación. Por tanto, el tribunal estimó que se produjo la violación del artículo 14 del Convenio tomado en combinación con el artículo 8 con respecto a la tercera y cuarto demandantes”<sup>31</sup>.

Debe recordarse que el Convenio está diseñado para “garantizar derechos que no son teóricos o ilusorios, sino derechos prácticos y efectivos”. El Tribunal debe por tanto tener en cuenta la efectividad de una determinada circunstancia de injerencia cuando evalúe si existía una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin que se buscaba conseguir. Por tanto, el Tribunal consideró que es legítimo tener también en cuenta si la injerencia a la que se enfrentaba el Estado, era un medio efectivo para la consecución del objetivo perseguido. Incluso si se debía aceptar este argumento presentado por el Gobierno como una cuestión de mera eficacia, debía equilibrarse con los intereses de los individuos privados involucrados. Al respecto, reiteraba el Tribunal: “que allí donde se encuentre en juego una faceta particularmente importante de la existencia de un individuo, el margen que se concede al Estado debe restringirse”<sup>32</sup>. Desde el punto de vista del Tribunal, el deseo de tener un hijo pertenece a una faceta particularmente importante y, en las circunstancias de este asunto, pesa más que cualquier argumento de eficiencia. Por tanto, la prohibición en cuestión carecía de una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se buscaba conseguir.

El Tribunal por tanto considera que la diferencia en el trato entre la primera y segundo demandantes que, para cumplir su deseo de tener un niño tan sólo podían recurrir a la donación de espermatozoides para una fertilización *in Vitro*, con una pareja que legalmente desee hacer uso de espermatozoides procedente de donación para una fertilización *in vivo*, no tenía una justificación objetiva y razonable y fue desproporcionada. Por tanto, se produjo la violación del artículo 14 del Convenio tomado en combinación con el artículo 8 por lo que respecta a la primera y segundo demandantes.

La Sentencia concede mucha atención a la cuestión de las “relaciones inusuales” en las que las circunstancias sociales se desvían de las biológicas, en concreto, la división de la maternidad en un aspecto biológico y un aspecto de «portar al niño» y tal vez incluso un aspecto social. Por mi parte, no alcanzo a ver un indefectible daño afectivo a los niños que conozcan, en el momento oportuno, la verdad real sobre su origen biológico ni los problemas psíquicos que pudieran ocasionarse a los mismos derivados de la existencia de dos madres (la que aporta la carga genética y la que da a luz) que, lejos de desconocerse, pudieran tener una relación entre ellas y con el hijo. Y, en cualquier caso, para el hijo, sería mucho mejor este conocimiento de su origen y esta relación con quien aporta los gametos (espermatozoides u óvulos) que el secretismo que suele rodear a este tipo de situaciones, incluida la adopción. No en vano, el artículo 235, 49 del Código civil catalán reconoce al adoptado

---

<sup>31</sup> En este caso, había cuatro demandantes: a diferencia de los demás, la tercera y cuarto demandantes había tenido que acudir a la donación de óvulos debido a que la tercera demandante era totalmente infértil y no producía óvulos mientras que su marido, el cuarto demandante podía producir espermatozoides hábil para la procreación. En el caso *Odièvre c. Francia* (42326/98) de 13 de Febrero de 2003, que estaba relacionado con un nacimiento anónimo y la imposibilidad del demandante de obtener información sobre sus padres biológicos, el Tribunal consideró que no se había producido la violación del artículo 8 del Convenio porque el legislativo francés había conseguido un adecuado equilibrio entre los intereses públicos y privados en liza (véase la sentencia *Odièvre*, ap. 49). En el caso *Odièvre* el Tribunal resolvió que la normativa existente en Francia protegiendo el anonimato de la madre soltera (parto bajo X) no era contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos y, por tanto, era justificable que se restringiera el interés del hijo a conocer e identificar a su madre en estos casos.

<sup>32</sup> *Vid.* la ya mencionada *Evans*, ap. 77; *X. e Y. c. Países Bajos*, (Serie A, núm. 91), sentencia de 26 marzo 1985, apps. 24 y 27; y *Christine Goodwin c. Reino Unido* (núm. 28957/95), de 11 de Julio de 2002, ap. 90.

el derecho a ser informado sobre su origen y a ejercer cuando crezca las acciones judiciales pertinentes<sup>33</sup>. La doctrina ha criticado que este derecho a conocer la identidad de sus progenitores no se conceda y garantice también a los niños nacidos por reproducción asistida con material genético de donante<sup>34</sup>.

