

EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS VERSUS EL ANONIMATO EN LA DONACIÓN DE GAMETOS

THE RIGHT TO KNOW ONE'S ORIGINS VERSUS THE ANONYMOUS DONATION OF GAMETES

NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ
Universidad Autónoma de Barcelona

Fecha de recepción: 2-9-13

Fecha de aceptación: 22-1-14

Resumen: *El derecho a conocer los orígenes biológicos cuenta cada vez con una mayor aceptación como derecho fundamental de las personas, desde la doctrina hasta el derecho internacional especialmente desde la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989 en el marco de las Naciones Unidas. Este derecho puede entrar en colisión con la legislación existente en materia de técnicas de reproducción asistida, y en concreto, con las que permiten la donación anónima de gametos masculinos y femeninos, como es el caso de España. El artículo analiza los argumentos a favor y en contra del anonimato de donantes, para concluir que debería respetarse el derecho a conocer los orígenes de los niños/as concebidos con gametos donados, y que por lo tanto, se debería producir un cambio legal al respecto, al igual que sucede en Europa.*

Abstract: *The right to know one's biological origins has more and more acceptance as a fundamental right, from doctrine to international law, especially since the adoption of the Convention on the Rights of the Child in 1989 under the framework of the United Nations. This right may clash with existing legislation on assisted reproduction techniques, and in particular with those that allow anonymous donation of male and female gametes, as is the case of Spain. This article discusses the arguments for and against the anonymity of donors, to conclude that it should be respected the right to know his/her biological origins of children conceived with donated gametes, and therefore a legal change should be done, as occurs in Europe.*

Palabras clave: derecho a conocer los orígenes, anonimato de donantes de gametos, técnicas de reproducción humana asistida

Keywords: the right to know one's origins, anonymous gamete's donation, human reproduction assisted techniques

1. EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

El derecho a conocer los orígenes biológicos ha sido reconocido como de suficiente importancia como para ser constitutivo de un derecho humano, ya que se considera un elemento esencial del bienestar psíquico de las personas el conocer su procedencia¹. Este derecho a conocer es una de las dimensiones de un derecho más amplio, como es el derecho a la identidad.

La Convención de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos del Niño reconoce en su artículo 7 el derecho del niño/a a conocer y a ser cuidado por sus padres². Ese derecho a conocer los padres debe ser interpretado en sentido amplio, incluyendo los padres sociales y los biológicos³. La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) han suscrito esta Convención de la ONU⁴. Sin embargo, la traducción de este artículo en el derecho interno puede variar, especialmente cuando se abordan las leyes sobre técnicas de reproducción humana asistida y la donación de gametos: algunos países no permiten el anonimato de los donantes de gametos⁵ porque se entiende entraría en colisión con el respecto a este derecho a conocer los orígenes biológicos, y algunos otros países en cambio sí lo hacen⁶, algunos

¹ S. BESSON, "Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights", *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 21, 2007, pp. 140.

² La Convención de los Derechos del Niño reconoce a los niños/as por primera vez como sujetos de derecho y no objetos de protección. Aun así, hay reticencias a la hora de contemplar a los niños/as como sujetos de derechos, porque se perciben como seres dependientes de sus padres, como un asunto privado de ellos, donde no debe interferirse, y donde se entiende que todo se hará por su bien (J. GUILLÓ, "Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos" en C. VILLAGRASA; I. RAVETLLAT (coord.), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 11-12).

³ S. BESSON, "Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights", cit., p. 143; M. FREEMAN, "The new birth right?: Identity and the child of the reproductive revolution", *International Journal of Children's Rights*, num. 4, vol. 3, 1996, pp. 273-297.

⁴ España ratifica la Convención el 6 de diciembre de 1990, y entra en vigor el 5 de enero de 1991. Dicha ratificación se produce en el periodo de tiempo comprendido entre la aprobación de la primera ley sobre técnicas de reproducción asistida en España en 1988 que opta por el anonimato de donantes, y la segunda ley en el 2006, que a pesar de estos compromisos internacionales sigue optando por el anonimato de donantes de gametos.

⁵ Es el caso de Inglaterra, Suecia, Austria, Alemania o Noruega.

⁶ Es por ejemplo el caso de España en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. O Dinamarca.

reconocen el derecho del niño/a a investigar su origen biológico al convertirse en adulto⁷ y en algunos países no⁸.

De hecho esta variedad de interpretaciones es también posible, porque los Estados que suscribieron la Convención introdujeron una matización importante, se trataba de un derecho a conocer los orígenes, “en la medida de lo posible”, lo que permite limitaciones nacionales en algunos casos⁹.

Estados Unidos es junto a Somalia, uno de los pocos países que no ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. Además en Estados Unidos prima el respeto por la autonomía reproductiva, y por el dejar hacer en materia de técnicas de reproducción asistida, ya que se entiende la autonomía reproductiva como parte del derecho a la privacidad constitucionalmente protegido, y ese dejar hacer tan solo se regula por las leyes de la oferta y la demanda del libre mercado.

En consecuencia, en Estados Unidos no existe ninguna legislación al respecto, así que estas cuestiones son reguladas mediante códigos profesionales, que normalmente recomiendan el anonimato de los donantes. Hay sin embargo algunos bancos de donantes que permiten la donación con donantes identificables¹⁰.

En cambio en Europa existen legislaciones más o menos restrictivas porque se entiende que esa libertad reproductiva que permiten las técnicas de reproducción asistida puede entrar en colisión con algunos derechos fundamentales y de ahí que el Estado deba legislar para evitar abusos¹¹. Las legislaciones más restrictivas son las de los países de habla alemana (Alemania,

⁷ Como por ejemplo en Finlandia.

⁸ En España sólo excepcionalmente el art. 5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida lo permite “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”.

⁹ S. BESSON, “Enforcing the child’s right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights”, cit., pp. 143.

¹⁰ L. FRITH, “Gamete donation and anonymity”, *Human Reproduction*, vol. 16, núm. 5, 2001, pp. 819.

¹¹ I. ALKORTA, “Women’s Rights in European Fertility Medicine Regulation” en S. WIDDOWS; I. ALKORTA; A. EMALDI, *Women’s reproductive rights*, Palgram Macmillan, London, 2006, pp. 111-112.

Austria¹²) influidos por las dramáticas experiencias eugenésicas de principios de siglo¹³. También la italiana¹⁴, pero en este país por la influencia de la Iglesia Católica y su condena a las técnicas de reproducción asistida en general, como una condena moral a la disociación de sexualidad y procreación. Las legislaciones europeas más permisivas están en el Reino Unido¹⁵ y en España.

Además las legislaciones europeas no sólo se diferencian por permitir o no la donación anónima de gametos. También existen diferencias respecto a la posibilidad de donar los gametos masculinos o femeninos. La donación de óvulos está prohibida en Italia, Suiza, Austria y Alemania¹⁶. En Suecia o Dinamarca, sólo se pueden utilizar óvulos sobrantes, porque el procedimiento de obtención se considera peligroso para la salud de las donantes. El argumento último en contra es que permitir la donación puede producir el comercio de óvulos y someter a las mujeres a fuertes presiones¹⁷.

