



Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos

Miembros

Federico de Montalvo Jääskeläinen (Presidente)

Rogelio Altisent Trota (Vicepresidente)

Vicente Bellver Capella

Fidel Cadena Serrano

Manuel de los Reyes López

Álvaro de la Gándara del Castillo

Encarnación Guillén Navarro

Nicolás Jouve de la Barreda

Natalia López Moratalla

Leonor Ruiz Sicilia

José Miguel Serrano Ruiz-Calderón

Emilia Sánchez Chamorro (Secretaria)

Índice

Introducción

Parte I. Identidad biológica, familiar y personal

1. Identidad biológica
2. ¿Qué se hereda con el patrimonio genético aportado por los progenitores?
3. La importancia de conocer el propio origen

Parte II. Aspectos éticos y legales

1. Marco legal actual sobre el anonimato en la donación de gametos en España
2. La reforma legal sobre la protección de la infancia de 2015 y su impacto en el régimen actual del anonimato
3. Argumentos que informarían a favor del derecho del hijo a conocer su origen biológico
4. El derecho a conocer el origen biológico como expresión del derecho a la identidad puede ser proclamado como un derecho fundamental de los hijos nacidos de la reproducción humana asistida
5. El fin del régimen del anonimato como tendencia en la concepción europea del derecho a la identidad del menor

Conclusiones

En la reunión plenaria del Comité de 16 de enero de 2019 se decidió de manera unánime incluir en la agenda de trabajo del Comité para el año 2019 la elaboración de un informe sobre el anonimato en la donación de gametos para la reproducción humana asistida, iniciándose los correspondientes trabajos a tal fin en las semanas siguientes a aquella reunión. Sin embargo, en el proceso de elaboración del Informe, desde la Subdirección General Cartera de Servicios del SNS y Fondos de Compensación del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social se nos dio traslado de una solicitud del Consejo de Europa, a fin de recabar información y posibles comentarios acerca de la versión provisional de la Recomendación (2156-2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre donación anónima de espermatozoides y ovocitos: sopesando los derechos de los padres, donantes y niños (*Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*).

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

La propia Recomendación reconoce que este derecho no es absoluto y, por lo tanto, debe equilibrarse con los intereses de las otras partes involucradas en la donación de espermatozoides y ovocitos, principalmente, los del donante o donantes, los de los padres legales y también los de las clínicas y prestadores de servicios, así como los intereses de la sociedad y las obligaciones del Estado. Y si bien dicho equilibrio ha tendido a favorecer el derecho a la intimidad del donante y, por tanto, su anonimato, varios Estados europeos han abolido el anonimato, incluso, con efectos retroactivos.

La Recomendación concluye proponiendo a los Estados miembros del Consejo de Europa la supresión del anonimato, pero sin efectos retroactivos, es decir, solo para las donaciones de gametos que se produzcan en el futuro, pudiendo el hijo decidir, a partir de su mayoría de edad o de alcanzar la capacidad suficiente, si y cuándo quiere acceder a la información sobre la identidad del donante y, en su caso, iniciar el correspondiente contacto con él, idealmente después de haber tenido acceso a los servicios adecuados de orientación, asesoramiento y apoyo antes de tomar una decisión. Tal alteración de la regla del anonimato no deberá tener, sin embargo, consecuencias legales para la filiación.

Finalmente, la Recomendación establece que los Estados miembros deben crear registros nacionales de donantes y personas concebidas a través de la reproducción humana asistida a fin de facilitar dicho derecho de acceso a la información por parte del hijo y también para garantizar que se cumplen el número máximo de donaciones por parte de un donante, minimizándose así las posibles relaciones de consanguinidad.

Recibida la consulta, el Comité debatió y aprobó por unanimidad, en su reunión plenaria del día 7 de mayo de 2019, un Informe inicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 78.1 a) y c) de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, que fijan entre las funciones del Comité emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico en asuntos con implicaciones éticas relevantes, y representar a España en los foros y organismos supranacionales e internacionales implicados en la Bioética.