En efecto, ¿Por qué no admitir la relación interpersonal, entre los padres y los donantes de los gametos, de acuerdo a lo que en la situación concreta exija el interés del menor, y por encima de egoísmos de todo tipo de los distintos adultos involucrados, en especial, los derivados de “que me quiera más a mí”? No veo inconveniente en permitir la fijación de un régimen de relaciones entre las dos familias, del tipo de las relaciones que había en la antigua adopción simple<sup>35</sup>. En apoyo de mi opinión, debo recordar que existe copiosa jurisprudencia en nuestro país negando la inscripción en el Registro civil a niños nacidos en España por maternidad subrogada contratada en California que alegan como argumento principal uno que a mí me parece de mucho peso y es el perjuicio para el niño de romper absolutamente la relación del menor con la madre gestante. Como hay que separar los intereses patrimoniales de los personales, no veo problema en romper vínculos patrimoniales con la madre gestante manteniendo los vínculos personales, y disponer de convenios reguladores de estas relaciones de tipo personal, siempre en beneficio del niño<sup>36</sup>.

En el mismo sentido, en España Soler considera que se debe permitir que el hijo averigüe a quien pertenece su herencia genética sin que ello suponga establecer una relación jurídica, ya que el donante siempre tiene que quedar desligado de tal situación. Y es que, a pesar de que la acción de investigación descrita en la Constitución española sólo tenga como finalidad determinar la filiación, debería poderse ejercer en los casos de hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, aunque no tenga como objetivo crear vínculos jurídicos entre tales personas. A pesar del vacío legal existente, al ser el derecho al conocimiento de la verdadera filiación un derecho de la personalidad, inherente a la persona, debería gozar de la máxima protección y hacerse valer en los tribunales con independencia del régimen jurídico de la acción de reclamación de la filiación. Se trataría de una acción declarativa atípica al amparo de los artículos 10, 14, 15 y 24 CE, cuya única finalidad sería averiguar la identidad del progenitor biológico sin que de ello derive, como se ha dicho, ningún tipo de responsabilidad.

#### IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, puede decirse que el pretendido anonimato no es sino una construcción *ad hoc* que en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada, el hijo y su derecho a la intimidad, busca principalmente la realización de las apetencias y la eliminación de las responsabilidades de las restantes personas implicadas en el proceso de reproducción asistida.

<sup>33</sup> Artículo 235, 49 del Código civil de Cataluña: “1. El adoptado tiene derecho a ser informado sobre su origen.

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

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

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

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

<sup>34</sup> Vid. M. López Peláez, *El derecho a conocer la identidad del donante de gametos*, Trabajo de Fin de Grado, Universitat Rovira y Virgili, Tarragona, 2006, pp. 25-27: “Considero que no debería existir esta diferenciación sino que en ambos casos debería primar el interés del hijo por conocer su origen, derecho esencial que permite a toda persona saber lo que hubo antes que él, conocer la historia que le precedió y que le hizo una persona única con características de ambos progenitores biológicos. Igualar los derechos de los nacidos por medio de técnicas heterólogas con los de los derechos de los niños adoptados protegería eficaz el derecho del hijo a conocer la identidad de sus progenitores biológicos de forma eficaz. Está claro que toda persona, sin ningún tipo de diferenciación al respecto, tiene derecho a conocer la verdad sobre sus orígenes. Por consiguiente, resulta necesario que exista una acción que permita conocer la identidad sin que eso suponga la determinación de la filiación. Al igual que sucede en la adopción, donde este conocimiento no afectará a los vínculos existentes entre el niño y el adoptante, eso debería suceder en los niños nacidos por reproducción asistida. Tan sólo se trata de conocer la identidad de sus verdaderos padres, sin que eso suponga exigir ningún tipo de responsabilidad al donante, el cual no actuará como progenitor en ningún momento ni tendrá que ejercer los deberes de padre. El concebido únicamente puede querer saber quién es su progenitor, conocer esa información que le identifica y le hace ser quien es”.

<sup>35</sup> Diversos Tribunales europeos, como el de Reims han otorgado a los padres adoptivos no la adopción plena pero sí la simple, que permite la fijación de un régimen de relaciones con un tercero, que en este caso será el padre biológico.