Existen ciertos riesgos en la obtención de óvulos para la salud que se han demostrado científicamente. Primero porque los óvulos son “bienes escasos”, ya que en condiciones normales la mujer sólo produce un óvulo cada mes, por lo que para la obtención de óvulos para las técnicas de reproducción asistida, se produce una estimulación o superestimulación ovárica, además de un procedimiento quirúrgico invasor para obtener estos óvulos¹⁸.

¹² *Federal Embryo Protection Law (1990), the Adoption Brokerage Law (2006), y the Guideline of the German Federal Medical Chamber (2006).*

¹³ J. VIDAL MARTÍNEZ, “Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo”, *Revista Derecho Genoma Humano*, núm. 34, 2011, pp. 155-201.

¹⁴ Law n. 40 (19/2/2004) - Regulation of Medically Assisted Reproduction.

¹⁵ Human Fertilisation and Embryology Act (Nov 2008).

¹⁶ El Gobierno alemán justifica la prohibición de donación de óvulos (Ley Alemana de protección del Embrión que lo tipifica como delito punible) porque busca proteger el bienestar del hijo asegurando la identidad de la madre, ya que la división entre la maternidad genética y biológica representa una novedad en la historia de la humanidad. La división e incertidumbre de la maternidad podría suponer una amenaza en el desarrollo y estabilidad psíquica del hijo/a. J. VIDAL MARTÍNEZ, “Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo”, *cit.*, pp. 160.

¹⁷ M. AHUMADA “La clonación humana y el resguardo de los intereses de las mujeres”, *Revista del Derecho y Genoma Humano*, núm. 28, 2008, pp. 51.

¹⁸ La donación de óvulos en España puede realizarse cada 4 meses, con un máximo de 3 veces al año.

Es por ello que hay autores que denuncian que los medicamentos utilizados, así como las técnicas pueden producir efectos secundarios que no han sido suficientemente investigados¹⁹. La hiperestimulación ovárica puede aumentar las posibilidades de desarrollar cáncer de ovarios; también se habla de mayores riesgos de trombosis y embarazos ectópicos o extrauterinos, así como del síndrome de hiperestimulación ovárica²⁰. Estas diferencias entre la donación de gametos masculinos y femeninos, hace que algunos autores/as enfatizen que en el caso de legislaciones en las que se permite la donación de ambos, no pueden abordarse como situaciones equivalentes²¹.

No sólo han sido diversas las opciones legales en los diferentes países europeos respecto al anonimato de donantes, y también respecto a la donación de gametos masculinos y femeninos. También se ha producido una evolución en la legislación, y en numerosos países europeos se ha pasado de leyes que permitían la donación anónima, a leyes que no la permiten.

El primer país en eliminar el anonimato de donantes fue Suecia en 1984 con la ley No. 1440, que permitía que el niño/a, cuando tuviera suficiente madurez, pudiera saber la identidad del donante de esperma²². Austria también lo permitió con la modificación de su ley sobre técnicas de reproducción asistida, la ley No. 275 en 1992. Tanto en Suecia como en Austria sólo es posible la donación de semen, no de óvulos. En 2000, el cambio legal sobre el anonimato de donantes también se produjo en Holanda.

El caso de España es sorprendente, en primer lugar porque es uno de los países donde ya desde un primer momento se adoptó una legislación más permisiva

¹⁹ Tal y como señala E. GALPERN, "Beyond Embryo Politics: Women's Health and Dignity in Stem Cell Research", in National Women's Health Network, May/June 2006, pp. 1-4. Disponible en: http://www.geneticsandsociety.org/downloads/Galpern_WHA_0506.pdf

²⁰ M. AHUMADA, "La clonación humana y el resguardo de los intereses de las mujeres", cit., pp. 42.

²¹ F. PUIGPELAT, "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", en M. CASADO y A. ROYES (coord.), *Sobre Bioética y Género*, Aranzadi, Barcelona, 2012.

²² En la década de los 80, una comisión nombrada por el Gobierno para el estudio de la inseminación artificial, sobre los hijos nacidos con inseminación artificial (IA) de donante y los hijos adoptados, llegó a la conclusión que estos hijos tenían la necesidad en el plano psicológico y el derecho en el plano jurídico de conocer sus orígenes. La Ley sobre inseminación artificial del 22 de diciembre de 1984, estableció a partir de entonces el levantamiento del anonimato de la donación de semen (J. VIDAL MARTÍNEZ, "Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo", cit., pp. 167).

va, la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Además esta primera ley incluía la posibilidad de la donación anónima de gametos masculinos y femeninos²³. Anonimato que no se discutió apenas, cuando volvió a legislarse en el 2006, con la aprobación de la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En segundo lugar es interesante porque, a pesar de ser un país donde la Iglesia Católica mantiene una fuerte influencia en cuestiones bioéticas²⁴, en el ámbito de las técnicas de reproducción humana asistida, a pesar de la clara postura católica al respecto (postura que ha tenido una clara influencia en otros países, como por ejemplo Italia), esto no ha sido un obstáculo para adoptar unas leyes tan permisivas.

Para explicar esta situación algunos autores/as²⁵ se hacen eco de las críticas que en ocasiones se han hecho sobre la influencia de los grupos de presión (por ejemplo de médicos, investigadores o clínicas de fertilidad), por ejemplo en las regulaciones jurídicas sobre técnicas de reproducción asistida. Un claro ejemplo lo constituye el anonimato del donante de semen y óvulos en sí mismo, práctica necesaria para la viabilidad de la inseminación heteróloga, que cuando llegó el momento de legislar sobre las técnicas de reproducción asistida se admitió sin discusión, cuando quizás este anonimato del donante entra en conflicto con algunos de los derechos constitucionalmente protegidos²⁶.

Incluso el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto en la sentencia de 17 de junio de 1999, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad a la primera ley sobre técnicas de reproducción asistida de 1988, y estableció respecto al anonimato de donantes, que esto no era contrario al art. 39.2 de la Constitución española (CE)²⁷ que permitía la investiga-

²³ El Real Decreto 412/1996, de 1 de Marzo por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana, estableció que las donantes de óvulos debían ser mayores de 18 años y menores de 35 años. En el caso de los donantes de semen, debían ser mayores de 18 años y menores de 50. El límite máximo de donaciones está estipulado en el momento en que se hubieran generado seis descendientes por reproducción asistida.

²⁴ Por ejemplo en cuestiones relativas al aborto o la eutanasia.

²⁵ Ver por ejemplo F. PUIGPELAT, "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", cit., 2012.

²⁶ C. LEMA AÑÓN, *Reproducción, poder y derecho*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 79.

²⁷ Artículo 39.2. Constitución española.

"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."

ción de la paternidad²⁸. El Alto Tribunal estableció que el artículo 39.2 CE no protege el derecho del hijo/a a conocer la identidad del padre, sino que es un derecho para descubrir quién está obligado a prestarle la protección que le es debida, tal y como especifica el artículo 39.3. CE²⁹.