En la siguiente reunión plenaria del Comité, el 26 de junio de 2019, se acordó por todos los miembros presentes, incluir el texto de dicho Informe, que, por los plazos establecidos por el Consejo de Europa, tuvo que elaborarse y aprobarse en un periodo de tiempo extremadamente breve, en el presente Informe final y no publicarse de manera independiente. De este modo, las ideas y conclusiones recogidos en dicho Informe se han incorporado al presente.

También creemos importante mencionar que, en la elaboración del presente informe, el Comité ha implantado una nueva metodología de trabajo, no extraña en otros Comités de nuestro entorno, que ha consistido en invitar a comparecer en los plenarios del Comité a expertos en la materia para que con sus ideas y posiciones pudieran enriquecer e ilustrar el debate suscitado en la elaboración de este Informe. Así, hemos tenido la oportunidad de escuchar a diferentes expertos en el campo a quienes

agradecemos la colaboración prestada y la gentileza de aceptar nuestra invitación a comparecer*.

Concluidas las citadas comparecencias y el consiguiente debate por parte de los miembros del Comité, el presente Informe se aprobó en el pasado Plenario de 15 de enero de 2020.

Introducción

Recordábamos en nuestro Informe de 19 de mayo de 2017, sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, que cuando el fisiólogo inglés Robert Edwards fue galardonado con el Premio Nobel de Medicina en 2010, la nota de prensa oficial de la organización de los Premios destacaba como motivos para la concesión del prestigioso premio, “el desarrollo de la terapia de la fecundación in vitro humana. Sus logros han hecho posible tratar la infertilidad, una condición médica que aflige a una importante porción de la humanidad, incluyendo a más del 10% de todas las parejas del mundo”. Sin embargo, la citada nota no apuntaba a la auténtica revolución que dicha técnica trajo consigo: la de crear vida humana en el laboratorio y revolucionar las posibilidades de reproducción de los seres humanos. Edwards y su colega Steptoe, quien ya había fallecido al tiempo de la concesión del Nobel, no pasarán a la historia solamente por haber acabado con los problemas de la esterilidad o infertilidad de las parejas, sino por crear una forma de reproducción alternativa al encuentro sexual entre hombre y mujer. La FIV no solo permitía que parejas con problemas de esterilidad pudieran tener un hijo, sino que haría ya innecesario el encuentro sexual para que una mujer pudiera dar a luz un hijo.

Desde el nacimiento de Louise Brown en 1978, las técnicas de reproducción humana asistida en general han evolucionado a gran velocidad, tanto desde el punto de vista tecnológico como por los usos a los que ha sido destinada. La admisión de la fecundación post mortem o el recurso a las técnicas por parte de mujeres solas, parejas de lesbianas o parejas

* Los citados expertos que comparecieron en los plenarios de 26 de junio y 25 de septiembre de 2019 y han sido, por orden de comparecencia, Doña Blanca Gómez Bengoechea, Doña Ana Berástegui Pedro-Viejo, Don Federico Pérez Milán, Don Fernando Abellán García, Doña Lydia Feito Grande y Don José Miguel García Sagredo.

heterosexuales sin tener que acreditar problemas de esterilidad puso bien pronto de manifiesto que estas técnicas no solo servían para superar los problemas de infertilidad de las parejas, sino también para liberar a los seres humanos de las “imposiciones” biológicas de la reproducción humana. Sin que apenas hubiera debate social al respecto, se produjo una auténtica revolución en la reproducción humana. Algunos se apresuraron a hablar de una progresiva emancipación del ser humano respecto de la biología, que hasta entonces había condicionado la procreación humana al encuentro sexual entre un varón y una mujer. Otros entendieron que estas técnicas podían llegar a atentar contra el marco idóneo para la procreación: aquel en el que las nuevas vidas humanas nacen y quedan al cargo del varón y la mujer que los han engendrado. La mayoría de la sociedad se ha mantenido por el momento al margen de ese debate, aceptando en mayor o menor medida las posibilidades que ofrecen estas técnicas.