<sup>36</sup> Otra cosa distinta (en países donde está permitida la maternidad subrogada) es el interés egoísta de quienes acuden a la maternidad subrogada por esterilidad, homosexualidad, etc. de que el hijo sea mío y sólo mío, pero creo que no es justo que estos intereses perjudiquen a los derechos del menor que nazca. Dicho con otras palabras, el derecho a tener una filiación única que alega la Sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de Febrero de 2014 no puede prevalecer sobre el derecho del nacido a conocer su origen genético y a tener relaciones personales, si así lo quiere, con la madre biológica. (Esto también creo yo que vale para la adopción, que se utiliza frecuentemente como símil para describir los efectos de las técnicas de reproducción asistida).

Sentadas las bases de la conveniencia o inconveniencia del anonimato del dador de gametos, caben varias posibilidades respecto del conocimiento de su propio origen por parte del nacido y, consecuentemente, de las relaciones de éste con el donante. A saber:

1. Permitir reclamar al así nacido la paternidad del donante de gametos con todas las consecuencias jurídicas de la determinación de su paternidad o maternidad (posición maximalista). 2. Preservar el anonimato total del donante, de manera que el nacido nada pueda conocer de su origen genético (posición minimalista). 3. Dos soluciones intermedias: a) Que el nacido sólo pueda conocer datos biogenéticos del donante. b) Que el nacido pueda conocer la identidad personal del donante, pero sin ninguna otra consecuencia jurídica.

1. Respecto de la primera alternativa, creemos que es rechazable, porque no pueden confundirse las relaciones derivadas de la filiación, de las cuales ya disfruta el hijo respecto de sus padres formales, con la mera determinación de la verdad biológica, que pretende que el hijo conozca sus orígenes genéticos.

2. En relación al anonimato total del donante, se han dado ya las razones para admitirlo o rechazarlo, a las cuales nos remitimos.

3. Otra alternativa es permitir al hijo el acceso a los datos biogenéticos del donante, es decir, el conocimiento de los datos genotípicos y/o fenotípicos del dador. Esto se lograría a través del acceso del hijo a la ficha clínica del donante, la que el centro médico correspondiente estaría obligado a poner a su disposición. El derecho a obtener esta información tendría su fundamento en el derecho a la salud y a la integridad física y psíquica, ya que de esta manera podrían prevenirse o curarse enfermedades o anomalías hereditarias. Extendiendo el alcance de este derecho (y ya basados en el derecho a conocer la propia identidad), los datos exigibles por el hijo comprenderían también los psíquicos y fenotípicos del donante<sup>37</sup>. Sin embargo, muchos autores rechazan esta alternativa, pues consideran que con el solo conocimiento de los datos genéticos del dador no queda resguardado adecuadamente el derecho del hijo a conocer su propio origen<sup>38</sup>. Se dice que para ninguna persona basta conocer una serie de datos científicos respecto de su progenitor, ya que el hijo en su búsqueda de la propia identidad “no necesita ninguna fórmula química, sino por lo menos la presentación de un hombre con un nombre”<sup>39</sup> (O de una mujer si se trata de donante de óvulos). En efecto, cualquier persona necesita saber de donde viene, cual es su historia, quien es, preguntas todas ellas fundamentales para desarrollar una identidad consistente.

Este “anonimato relativo” es la regla general en la Ley española, que prescribe en su artículo 5-5-2º que “los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad personal. [...]”<sup>40</sup>. El Informe Warnock, por su parte, permite que el hijo después de los dieciocho años tenga acceso a una información básica sobre el origen étnico y salud genética del donante<sup>41</sup> (cap. 4.21).

4. Por último, cabe la posibilidad de conceder al hijo el derecho a conocer la identidad personal del donante, sin que ello acarree consecuencias jurídicas derivadas de dicho nexo biológico, opción que estimo más adecuada, de acuerdo con la prevalencia que debe darse al *interés superior del niño*, y al derecho que tiene el hijo a conocer su propio origen, el cual no debe limitarse, a mi juicio, al acceso a simples datos biogenéticos del dador. Tengo dudas acerca de si sería conveniente permitir este conocimiento solo alcanzada la mayoría de edad, o con anterioridad. Me inclino a pensar que ello dependería de la personalidad y el grado de desarrollo de cada menor<sup>42</sup>.