Teniendo en cuenta la diversidad de regulaciones en los diferentes Estados miembros, es interesante analizar qué ocurre en el marco del Consejo de Europa de la Unión Europea. Por un lado, bajo el marco del Consejo de Europa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a veces ha reconocido (y a veces no)³⁰ el derecho del niño/a a conocer su origen, derivado de los demás derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como por ejemplo, el artículo 8 sobre el derecho a la privacidad y la identidad personal³¹.

Del análisis de las sentencias del TEDH se deduce que los ciudadanos tienen derecho al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como parte de su derecho a la vida privada contenido en el art. 8, pero esto no hace que los Estados estén obligados a proporcionar los medios para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida como un derecho alternativo a la libertad a procrear, especialmente cuando los estados no pueden garantizar el acceso a gametos donados que depende de la solidaridad³².

²⁸ F. PUIGPELAT, "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", cit., pp. 182.

²⁹ E. ROCA, "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *DS: Derecho y Salud*, vol. 7, núm. 1, 1999, pp.5.

³⁰ Según la jurisprudencia del TEDH el derecho de los niños a conocer su verdadera ascendencia y su conexión al desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto: *Mikulic v. Croatia* n° 53176/99. A. 53-54 ECHR 2002-I; *Gaskin v. the United Kingdom* S.(7 de Julio 1989. Serie A 160, p. 16); *Jäggi v. Switzerland* n° 58757/00 25 ECHR 2006; *Odièvre v. France*, n° 42326/98 29; *Caso Dickson v. Reino Unido (Gran sala)* 2007/86 de 4 de diciembre; *Caso Evans v. Reino Unido (Application 6339/059, sentencia TEDH 2006/19 de 7 de marzo (J. VIDAL MARTÍNEZ, "Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo", cit., pp. 172, 181-182.*

³¹ En caso de conflicto de este derecho a conocer los orígenes biológicos con otros derechos también reconocidos como el derecho a la privacidad, el Tribunal ha admitido en ocasiones el criterio de solución de los estados. Ver por ejemplo *Caso Odivière*.

³² J. VIDAL MARTÍNEZ, "Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo", cit., 2011, pp. 186.

Por otro lado, en el ámbito de la UE, observamos que la UE no tiene competencias para legislar sobre técnicas de reproducción asistida y/o asuntos de adopción. Sin embargo, debido a la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, un nacional de un país puede tener acceso a una técnica de reproducción asistida en un segundo Estado miembro de la UE con una legislación más permisiva (por ejemplo, cuando se permite la donación de gametos anónimos). Esto también se conoce como “turismo reproductivo”³³. También en ocasiones, la prohibición de la donación anónima de gametos, ha hecho que faltaran donantes, y se ha producido una verdadera oferta de semen no analizado a través de Internet³⁴.

Asimismo, el concepto de ciudadanía de la Unión Europea que se ha reconocido desde el Tratado de Maastricht en 1992 establece que toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro es automáticamente un ciudadano de la UE. Los derechos inherentes a la ciudadanía de la UE se recogen en la Carta de los Derechos Fundamentales (Carta de la UE) que, desde el Tratado de Lisboa en el año 2007, tiene efectos vinculantes en la UE. La presente Carta no reconoce ningún derecho a saber origen biológico, pero este derecho ha sido entendido en la mayoría de la jurisprudencia internacional y europea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como derivada de otros derechos fundamentales, como pueden ser el derecho a la dignidad humana (incluido también en el artículo 1 de la Carta de la UE) y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (incluido también en el artículo 7 de la Carta de la UE).

Además de la evolución en el tratamiento legal del anonimato de donantes de gametos en el ámbito de los Estados miembros y de la UE, y de la identificación de algunos problemas como el citado turismo reproductivo, también se producen cambios sociales y demográficos, que provocan el planteamiento de este dilema entre el derecho a conocer los orígenes biológicos de todas las personas nacidas fruto de técnicas de reproducción asistida, y el anonimato de los donantes garantizado en numerosas legislaciones eu-

³³ España es el tercer país de la UE en actividad sobre reproducción asistida, con unos 55.000 ciclos de fecundación *in vitro* al año, de los cuales unos 10.000 son de pacientes extranjeras. Fuente: Sociedad Española de Fertilidad, 2012; Las clínicas españolas acaparan el 35-40% del turismo reproductivo, y la mayoría de los pacientes provienen de Italia, Francia y el Reino Unido, siendo el 75% de los casos italianos (Fuente: Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana, ESHRE, 2009/2010).

³⁴ B. CLARK, “A balancing Act? The Rights of Donor-conceived Children to know their Biological Origins”, 2011 en http://works.bepress.com/brigitte_clark/4.

ropeas. Estos cambios socio-demográficos han sido muchas veces favorecidos por los nuevos avances científicos que han permitido la disociación entre reproducción biológica y filiación, y han hecho emerger nuevas formas de maternidad y paternidad mucho más sociales que biológicas. También han contribuido la aceptación y generalización de nuevas formas de convivencia y de modelos de familia (familias de matrimonios homosexuales, familias monoparentales, o familias reconstituidas, entre otras).

Aun así, ciertas posturas legales mayoritarias en Europa (como la prohibición de la maternidad por subrogación, o el permitido anonimato de donación de gametos) parecen querer ocultar precisamente (en el caso del anonimato de donantes) o evitar (con la prohibición de la maternidad subrogada y la filiación materna siempre a través de la madre gestante), aquellas situaciones en las que no existe un vínculo genético y biológico claro entre los progenitores y el hijo/a.

Igualmente es contradictorio este abordaje legal, en comparación con el derecho a conocer los orígenes biológicos en los casos de adopción³⁵. El reconocimiento progresivo de este derecho en los casos de adopción³⁶, no ha supuesto tantas dificultades y dilemas éticos, ni ha interferido en el reconocimiento de una maternidad y paternidad social por encima de vínculos estrictamente biológicos y genéticos. Pero tampoco la comparación con el caso de la adopción es pacífica, ya que existen voces discrepantes sobre que puedan

³⁵ Tal y como se reconoce en el derecho civil español. El Derecho catalán reconoce el derecho del hijo/a adoptado a conocer su origen biológico (art. 129 Código de Familia catalán (CF) en consonancia con el art. 7 y art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Es importante por la trascendencia psicológica en el menor, y por los posibles impedimentos matrimoniales. En España el adoptado puede saberlo porque en el Registro Civil la adopción se inscribe al margen de la inscripción de nacimiento, donde consta la filiación biológica del adoptado (artículo 47 y 48 de la Ley Registro Civil (LRC)). La Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) de 15 de febrero de 1999 permite cancelar formalmente la inscripción originaria de nacimiento y extender una nueva donde sólo aparecerán los datos de adopción. En la nueva inscripción, en la casilla de observaciones se hará referencia exclusivamente a los datos registrales de la inscripción anterior sin mencionar la adopción. El adoptado mayor de edad puede conocer los datos de la inscripción anterior (M.C. QUESADA "La Convención ante los procesos de adopción" en C. VILLAGRASA; I. RAVETLLAT (coord.), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 141-142.

³⁶ A. J. VELÁZQUEZ, "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos", *Diario La Ley*, núm. 7526, 2010; M. GARRINA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencial*, Madrid, Aranzadi, 2010.

ser supuestos análogos, ya que parten de supuestos de partida radicalmente diferentes³⁷.