Las mismas técnicas son las que, además, han abierto las puertas para luchar no solo contra la infertilidad sino también para tratar de prevenir en fase embrionaria la aparición y transmisión de determinadas enfermedades. Y pese a ser los fines que se persiguen en la mayoría de los casos en los que se aplican las citadas técnicas plausibles, también es cierto que han removido y alterado muchos de los elementos que han venido caracterizando a las instituciones más consustanciales a nuestra forma de vida en comunidad y con las que hemos convivido durante siglos, poniendo en solfa principios que, consagrados siglos atrás y con los que hemos venido operando no solo en Europa sino en todo el mundo, como el brocardo procedente del Derecho Romano, *mater semper certa est*. El rápido avance de tales técnicas tiene importantes implicaciones económicas, culturales, científicas, éticas y legales que afectan a lo más profundo de las instituciones y valores sociales, alterando muchos de los paradigmas en el ámbito de la paternidad y la familia. El propio acto de procrear no es ya solo un evento natural de la máxima relevancia, en la medida que da lugar a un nuevo ser humano, sino que también se plantea como un deseo transformado en derecho. Incluso, en algunos casos, la propia gestación no es ya el primer encuentro de la madre y el hijo, al poder ser ofrecida, al amparo de las técnicas de reproducción humana asistida, por una tercera persona. No solo se ofrece el propio gameto, sino también el cuerpo de la persona que gestará al futuro hijo, cuestión ésta que fue profusamente abordada en nuestro anterior Informe ya citado sobre la maternidad subrogada.

Estos cambios provocados por la reproducción humana asistida nos obligan, como no podía ser de otra manera, a replantearnos algunos de

nuestros postulados y de nuestras certezas, sin que en muchas ocasiones seamos capaces de ver el final que se nos vislumbra en la evolución de dichas técnicas, siendo un buen ejemplo de tales dilemas el que está suscitando recientemente la edición genómica y, en especial, la tecnología del CRISPR/Cas9, sobre lo que ya tuvimos la posibilidad de reflexionar someramente en nuestra Declaración de 16 de enero de 2019 (Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos).

Como también poníamos de manifiesto en nuestro Informe sobre la maternidad subrogada, las técnicas de reproducción humana asistida nos plantean un desafío de enorme alcance, el cual nos obliga a preguntarnos si la procreación requiere el respeto de unas condiciones mínimas para que resulte conforme al bien de las partes directamente involucradas. Es esto, precisamente, lo que pretendemos abordar en el presente informe en lo que se refiere a un dilema concreto que se está planteado, no como consecuencia necesaria de la aplicación de dichas técnicas, sino como opción ética y legislativa en el marco de las mismas y es el de en qué medida mantener el régimen legal actual del anonimato del donante de los gametos respeta los derechos a la identidad y a conocer el origen biológico de los que es titular el hijo que ha nacido de dichas técnicas. E insistimos en la idea que acabamos de expresar de que dicho dilema no lo plantean las técnicas, sino que se produce en el marco de las mismas, porque levantar o negar el anonimato, en modo alguno, significa negar el valor de las técnicas ni, mucho menos, como demuestra la experiencia de otros países, a lo que nos referiremos más adelante con detalle, terminar con la posibilidad de que pueda accederse a las mismas.

Junto a dicho desafío, en nuestro Informe sobre la gestación subrogada destacábamos un segundo: la eficacia que puede tener una medida adoptada respecto de las técnicas de reproducción humana asistida a nivel estatal cuando dichos servicios se ofrecen ya a nivel global. El umbral de la eficacia de las normas que regulen esas prácticas a nivel estatal vendrá en buena medida determinado por la existencia o no en el entorno de una regulación más permisiva que venga a garantizar, con una mínima seguridad jurídica, obtener lo que aquella no permite o dificulta. Ante este estado de cosas, lo deseable sería aprobar una regulación universal básica sobre el anonimato que evite el denominado *forum shopping*, es decir, la práctica consistente en acudir al sistema legal más favorable a las personas que quieren recurrir a dichos servicios. Como nos recuerda la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: “en una era de globalización, donde se cruzan las fronteras con mayor frecuencia, las

diferencias en las leyes nacionales de los Estados pueden dar lugar a cuestiones complejas de derecho internacional privado sobre el establecimiento o reconocimiento de la filiación legal de los niños, cuestiones que afectan a sus derechos humanos”.