La Ley sueca 1140/1984, que fue la primera en eliminar en Europa el anonimato, sigue este planteamiento, ya que en su artículo 4 garantiza el derecho del niño a conocer, si lo desea, la identidad del donante de semen. En el mismo sentido lo propone como alternativa posible el Informe del grupo de trabajo del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87). La ley española lo permite sólo en determinados supuestos<sup>43</sup>.

En cualquier caso, dado que la extensión de la utilización de técnicas de reproducción asistida heterólogas es relativamente reciente, los niños nacidos son todavía muy pequeños como para interponer

<sup>37</sup> F. Rivero Hernández, en *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 530 y 531.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 531. También M. C. Quesada González (n. 6), p. 292.

<sup>39</sup> Coester-Waltjen, 2. *Teilgutachten Zivilrechtliche Probleme. Die künstliche Befruchtung beim Menschen- Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen*, citada por M. C. Quesada González (n. 6), p. 292.

<sup>40</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>41</sup> Informe Warnock elaborado por la Comisión para el Estudio de la Fertilización Humana y la Embriología de Reino Unido el 23 de noviembre de 1984. (Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology, July 1984). En un principio, ante la aparición de estas técnicas reproductivas, la opinión mayoritaria era que debía garantizarse el secreto sobre la identidad de los donantes, por lo que la base de las regulaciones era el anonimato del donante. Sin embargo, ese planteamiento fue cambiando a medida que se veía que la aplicación de esas técnicas reproductivas estaba afectando derechos de vital importancia para la persona, especialmente para el nacido. Ese y otros fueron los motivos que dieron lugar al informe Warnock en Inglaterra o a la Ley sueca de Inseminación artificial de 20 de diciembre de 1984.

<sup>42</sup> Más discutible aparece la posibilidad de otorgar este derecho a los descendientes del hijo, ya que respecto de ellos el interés envuelto aparentemente sería más débil.

<sup>43</sup> La Ley española 35/1988 prescribe en su artículo 5.5-3º que “Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto”.

acciones dirigidas a conocer quienes son sus padres biológicos, pero es claro que este tipo de acciones verán un amplio ejercicio en el futuro a medida que vayan siendo mayores los menores nacidos como consecuencia de la utilización de estas técnicas<sup>44</sup> o incluso siendo menores, podrán ejercitarse acciones dirigidas a conocer su origen genético a través de sus representantes legales<sup>45</sup>. Pero es claro que la gente concebida con gametos de donantes cada vez más articulará sus intereses de conocer acerca del donante frecuentemente afirmando un “derecho a saber” la identidad del donante. Cada vez es más fuerte esta línea favorable a la eliminación del anonimato de los donantes de gametos, recogida por el Informe Warnock o por la ley sueca<sup>46</sup> y que cuenta con tres apoyos importantes: a) *De hecho*: Aunque la evidencia empírica acerca de las experiencias de los individuos concebidos por donantes es limitada<sup>47</sup>, lo que se sabe hasta la fecha sugiere que estas personas preferirían que se les dijera la verdad sobre su concepción y desean obtener información acerca de su donante, incluyendo el conocimiento de su identidad<sup>48</sup>; b) *De derecho*: En segundo lugar, los argumentos de derechos humanos han sido expuestos en apoyo de la divulgación de la identidad de los donantes, y la interpretación de las convenciones de derechos humanos ha sido claramente influyente<sup>49</sup>; sin embargo, no existe consenso sobre los argumentos intrínsecos de los derechos humanos<sup>50</sup>. La defensa de la eliminación del anonimato ha sido sostenida por el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que ha criticado explícitamente el respaldo del anonimato del donante en Dinamarca, Francia, Noruega y el Reino Unido<sup>51</sup> como potencialmente en conflicto con el artículo 3 (“el mejor interés del niño”) y el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas. Sin embargo, dado que tan pocos Estados que han ratificado la Convención promueven la divulgación de la identidad del donante, parece claro que falta todavía la adopción de un enfoque sistemático sobre este tema por parte del Comité de los Derechos del Niño<sup>52</sup>; c) *De género*: Un tercer elemento ha sido la aparición de la donación de óvulos desde los años 1980, que desafía el dominio del discurso inherentemente masculino asociada con la donación de esperma. Varios estudios empíricos indican que las donantes de óvulos parecen menos propensas que los donantes de esperma a exigir el anonimato, propensión cuyas causas sería muy interesante investigar. Fundamentalmente, los proveedores de servicios de reproducción asistida y sus organismos profesionales, que permanecen comprometidos con el principio de anonimato de los donantes con respecto a la donación de esperma, están dispuestos a aprobar el reclutamiento de donantes de óvulos conocidas o identificables con el fin de hacer frente a la gran escasez de óvulos donados<sup>53</sup>.