De todas estas preguntas y problemas, nace la necesidad de entender cuáles son los fundamentos hoy por hoy del derecho a conocer los propios orígenes biológicos en Europa, y de qué manera está garantizado este derecho en la Unión Europea, sobre todo, bajo una pluralidad de opciones legales en relación a las técnicas de reproducción humana asistida y adopción. De la misma manera, es preciso identificar y comprender los diferentes argumentos que se esgrimen para permitir o no, la donación, y el anonimato de la donación de gametos masculinos y femeninos.

Finalmente, esto ayudará a elaborar una posición informada sobre cuál es, y cuál debería ser la situación en el ordenamiento jurídico español respecto a la donación de gametos masculinos y femeninos en el contexto de las técnicas de reproducción asistida, cómo se garantizaría el derecho a conocer los propios orígenes biológicos y genéticos, a la vez que el derecho fundamental a la intimidad y privacidad de los padres legales y de los donantes de gametos.

2. RAZONES A FAVOR DEL ANONIMATO DE LOS DONANTES

Entre las razones que se esgrimen para defender el anonimato de donantes de gametos, están las investigaciones que habían identificado consecuencias negativas en las relaciones familiares cuando se revelaba la forma de concepción del hijo/a: la desconfianza familiar, los sentimientos de ser diferentes a otros miembros de la familia, la sensación de no contar con una continuidad o transcendencia genética, y sentimientos de frustración a la hora de buscar la identidad del donante³⁸. También aparecen razones vinculadas a la asimetría en las relaciones con los hijos/as cuando uno de los progenitores tiene vínculo genético y el otro no³⁹.

Para entender la opción legal que permite el anonimato en la donación de gametos son igualmente importantes las razones que explican los padres

³⁷ Se afirma que mientras en el caso de la adopción el niño/a ya existe, en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida, esa nueva vida se crea por deseo expreso de sus progenitores (tengan uno o ambos vínculo genético con el niño/a).

³⁸ A. TURNER, and A. COYLE, "What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counseling and therapy", *Human Reproduction*, núm. 15, 2000, pp. 2041-2051.

³⁹ R. LANDAU, "The management of genetic origins: secrecy and openness in donor assisted conception in Israel and elsewhere", *Human Reproduction*, núm. 13, 1998, pp. 3268-3273.

para no querer revelar a sus hijos/as que han sido concebidos con donantes. En aquellas investigaciones que se han analizado estas opiniones, los padres manifestaban que no querían revelar la forma de concepción de sus hijos/as porque⁴⁰ no era necesario contarlo para proteger al niño/a, lo consideraban como una cuestión personal, que pertenecía a su intimidad y privacidad. Igualmente opinaban, que comunicarlo a los hijos/as iría en contra de su bienestar e interés. Los padres tenían miedo que si lo sabían otros miembros de la familia, rechazarían al niño/a, y si se sabía en un entorno más amplio, el niño/a se sentiría aislado y objeto de bromas. Además otra de las razones que con mayor frecuencia citaban, era que si se sabía la forma de concepción con donante (generalmente masculino), caería un estigma sobre el padre.

Aunque las razones más utilizadas por los padres para no desvelar la forma de concepción aluden a los deseos de protección de los hijos/as, al final la mayoría de las veces en verdad es para proteger a los propios padres, especialmente al padre⁴¹.

De todas formas, en diferentes estudios se ha evidenciado un diferente comportamiento de parejas homosexuales y heterosexuales, siendo las parejas heterosexuales quienes son más reacios a desvelar la utilización de donante, por su deseo de mimetizar una familia "normal", mientras que las parejas homosexuales son más propensas a revelar la utilización de donante⁴².

Otro de los argumentos más importantes que se esgrimen para sustentar la opción legal que garantiza una donación anónima de gametos es el derecho a la privacidad de los padres, como un derecho fundamental que no podría ser garantizado si se permite desvelar la identidad del donante de gametos.

También se utiliza como argumento para mantener el anonimato de los donantes de gametos, la constatación de que, aun en los países donde no existe anonimato de donantes, no hay ninguna provisión legal que obligue a los padres a informar a los hijos/as cómo han sido concebidos. Por lo tanto, aunque se garantice ese derecho a conocer los orígenes genéticos, si los pa-

⁴⁰ J. READINGS, L. BLAKE, P. CASEY, V. JADVA, S. GOLOMBOK, "Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy", *Reproductive BioMedicine Online*, núm. 22, 2011, pp. 490.

⁴¹ J. READINGS, L. BLAKE, P. CASEY, V. JADVA, S. GOLOMBOK, "Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy", *cit.*, pp. 493.

⁴² A. BREWAEY et al. (1993): "Children from anonymous donors: an inquiry into homosexual and heterosexual parents' attitudes", *Journal Psychosomatic Obstetric and Gynaecology*, núm. 14, 1993, pp. 23-35.

dres no desvelan a sus hijos/as cómo han sido concebidos, no tendrá ningún sentido la protección de este derecho.

Igualmente si se elimina la donación anónima ha quedado demostrado que disminuye el número de donantes, y que el tipo de donantes que quedan son de más edad, ya casados y con hijos/as, con 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/a así concebido, con lo que puede suponer una mayor interferencia en la familia⁴³.

En ocasiones también se justifica el anonimato de donantes de gametos, como una condición muchas veces imprescindible para permitir el hipotético derecho a la reproducción de las parejas con problemas de fertilidad. Este derecho a la reproducción estaría directamente vinculado a otros derechos humanos como el derecho a la salud, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad o el derecho a fundar una familia⁴⁴.

Otra de las cuestiones controvertidas, que apoyan el mantenimiento del anonimato de los donantes, es evitar las posibles reclamaciones de paternidad de los hijos/as hacia su progenitor biológico. Ya fue necesario en la aprobación de la primera ley sobre técnicas de reproducción asistida en España en 1988 aclarar que aunque el art. 39.2 de la CE que posibilita la investigación de la paternidad, y en consecuencia, el derecho de las personas de conocer su origen genético, esta disposición constitucional es anterior a la primer ley sobre técnicas de reproducción humana asistida de 1988, y en 1978 no se pensaba en estas técnicas. La investigación de la paternidad está pensada para llamar a las obligaciones a los padres que desatienden a sus hijos/as⁴⁵. La primera ley de 1988 excluía ya de derechos y deberes del donante en relación con los hijos nacidos de su donación (art. 8.1)⁴⁶.

⁴³ G. PENNING, "The "double track" policy for donor anonymity", *Human Reproduction*, vol. 12, núm. 12, pp. 2839-2844.

⁴⁴ Ver por ejemplo las diferentes posturas doctrinales al respecto en N. IGAREDA, "El hipotético derecho a la reproducción", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011, pp. 252-271.

⁴⁵ M. PALACIOS, "Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005" en I. BENÍTEZ ORTÚZAR, L. MORILLAS CUEVA y J. PERIS RIERA (coord.), *Estudio jurídico penales sobre genética y biomedicina*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 49.