Este desafío es, además, muy relevante desde la perspectiva de los principios de justicia e igualdad, ya que, como tuvimos oportunidad de manifestar en nuestro Informe sobre la financiación pública del medicamento profilaxis pre-exposición (PrEP) en la prevención del VIH, de 7 de marzo de 2017, el perfil socioeconómico de los que principalmente se verán beneficiados por la medida informa a favor de su financiación pública. Y así, recordábamos que al poder adquirirse ya dicho medicamento sin grandes dificultades en el Reino Unido donde había sido ya aprobado y, existiendo también páginas webs que indicaban cómo obtenerlo más allá de nuestras fronteras, las personas de mayor poder adquisitivo podían acceder fácilmente al mismo, quedando los sujetos en peor situación económica o más vulnerables en una posición de clara desventaja. Ello, decíamos, que no creíamos que determinara que el medicamento tuviera que financiarse públicamente, por el mero hecho de que ciudadanos españoles con cierto poder adquisitivo pudieran acceder al mismo viajando al extranjero o adquiriendo bajo el pago de una cantidad de dinero a través de la Red, pero sí que al menos informaba a favor de una decisión favorable a su incorporación a la financiación pública por razones de estricta equidad.

Recordábamos en el mismo Informe que, desde una perspectiva estrictamente ética, si hay que sacrificar la salud de la población por razones de sostenibilidad, la equidad manda que el sacrificio sea igual para todos, independientemente del poder económico de los ciudadanos. Y si aceptamos la desigualdad de acceso a los servicios sanitarios, habría que compensar de un modo justo a los que padecen un menor acceso a dichos servicios, ya que todos los caminos de la equidad sanitaria conducen a una disminución de las desigualdades injustas de salud, es decir, a una disminución de las desigualdades sociales y económicas de la población.

Ciertamente, los argumentos éticos ahí recogidos no son en todos los supuestos aplicables al debate que nos ocupa, en la medida que no estamos aquí hablando siempre de tratamientos que permitan superar una enfermedad. En todo caso, la desaparición de las fronteras en un mundo de servicios sanitarios globalizados entendemos que debe ser siempre atendida en la discusión sobre la que versa este Informe.

En relación con todo ello, es importante destacar que las posibilidades de alcanzar un acuerdo, al menos europeo, sobre una regulación común del anonimato de la donación es ya bastante posible, si atendemos a la posición que casi unánimemente mantiene la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de la que hemos dado antes cuenta. De este modo, pues, no puede temerse un movimiento hacia el extranjero cuando Europa parece avanzar inexorablemente hacia el fin del anonimato y no por capricho o por un mero desvalor de las técnicas de reproducción humana asistida, porque la posición de la parte más vulnerable, la del hijo nacido de dichas técnicas, no puede ser desatendida como veremos que ha venido ocurriendo, al menos, en lo que a nuestro país se refiere.

A estos argumentos podríamos añadir uno más y es que la hipótesis de que los donantes, los progenitores y los futuros padres empiecen a donar o recibir el servicio fuera de nuestras fronteras, en un Estado donde su sistema legal aún mantuviera la regla del anonimato es poco previsible, y ello, por dos motivos: en primer lugar, porque precisamente el ingente desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida en España no ha venido provocado por dicha regla del anonimato todavía hoy vigente, sino porque nuestra regulación legal es considerada una de las más flexibles o permisivas del marco europeo; y, en segundo lugar, porque precisamente varios de los países que también tienen un modelo legal muy flexible, parecido al nuestro, y que es donde acudirían los interesados en las técnicas, han derogado en su mayoría la regla del anonimato (véase, especialmente, el Reino Unido o los Países Bajos). Sí podría ocurrir, por el contrario, que el número de parejas extranjeras que habitualmente vienen a España a recibir la aplicación de las técnicas, cuyo porcentaje actual es bastante elocuente, se vea disminuido por influencia de la derogación del anonimato. Sin embargo, no creemos que nadie pueda argumentar o sostener que tal negocio basado en el turismo reproductivo deba mantenerse a toda costa, con menoscabo de los derechos de la parte más vulnerable, el hijo nacido de las técnicas de reproducción humana asistida.