Para concluir este apartado, se anticiparán unas claves para el futuro inmediato y mediano en este tema de la eliminación del anonimato en los donantes de gametos involucrados en el uso de las técnicas de reproducción asistida que están relacionadas con el *interés superior del niño*:

a) Aumentará previsiblemente la eliminación de la exigencia de anonimato de los donantes de gametos en las legislaciones, al menos en países industrializados. Esto irá acompañado, precedido o seguido por un cambio en las condiciones, organización y acuerdos para el reclutamiento de donantes de gametos (óvulos y espermatozoides). La lección de los países que han tenido alguna experiencia en esto sugiere la insuficiencia de las prácticas tradicionales de reclutamiento y la necesidad de desarrollar otros nuevos; si los servicios de donantes de esperma llegan a permanecer, será preferible que se enfoquen a hombres mayores con hijos que a

<sup>44</sup> Por lo demás, no se puede prohibir la investigación de la paternidad, pues ello sería inconstitucional en la mayor parte de los países, y contrario a los tratados internacionales, en especial, a la Convención de Derechos del Niño.

<sup>45</sup> En este sentido, en Chile Corral Talciani niega que el artículo 182 del Código civil chileno impida al hijo ejercer la acción de reclamación de la filiación para demandar el establecimiento de la verdadera filiación respecto del progenitor biológico, esto es, el aportante de gametos y la acción de impugnación que necesariamente deberá intentar para dejar sin efecto la filiación formal. (Vid. H. Corral Talciani (n. 5), pp. 57 – 88).

<sup>46</sup> Concretamente, el comité sueco que preparó la Ley de inseminación artificial de 1984 dispuso que no debe ocultársele al nacido su origen real y que debe permitirle, reclamarlo y conocerlo.

<sup>47</sup> Hay algunos estudios realizados sobre sectores de población relativamente pequeños, hasta ahora.

<sup>48</sup> Vid. por ejemplo, Donor Conception Support Group of Australia, 1997; Cordray, 1999/2000; Franz and Allen, 2000; Spencer, 2000; Turner and Coyle, 2000; Gollancz, 2001; Rose, 2001; Stevens, 2001; Anonymous, 2002; Hamilton, 2002; Hewitt, 2002; Scheib (et al.), 2005.

<sup>49</sup> Vid. Freeman, 1996; Blyth, 1998, 2002; Blyth and Farrand, 2004. Por ejemplo, la introducción de la Ley de reproducción asistida (Fortpflanzungsmedizingesetz - S 20 FMedG 1992) en Austria afrontando el derecho de una persona concebida por los donantes a conocer la identidad del donante al cumplir los 14 años, se basa en la interpretación del gobierno austríaco del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño (el derecho de un niño ‘... en la medida de lo posible ... saber quienes son sus padres) y el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos los derechos y las libertades fundamentales (el derecho al “respeto a la vida privada ...”).

<sup>50</sup> El ex Defensor del Niño de Noruega, Målfrid Flekkøy, ha cuestionado explícitamente si una persona concebida de donante tiene un “derecho” a la información acerca de su “herencia biológica” (Flekkøy y Kaufman, 1997). Por otra parte, Steve Ramsey, Director de la Oficina de la Familia y la Infancia del sur de Australia, ha declarado: “los principios de la esfera de los derechos humanos pueden proporcionar un marco importante para responder a uno de los retos más urgentes que enfrenta la tecnología de reproducción ... y que es el acceso de los hijos de donantes a la información sobre sus orígenes. En su forma más sucinta, desde una perspectiva de derechos humanos, se podría hacer la pregunta - ¿cómo se puede argumentar en contra del derecho humano básico a conocer la propia identidad genética?” (Ramsey, 1998 pág. 4).

<sup>51</sup> Antes de que Noruega y el Reino Unido eliminaran el anonimato del donante, evidentemente.

<sup>52</sup> Vid. Blyth y Farrand, 2004.