⁴⁶ M. PALACIOS, "Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005" en I. BENÍTEZ ORTÚZAR, L. MORILLAS CUEVA y J. PERIS RIERA (coord.), *Estudio jurídico penales sobre genética y biomedicina*, cit., pp. 51.

En el caso de las técnicas de reproducción asistida, la paternidad se resuelve siguiendo un criterio formal: deriva de haberla aceptado 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 formal⁴⁷.

Y por último, y quizás este sea el argumento que menos se ha estudiado, y en menor medida se cita, está la dimensión económica de las técnicas de reproducción asistida. Estos avances científicos en materia de reproducción humana se han convertido también en el negocio de la esterilidad, ya que la industria que se crea a su alrededor mueve muchísimo dinero y prestigio⁴⁸. El anonimato de donantes representa un elemento imprescindible para el mantenimiento de este negocio. También es importante analizar el desarrollo de esta industria como respuesta a una demanda cada vez más creciente, que se relaciona con una individualidad moderna, que se convierte en un "sujeto de deseo", un sujeto de deseos que no tiene límites⁴⁹. Muchos reparos éticos a esta demanda creciente se fundamentan en el egoísmo de estos sujetos (generalmente mujeres) que quieren tener hijos/as a toda costa⁵⁰, por encima de los límites naturales para concebir hijos/as: por ejemplo la edad avanzada, la infertilidad por alguna causa médica o la homosexualidad. Pero pocas veces se analiza esta demanda creciente con el desfase en aumento entre el periodo de fertilidad biológico de las mujeres (que cada vez tienen su primera menstruación a edades más tempranas, y en consecuencia, tendrán la menopausia a edades más jóvenes) y la maternidad tardía (debido a factores sociales, culturales y económicos, las mujeres cada vez más retrasan la edad para ser madres por primera vez) o la generalización de otras formas de familia y convivencia⁵¹.

⁴⁷ M. CASADO, "Reproducción humana asistida: los problemas que suscita la bioética y el derecho", *Papers: revista de sociología*, núm. 53, 1997, pp. 37-40.

⁴⁸ El negocio de la fertilidad movió en España durante el 2012 460 millones de euros entre la sanidad pública y privada. El 71, 8% de los tratamientos se realizan en clínicas especializadas. Es un sector económico en crecimiento, a pesar de la actual coyuntura económica de crisis (Ver fuente http://cincodias.com/cincodias/2013/04/17/empresas/1366221737_982299.html).

⁴⁹ C. LEMA AÑÓN, *Reproducción, poder y derecho*, cit., pp. 204-205.

⁵⁰ Llegando incluso a utilizarse esta demanda creciente de las técnicas de reproducción humana asistida como una prueba de la existencia del instinto maternal que lleva a las mujeres a someterse a costosos tratamientos para tener un hijo/a biológico a cualquier precio.

⁵¹ N. IGAREDA, "Las mujeres como objeto y no como sujeto de las técnicas de reproducción humana asistida" en M. BOLADERAS (editado), *Bioética, género y diversidad cultural*,

3. RAZONES EN CONTRA DEL ANONIMATO DE LOS DONANTES

Las primeras inseminaciones artificiales con donantes tuvieron lugar en ambientes médicos en la década de los 30, y se hicieron de manera secreta durante cuarenta años, debido al estigma moral y religioso que suponían. El rechazo a la inseminación con donante de semen fue continuo, y aunque no estaba expresamente prohibido, se practicaba de manera clandestina (todavía hasta la década de los 80, por ejemplo hasta el informe Warnock de 1984 en el Reino Unido⁵²). Los hijos/as concebidos con donante eran legalmente considerados hijos/as del donante, por lo tanto las parejas que acudían a la inseminación por donante, falsificaban la partida de nacimiento.

El rechazo inicial de la inseminación por donante es similar a la que actualmente existe sobre la maternidad por subrogación⁵³. En el caso de la inseminación por donante, se trataba del estigma que rodeaba la donación de semen. Los hombres han tenido históricamente una mayor preocupación por tener una conexión genética con sus hijos/as, también relacionada con su tradicional escaso papel en la paternidad social⁵⁴.

El Comité Warnock recogió la práctica de la inseminación por donante, y recomendó que, el hijo/a concebido mediante inseminación con donante, debería ser considerado como hijo/a legítimo de la mujer y su marido, si ambos habían consentido el tratamiento. También el mismo Comité recomendaba que la donación fuera anónima.

La progresiva aceptación de las técnicas de reproducción humana asistida y el cambio de actitud sobre la utilización de donantes sucedió también de

Cánoves i Samoles, Proteus, 2012, pp. 447-490; A. CAMBRÓN INFANTE, "Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer. Una aproximación desde la perspectiva de los derechos" en A. CAMBRÓN (coord.), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 165-210.

⁵² El Comité Warnock fue creado en el Reino Unido para asesorar técnicamente la primera legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida, sobre todo sobre las implicaciones sociales, éticas y legales sobre los avances científicos en materia de reproducción asistida. Se trataba de una comisión integrada por 15 miembros de diversa procedencia académica y laboral y presidida por la filósofa Mary Warnock. Sus principales conclusiones al respecto quedaron recogidos en el informe Warnock en 1984, que no sólo tuvo una influencia decisiva en la legislación inglesa, sino también en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el español.

⁵³ Pero el debate sobre la postura legal en el caso de la maternidad subrogada es más compleja y excede los objetivos de este artículo.

⁵⁴ L. BIRKE; S. HIMMELWEIT; G. VINES, *El niño de mañana*, Comares, Barcelona, 1990, pp. 246.

manera paralela al mayor énfasis que se empieza a conceder a los derechos de los niños/as. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 de las Naciones Unidas ha sido por ejemplo la convención internacional que más rápidamente se ha firmado sobre derechos humanos⁵⁵. Las obligaciones contraídas en la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989) dotaban de fundamentos a un derecho a conocer los orígenes⁵⁶.

En consecuencia, la prioridad de la decisión política debería ser el bienestar de los niños/as concebidos con donantes de gametos, y por lo tanto, no se les debería negar su derecho a conocer sus orígenes genéticos. Esto es lo que ha llevado a un cambio de actitud en cuanto a revelar o no a los niños/as su forma de concepción y la utilización de donantes de gametos⁵⁷. Hasta mediados de la década de los 80, se aconsejaba a los padres no revelar a los niños/as sus verdaderos orígenes genéticos⁵⁸. Pero posteriormente se ha producido un cambio de actitud entre los propios profesionales de la fertilidad, a favor de revelar la identidad.⁵⁹

Igualmente una de las razones que explican ese cambio son los resultados de las investigaciones que muestran las consecuencias negativas de los secretos en adopción⁶⁰. También ha influido en este cambio, la generalización y proliferación de las técnicas de reproducción humana asistida, incluso dentro de las prestaciones de la sanidad pública de los diferentes países europeos.

El secreto que rodea las circunstancias del nacimiento del niño/a actúa en detrimento de las relaciones familiares, porque va en contra de los lazos de confianza inherentes en una estructura familiar, y porque además inter-

⁵⁵ L. FRITH, "Gamete donation and anonymity", cit., pp. 820.