Como señala, entendemos con gran acierto, el Comité de Bioética de Cataluña en su Informe de 24 de febrero de 2016, sobre “El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de las personas”, las nuevas realidades sociales y modelos de familia nos abren nuevos interrogantes acerca de las expectativas de las personas implicadas. Nos preguntamos sobre cuál es hoy día la función parental, qué responsabilidades asumen las personas que participan en el proceso de reproducción y ejercen el rol de

padre y madre, y sobre todo dónde quedan los derechos de las personas nacidas de origen biológico o genético distinto al de sus padres.

Tales cambios provocados por el ingente avance y popularización de las técnicas de reproducción humana asistida son, por tanto, los que nos obligan a plantearnos nuevos interrogantes o, incluso, como el que ahora nos ocupa, no tan nuevos pero que por haber convivido con nosotros de manera más o menos silente durante ya algunas décadas han podido pasar algo desapercibidos, aunque, como demuestra la literatura académica sobre la materia, no han estado estos años exentos de controversia ni han dejado de remover las conciencias de muchas personas.

No creemos sinceramente que sea admisible, desde una perspectiva ética, recurrir al argumento que se ha escuchado estos últimos meses y del que han dado cumplida cuenta los medios de comunicación y la opinión pública que pretende sostener que nada justifica hacer reformas legales en el estado actual de la regulación del anonimato de la donación de gametos para la reproducción humana asistida, ya que, aparentemente, *todo hasta la fecha ha funcionado perfectamente sin plantear especiales dilemas ni conflictos en sede legal*. A este respecto, la historia de la lucha por los derechos y libertades, nos recuerda que, habitualmente, muchos de éstos se conquistan pese al silencio de los más vulnerables que, obviamente, no disponen de los medios materiales y personales para trasladar a la opinión pública cuál es su realidad. Lo que probablemente haya sucedido en el ámbito de la reproducción humana asistida.

El Derecho se basa en el criterio de universalización, debiendo tratar a todos los seres humanos por igual. En cuanto miembro de una sociedad, todo ser humano tiene que aceptar y respetar un conjunto de reglas y valores comunes, es decir, un nivel mínimo de moralidad por debajo del cual sólo está lo inhumano y la barbarie. Esos valores pueden establecerse por dos vías: una, mediante la imposición; dos, mediante la búsqueda de consensos racionales o al menos razonables entre todos o la mayoría de los ciudadanos, basados en la pluralidad y el respeto mutuo. Esto supone que todos y cada uno, partiendo de sus propios sistemas de valores, y por tanto de sus respectivas éticas de máximos, han de buscar el establecimiento de un conjunto de valores comunes que rijan la vida social de esa comunidad. Dichos valores comunes toman las formas de usos, costumbres y normas jurídicas. Estas últimas definen las actividades de obligado cumplimiento para los ciudadanos y su garante es el Estado, que para hacerlas cumplir puede llegar a utilizar la fuerza. Las principales áreas que ha de cubrir ese espacio de

ética mínima son: la protección de la integridad física, psíquica y moral de los individuos (principio de *no maleficencia*) y la protección de la integridad interpersonal y social, evitando la discriminación, la marginación o la segregación de unos individuos por otros en las cuestiones básicas de convivencia (principio de *justicia*). Y precisamente ambos principios bioéticos parecen que no son respetados cuando al que, sin responsabilidad alguna por su parte, nace de una manera por la que se le impide acceder, a diferencia de los que le rodean, al ejercicio del derecho a conocer y relacionarse con quien es su progenitor, más aún, cuando ello, como vamos a ver de inmediato se le reconoce incluso a ciudadanos en una situación similar.