<sup>53</sup> International Federation of Fertility Societies, 2001; Murdoch, 2001.

estudiantes. La cultura de la donación también tendrá que cambiar, en el sentido de que la contribución hecha por los donantes de gametos y embriones para ayudar a otros a tener familias sea más abierta y adecuadamente reconocida por el público en general. Esto tendrá que incluir la educación y la sensibilización de la población con el apoyo de gobierno<sup>54</sup>.

b) Habrá cada vez más evidencia disponible acerca de las experiencias de las personas personalmente afectadas por procedimientos de fecundación asistida con donantes de gametos o embriones, conociendo cada vez más datos uno de otro, e incluso llegando establecer contacto personal. El saber acerca de - y tal vez incluso hacer contacto con - entre sí. Queda por ver el impacto de la creación de los futuros registros de contacto oficiales y/o voluntarios, pero durante la próxima década más o menos, la información acerca de cómo funcionan en la práctica comenzará a emerger. Una característica clave del nuevo espíritu de apertura y transparencia será su impacto en los límites que pueden ser colocados en el número máximo de niños que pueden estar concebidos a partir de los espermatozoides, óvulos o embriones de un solo donante (que en la práctica es probable que afecten a la donación de esperma solamente). Mientras que los límites superiores pueden haber sido apropiados donde el anonimato del donante ha significado que las extensas “redes de parentesco” creadas por los donantes no pudieron determinarse en la práctica, la ampliación de la capacidad de las personas concebidas por donante para identificar y rastrear a los parientes genéticos expone a todas las partes directamente involucradas a riesgos inexplorados y recompensas desconocidas. Por otra parte, es claro que las consecuencias de los cambios en los principios y normas sobre este tema no han sido tenidos en cuenta por las instituciones<sup>55</sup>.

c) Mientras que los derechos de las personas concebidas por los donantes a la información sobre su concepción y la historia genética (y contra argumentos) se han articulado de modo integral, el tema de quién más debería ser capaz de averiguar qué y cuándo, se presentará de manera significativa en los futuros debates. Con el tiempo, sin duda, vamos a aprender más acerca de la experiencia de las llamadas donaciones fraternales, con “donante hermano/a” y el establecimiento de contactos entre otras personas conectadas a través de la concepción de donantes.

En definitiva, los anteriores argumentos fuertes a favor de la eliminación del anonimato de los donantes de gametos en la fecundación heteróloga constituyen un modo de proteger *el interés superior del niño* en relación con su derecho a conocer su origen biogenético en casos de utilización de técnicas de reproducción asistida, y ello con independencia de cuales sean estas. Por encima de cualesquiera otros argumentos se encuentra el interés del niño concebido, que debe ser la parte más protegida de todas las relaciones, en virtud del principio universal del *favor filii*. Las legislaciones más avanzadas han suprimido ya el anonimato del donante de los gametos y, por lo que respecta a España, el sistema instaurado por la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida pone en duda la constitucionalidad de algunas de sus disposiciones, por considerarlas contrarias a los artículos 10, 9.2, 14,15 y 39.2 de la Constitución española.

Por último, soy consciente de que gran parte de este debate está redactado actualmente en términos de valores y suposiciones y conjeturas “occidentales”. Sin embargo, las cuestiones relacionadas con el anonimato de los donantes toca la interfaz entre la medicina occidental (en este caso la concepción asistida) y las prácticas, supuestos y tradiciones culturales no occidentales. En las sociedades donde la ruptura de las líneas de sangre de la familia (o al menos el reconocimiento de cualquiera de estas fracturas) pueden dar lugar a sanciones sociales extremas, se puede argumentar que el ocultamiento de la naturaleza de la concepción del niño puede ser la menos mala de las opciones disponibles y por lo tanto compatible, acaso, con *el interés superior del niño*. Así que uno de los desafíos clave en la continuación de este debate a nivel internacional e intercultural es en qué medida el cambio puede ser promovido o acomodado al abordar las preocupaciones sobre la imposición de una homogeneidad eurocéntrica y la erosión de los valores culturales consagrados de larga tradición.

---

<sup>54</sup> Vid. Johnson, 2004.

<sup>55</sup> En el Reino Unido, por ejemplo, la autoridad en materia de fertilización humana y embriología (HFEA) ha redefinido su límite máximo de 10 “eventos de nacimiento” por donante (cuando los donantes permanecieron en el anonimato) y lo ha cambiado por “niños en 10 familias” (tras la abolición del anonimato del donante) (HFEA. 2005b).