⁵⁶ A. MACWINNIE, "Gamete donation and anonymity. Should offspring from donated gametes continue to be denied knowledge of their origins and antecedents", *Human Reproduction*, vol. 16, núm. 5, 2011, pp. 807-817.

⁵⁷ J. READINGS, L. BLAKE, P. CASEY, V. JADVA, S. GOLOMBOK, "Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy", cit., pp. 486.

⁵⁸ Por ejemplo esta era la postura en el Reino Unido del *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists* en 1987.

⁵⁹ Ver por ejemplo en el Reino Unido la postura de la *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFA) en 2007, e incluso Grupo de Interés de Psicología de la Sociedad Española de Fertilidad en el 2013.

⁶⁰ Por ejemplo J. PALACIOS, J. and D. BRODZINSKY, "Adoption research: trends, topics, outcomes", *International Journal Behaviour Deviance*, núm. 34, 2010, pp. 270-284.

fieren en la seguridad del vínculo que todo niño/a necesita. El secreto va en contra de los intereses de los niños/as, y además resulta difícil de mantener debido a los parecidos físicos y a los historiales médicos.

Las investigaciones anteriormente citadas sobre la intención de los padres en revelar a sus hijos/as que habían sido concebidos con donantes de gametos, muestran una evolución hacia un mayor porcentaje de padres que manifiestan la intención de revelarlo a sus hijos/as. El porcentaje suele ser más alto en el caso de donantes de óvulos que en el caso de donantes de semen, seguramente influidos por el mayor estigma del padre infértil.

Entre las razones que esgrimen los padres para revelar a los hijos/as como fueron concebidos⁶¹ destaca que quieren ser honestos, ya que consideran que el niño/a tiene derecho a conocer y los padres quieren evitar que lo sepan por otros de manera poco adecuada.

De las numerosas investigaciones sobre adopciones, se ha demostrado los beneficios que tiene el saber los orígenes genéticos⁶². Lo que no queda tan claro, que ese derecho a conocer los orígenes genéticos, después se traduzca en la necesidad de establecer ninguna relación o vínculo entre los padres biológicos y el hijo/a. Aun así hay autores que defienden no sólo el derecho a conocer el origen genético, sino también la necesidad de establecer ciertos vínculos con los progenitores genéticos.⁶³

En coherencia con esta línea, los jueces cada vez más consideran que revelar la identidad genética es beneficioso para el bienestar y los intereses del niño/a⁶⁴. Este criterio legal del bienestar utiliza el argumento de los derechos,

⁶¹ J. READINGS, L. BLAKE, P. CASEY, V. JADVA, S. GOLOMBOK, "Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy", cit., p. 489.

⁶² Ver por ejemplo J. CARSTEN, "Knowing where you've come from: ruptures and continuities of time and kinship in narrative adoption", *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 6, 2000, pp. 687-703; T. FREEMAN *et al.*, "Gamete donation: parents' experiences of searching for their child's donor siblings and donor", *Human Reproduction*, núm. 24, vol. 3, 2009, pp. 505-516; E. HAIMES, "Secrecy: what can artificial reproduction learn from adoption?", *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 2 vol. 1, 1989, pp. 46-61; F. MACCALLUM, S. GOLOMBOK, "Embryo donation families: mothers' decisions regarding disclosure of donor conception", *Human Reproduction*, núm. 22 11, vol. 2007, pp. 2888-2895.

⁶³ J. WALLBANK, "Too many mothers? Surrogacy, kinship and the welfare of the child", *Medical Law Review*, núm. 10, 2002, pp. 271-294, en el caso de maternidad por subrogación.

⁶⁴ J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

afirmando el derecho a conocer los orígenes genéticos del niño/a⁶⁵. Aunque a veces el énfasis legal (y especialmente judicial) del vínculo genético, sobre todo desde la generalización del test de ADN, crea la ficción de que la verdad genética es siempre lo mejor para el niño/a, incluso por encima de sus deseos y preferencias, y de espaldas a la realidad de las relaciones afectivas y vínculos familiares que establece un niño/a a lo largo de su infancia, que son mucho más complejos que la verdad genética⁶⁶.

Esta preferencia por lo genético y biológico sobre lo social, enlaza con la supremacía de la ciencia como fuente por excelencia del conocimiento desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX⁶⁷. Las demandas sobre una verdad científica prevalecen hoy en día sobre otras formas de verdades como las de las creencias, la fé o la religión. La prevalencia de un tipo de conocimiento sobre otro también implica el ejercicio y la supremacía de una forma poder.

La verdad por tanto, ha pasado a ocupar un lugar importante en la vida personal, o al menos de cómo se cree que la vida personal debe ser vivida. Se percibe como una forma de curación del ser, y se entiende que la verdad debe ser la única base aceptable sobre la que establecer relaciones personales apropiadas. Es dentro de este contexto donde se debe entender que cada vez es más difícil aceptar la existencia de secretos en el seno de las familias, y se percibe como un obstáculo al establecimiento de relaciones.

A pesar de esto, en los estudios sociológicos y antropológicos sobre parentesco, cada vez se presta más importancia a los significados que las personas atribuyen a las relaciones personales, y no tanto los lazos producidos por matrimonios o consanguinidad. Aun así, es evidente que los lazos genéticos y de sangre todavía tienen fuertes significados culturales para las personas. No quiere decir que son las relaciones de parentesco genéticas o de sangre las mejores, pero sí que tienen una importancia en la vida de las personas que no puede obviarse.

La preferencia legal por la verdad genética, a veces puede suponer un obstáculo a relaciones de parentesco que se establecen por otros vínculos diferentes al genético o de sangre, como pueden ser los cuidados, etc. Y no siempre esa verdad genética actúa en interés de la parte más débil, el menor, sino que también podemos encontrarnos con casos donde actúe precisamen-

⁶⁵ C. SMART, "Law and the regulation of family secrets", *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 24 vol. 3, 2010, pp. 308-309.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 400.

⁶⁷ M. FOUCAULT, *The History of Sexuality*, vol. 1, Allen Lane, London, 1979.

te en contra de los intereses del menor, o como toda forma de conocimiento, tenga un impacto de género⁶⁸.

Para poder evitar estos efectos no deseados cuando se prioriza legalmente la verdad genética, sería útil diferenciar entre la necesidad de saber o del derecho a saber⁶⁹. Podría afirmarse que se trata de un derecho a conocer los orígenes genéticos, pero no una obligación a conocerlos.

Hoy en día podemos afirmar que el derecho a conocer los propios orígenes genéticos es un derecho fundamental, ya que es esencial para el ser humano tener el derecho a saber la verdad sobre sus orígenes, e incluso se ha afirmado que negar este conocimiento es malo para las personas. En este sentido se ha acuñado el término "genealogical bewilderment" ("confusión genealógica") para referirse a aquellos niños/as que no tienen certeza sobre quienes son sus verdaderos padres y se afirma que esto puede crearles daños a su salud mental⁷⁰.

A pesar de ello, la mayoría de la literatura sobre los posibles efectos negativos de este desconocimiento, se han elaborado en el campo de las adopciones, y hay autores que dudan que por lo tanto pueda ser extrapolado al caso de las técnicas de reproducción asistida: los hijos/as de donante no han sido abandonados por su familia original, y además tienen al menos vínculos genéticos con uno de sus progenitores⁷¹.

A pesar de esta controversia, los expertos en terapia familiar siguen afirmando que la existencia de secretos en las familias es siempre dañino para la felicidad y salud mental de sus integrantes⁷².

También hay autoras que afirman, que permitiendo el acceso a la identidad de los donantes, no sólo se estaría garantizando el derecho de los nacidos/as, también se reconocería la diferencia entre donación de gametos mas-

⁶⁸ C. SMART, "Family Secrets: law and Understanding of Openness in Everyday relationships", *International Journal of Sociology and Social Policy*, núm. 38, vol. 4, 2009, pp. 551-567.

⁶⁹ F. SHENFIELD and S.J. STEELE, "What are the effects of anonymity and secrecy on the welfare of the child in gamete donation?", *Human Reproduction*, vol. 12, no. 2, 1997, pp. 393.

⁷⁰ H. SANTS "Genealogical bewilderment in children with substitute parents", *British Journal Medical Psychology*, núm. 37, 1964, pp. 133-141.

⁷¹ F. SHENFIELD, "Filiation in assisted reproduction: potential conflicts and legal implications", *Human Reproduction*, núm. 9, 1994, pp. 1348-1354; F. SHENFIELD and S. STELE, "What are the effects of anonymity and secrecy on the welfare of the child in gamete donation", *cit.*, pp. 392-395.

⁷² A. TURNER and A. COYLE, "What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy", *cit.*, pp. 2041-2051.

culinos y femeninos, se concedería un estatus significativo a las relaciones personales de cooperación que hay detrás de estas técnicas y se reducirían los abusos del mercado de la reproducción⁷³.

La supresión del anonimato de donantes, hará que sólo se presten a donar las personas verdaderamente más altruistas, y así se evitará que sólo donen aquellas personas que por razones puramente económicas y dada su situación de mayor vulnerabilidad social, acudan a la donación para obtener unos beneficios económicos, que supone la compensación por donación que la mayoría de las legislaciones contemplan⁷⁴.

Respaldando esta progresiva aceptación social también del derecho a conocer los orígenes biológicos, cada vez más los padres desvelan a sus hijos/as el haber sido concebidos mediante donantes⁷⁵. Existen incluso diferentes estudios sobre cómo los padres han revelado a sus hijos/as su concepción con donantes en Nueva Zelanda⁷⁶, en Estados Unidos⁷⁷, en Suecia⁷⁸, y en el Reino Unido⁷⁹.

⁷³ F. PUIGPELAT, "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", cit., pp. 185.

⁷⁴ F. PUIGPELAT "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", cit., pp. 192.

⁷⁵ L. BLAKE; P. CASEY; J. READINGS; V. JADVA y S. GOLOMBOK, "Daddy ran out of tadpoles": how parents tell their children that they are donor conceived, and what their 7-year-old understand", *Human Reproduction*, vol. 25, núm. 10, 2010, pp. 2527-2534; P. BAETENS et al., "Counseling couples and donors for oocyte donation: the decision to use either known or anonymous oocytes", *Human Reproduction*, núm. 15, 2000, pp. 476-484; S. GOLOMBOK et al., "Parenting infants conceived by gamete donation", *Journal Family Psychology*, núm. 18, 2004, pp. 443-452; K. HARGREAVES and K. DANIELS, "Parents dilemmas in sharing donor insemination conception stories with their children", *Children and Society*, núm. 21, 2007, pp. 420-431; K. MAC DOUGALL et al., "Strategies for disclosure: how parents approach telling their children that they were conceived with donor gametes", *Fertilisation Sterilisation*, núm. 87, 2007, pp. 524-533.

⁷⁶ A. RUMBALL and V. ADAIR, "Telling the story: parents' scripts for donor offspring", *Human Reproduction*, núm. 14, 1999, pp. 1392-1399.

⁷⁷ JE. SSCHEIB, "Choosing identity release sperm donors: the parents' perspective 13-18 years later", *Human Reproduction*, núm. 18, 2003, pp. 1115-1127.

⁷⁸ F. LINBLAD et al., "To tell or not to tell: what parents think about telling their children that they were born following donor insemination", *Journal Psychosomatic Obstetrics and Gynecology*, núm. 21, 2000, pp. 193-203.

⁷⁹ M. HUNTER et al., "Donor insemination: telling children about their origins", *Child Psychology and Psychiatric*, núm. 5, 2000, pp. 157-163; E. LYCETT et al., "School aged children of donor insemination: a study of parents' disclosure patterns", *Human reproduction*, núm. 20, 2005, pp. 810-819.

Estas investigaciones diferencian dos tipos de estrategias de las familias respecto a cómo revelar la forma de concepción de los hijos/as⁸⁰. Por un lado, los padres que adoptan la estrategia de plantación de la semilla (“seed strategy”): aquellos que están convencidos que es de vital importancia desvelar desde el principio la forma de concepción de los hijos/as, de forma que los niños/as crezcan siempre sabiendo las circunstancias de su concepción. Por otro lado, los padres que adoptan la estrategia del momento más adecuado: aquellos que consideran que es mejor esperar al momento más adecuado para desvelarlo cuando los niños pueden entender los hechos y circunstancias de su concepción. La mayoría de los padres se lo comunicaron a sus hijos/as cuando estos tenían entre 4-5 años siguiendo la estrategia de la plantación de semilla. Los que lo hicieron más tarde en torno a los 7-8 años, lo hicieron siguiendo la estrategia del momento adecuado, cuando consideraban que los niños/as tenían madurez suficiente para entenderlo.

La mayoría de las veces era la madre quien lo comunicaba. La mayoría de las parejas se sienten aliviados después de hacerlo, y las reacciones de los niños en general es de curiosidad, neutralidad o ningún tipo de reacción.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Resulta difícil legislar sobre las técnicas de reproducción humana asistida, a pesar de los problemas éticos que suscita, y las demandas sociales sobre la necesidad de un control social de estos avances científicos. En estos casos, la ciencia avanza mucho más deprisa que el debate y consenso social necesario para legislar sobre las diferentes polémicas que los nuevos descubrimientos científicos suscitan.

Las suspicacias que despiertan los avances científicos sobre la reproducción, cuando se ven desde una óptica más liberal, se afirma que no debería frenarse el avance de la ciencia, sino que la sociedad debería controlar la bondad de su uso, para prevenir futuros abusos o fines ilícitos. Pero cuando se apela a esa sociedad, se está aludiendo a los poderes públicos, fuertemente sujetos a presiones industriales y comerciales, y no tanto a procesos democráticos de control, y aun menos a una sociedad donde la mujer esté suficientemente representada para valorar el uso de estos nuevos conocimientos científicos sobre su cuerpo y la reproducción en general. Además, la ciencia

⁸⁰ MAC DOUGALL *et al.* “Strategies for disclosure: How parents approach telling their children that they were conceived with donor gametes”, *cit.*, 2007.

no avanza “neutralmente” dando respuestas a demandas sociales, sino que los intereses empresariales tienen mucho que ver a la hora de seleccionar aquellas demandas sociales que pueden dar lugar a mayores beneficios económicos posteriores⁸¹.

Además, las nuevas tecnologías en materia de reproducción suelen convertirse en puntos de partida de un debate político donde en seguida se invoca la igualdad de género⁸², el amor⁸³, la ciencia, la religión⁸⁴ o las luchas políticas. Todos estos temas aparecen de manera implícita o explícita en el debate político que precede una determinada posición legal, y fácilmente se diluye la separación entre lo público y privado, cuando la ley está abordando cuestiones íntimas relacionadas con la sexualidad y la reproducción⁸⁵.

A la hora de resolver estos dilemas bioéticos, y adoptar una determinada postura legal, es necesario respetar, en la medida de lo posible, la diversidad de posturas morales al respecto. El pluralismo moral de la sociedad no sólo es un hecho, sino además un valor constitucionalmente protegido en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1 CE). Pero esto no quiere decir que la mejor solución posible debe ser la ausencia de regulación para permitir tan sólo regulaciones fruto de consensos individuales⁸⁶. Contra el relativismo moral extremo, cabe la posibilidad de juicios morales racionales suficientemente debatidos⁸⁷,

⁸¹ L. BIRKE, S. HIMMELWEIT, G. VINES, *El niño de mañana*, cit., pp. 52.

⁸² Es el caso de la donación de óvulos como no equivalente a la donación de semen.

⁸³ Uno de los argumentos en contra de la maternidad subrogada es lo antinatural que resulta que una madre que ha gestado a un bebé durante 9 meses, después no sienta ningún sentimiento de amor hacia ese bebé.

⁸⁴ Por ejemplo la condena de la Iglesia Católica de las técnicas de reproducción humana asistida.

⁸⁵ K. SPILKER y L. MERETE, “Gender and Bioethics Intertwined: egg Donation within the Context of Equal Opportunities”, *European Journal of Women’s Studies*, núm. 14 vol. 4, 2007, pp. 327-340.

⁸⁶ Esta es sin embargo, la realidad en países como Estados Unidos.

⁸⁷ “El Bioderecho debe elaborarse utilizando los mecanismos de la llamada democracia deliberativa, basada en la discusión abierta de valores sustantivos que están en juego. Cuando se va a proceder a regular las situaciones surgidas como consecuencia de los avances biomédicos, previamente debe abrirse un proceso deliberativo en el que participen los diversos sujetos que representen los intereses que confluyen” R. JUNQUERA: “Derecho, Bioética y Bioderecho, un cruce de caminos para un derecho emergente: el Derecho a ser informado en la asistencia biomédica” en R. JUNQUERA DE ESTÉFANI, J. DE LA TORRE (eds.), *Dilemas bioéticos actuales: investigación biomédica, principio y final de la vida*, Madrid, Dyckinson, 2005, pp. 25.

que se plasmen en un derecho que constituya en la medida de lo posible la expresión de la voluntad del pueblo⁸⁸.

Las leyes sobre técnicas de reproducción asistida se adoptan además en un momento en el que existen mayores posibilidades de abortar en el mundo occidental, disminuye el número de niños/as susceptibles de ser adoptados, y aumenta el interés por las técnicas de reproducción asistida como respuesta a la infertilidad de las mujeres⁸⁹.

Igualmente estas leyes se relacionan con el supuesto ejercicio de los derechos reproductivos de las personas, derechos que en el mundo occidental están basados en el principio de que *“las personas individuales deberían ser libres para tomar sus propias decisiones sobre cuestiones que afecten exclusivamente a sus vidas privadas”*⁹⁰.

Todas estas razones hacen imprescindible abordar el debate del anonimato de donantes de gametos masculinos y femeninos en el contexto de las leyes sobre técnicas de reproducción asistida, y obligan a ofrecer una solución legal para la protección del derecho a conocer los orígenes biológicos, tal y como la mayoría de los países se han comprometido bajo el Convenio de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

No es suficiente la solución que aporta por ejemplo Pennings,⁹¹ que considera que en todo el debate sobre el anonimato de donantes de gametos, la controversia está en si se trata de proteger el derecho del niño/a a conocer sus orígenes genéticos, o se trata de imponer una única forma de organización familiar que debe funcionar para todo el mundo.

Este autor defiende la política de la doble vía como solución, en el que se puede elegir un donante anónimo o un donante que está dispuesto a ser identificado en un futuro. Cree que este modelo tiene en cuenta toda la variedad de perspectivas y puntos de vista desde el inicio y por lo tanto, todas las partes son libres de consensuar bajo qué parámetros quieren participar. Piensa, en este sentido, que la única consideración moral de este modelo es el derecho de toda persona de organizar su vida como mejor crea. Pennings defiende que esta propuesta de política de la doble vía tiene como ventajas la autorregulación, el bienestar de la familia en su conjunto, y el reconocimiento de la pluralidad moral.

⁸⁸ M. CASADO, *Materiales de Bioética y Derecho*, Cedecs, Barcelona 1996, pp. 38.

⁸⁹ L. BIRKE, S. HIMMELWEIT, G. VINES, *El niño de mañana*, cit., pp. 16.

⁹⁰ L. BIRKE, S. HIMMELWEIT, G. VINES, *El niño de mañana*, cit., pp. 18.

⁹¹ G. PENNING, “The “double track” policy for donor anonymity”, cit., pp. 2839-2844.

Quizás esta puede ser una opción legal en países que no están obligados a garantizar este derecho a conocer el origen biológico, como en Estados Unidos, pero no es el caso de los países europeos, ni tampoco de España.

La legislación española mantiene sorprendentemente el anonimato de donantes a pesar de los cambios producidos en el entorno europeo, y a la posibilidad que representó la segunda ley sobre técnicas de reproducción humana asistida en el 2006. Es también en cierto modo contradictorio su mantenimiento, cuando se compara con la legislación sobre adopciones.

Sería deseable un cambio legal que adecuara la ley sobre técnicas de reproducción asistida a las responsabilidades del Estado español bajo el derecho internacional y en la garantía a este derecho a conocer los orígenes biológicos como una parte esencial de los derechos fundamentales de los niños/as concebidos con donantes de gametos.

La normalización de las técnicas de reproducción asistida, y la posibilidad de identificar el donante, producirá también cambios sociales y culturales, de forma que la figura del donante pueda aparecer en el imaginario de los niños/as, como una realidad desprovista de estigma alguno, al igual que se ha producido en la normalización de las separaciones y divorcios, y la aparición de nuevas familias (homosexuales, monoparentales o reconstituidas)⁹². El derecho debe hacerse eco de estas nuevas realidades familiares, e igualmente permitir e incluir las nuevas formas de pluriparentalidad⁹³.

NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ

*Departamento de Ciencia Política y Derecho Público
Facultad de Derecho - Universitat Autònoma de Barcelona
Edifici B- Campus UAB - 08193 Bellaterra
(Cerdanyola del Vallès) Barcelona
e-mail: Noelia.igareda@uab.cat*

⁹² F. PUIGPELAT, "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", cit., pp. 191.

⁹³ I. THÉRY, "El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento", *Revista de Antropología Social*, núm. 18, 2009, pp. 38.