Como recuerda el filósofo Michael Sandel, el problema quizás radica en que un ámbito en el que lo económico ha cobrado una relevancia tal y donde los intereses, obviamente legítimos, de muchas empresas es tan prevalente que la vida pública puede quedar vacía de argumentos morales. Parte del atractivo de los mercados estriba, en palabras del filósofo, en que no emiten juicios sobre las preferencias que satisfacen. No se preguntan si ciertas maneras de valorar los bienes son más nobles o más dignas que otras (Sandel, M. J., *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*, trad. esp. J. Chamorro, Debate, Barcelona, 2013).

Un ejemplo de cómo la realidad, aparentemente incontestada durante años en nuestro país y en muchos lugares de nuestro entorno, debe ser revisada es la versión provisional de la Recomendación (2156-2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre donación anónima de espermatozoides y ovocitos: sopesando los derechos de los padres, donantes y niños (*Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*), en la que dicha máxima instancia europea en la protección de los derechos y libertades manifiesta que pese a que el régimen del anonimato es el que ha primado en la mayoría de los Estados del Consejo de Europa, ello no obsta para que se revise dicha situación y se promueva un cambio de paradigma, como de hecho ya vienen haciendo varios Estados miembros, y se atienda fundamentalmente a los derechos de la persona nacida de la reproducción humana asistida que se encuentra precisamente en la posición más vulnerable y para quien los obstáculos son mayores.

También, se olvida en el debate acerca del anonimato de la donación de gametos, o de otros conflictos y dilemas relacionados directamente con las técnicas de reproducción humana asistida, que éstas no están exentas de plantear problemas de salud. No se trata de una alternativa neutral a la procreación natural, sino un recurso que, si bien permite ver satisfechos los

deseos de muchas parejas o individuos de ser padres, implican riesgos específicos para los nacidos por medio de ellas. Numerosas publicaciones ponen de manifiesto la mayor incidencia de enfermedades epigenéticas o “de imprinting” como los síndromes de Beckwith Wiedemann (SBW), Silver Russell (SSR) y Prader Willi (SPW) en los niños nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida respecto a los concebidos de forma natural (Mussa *et ál.*, 2017; Cortessis *et ál.*, 2018; Uk *et ál.*, 2018; Hattori *et ál.*, 2019). Mussa *et ál.* (2017) reportaron una prevalencia de SBW de 1:1126 recién nacidos vivos tras las técnicas, estimando que el riesgo relativo de SBW en la población nacida de las técnicas es 10 veces la observada en los niños concebidos naturalmente. Esta asociación de enfermedades relacionadas con el imprinting genómico y las técnicas de reproducción humana asistida debería mencionarse en los consentimientos informados dado que existe un incremento objetivo del riesgo relativo, aunque el riesgo absoluto siga siendo pequeño.

Las técnicas no pueden ser consideradas, como en ocasiones se ha percibido en el debate público al que hemos asistido estos últimos meses, desde que este Comité anunció su intención de preparar este Informe, ni el procedimiento preferido para paliar el envejecimiento de la población ni un método para sustituir la reproducción natural siempre que sea posible, ya que suponen riesgos como los antes descritos.

Por tanto, tal y como menciona Mussa *et ál.* (2017), es importante sensibilizar a la comunidad científica y a la sociedad en general sobre los riesgos de salud asociados a las técnicas de reproducción humana asistida, que también deben tenerse en cuenta en el complejo debate cultural de la reproducción humana, un aspecto clave en las políticas de salud pública actual.

Por último, creemos importante recordar que el dilema que da lugar a este Informe no solo afecta a dos partes, el hijo nacido de las técnicas de reproducción humana asistida y quien donó su material reproductivo para que unos terceros pudieran cumplir su deseo de ser padres, sino también a éstos y, por ende, a la propia institución de la familia. Y a este respecto, este Comité ha mostrado ya una especial sensibilidad hacia ésta, como institución nuclear de la sociedad, de lo que es buen ejemplo el ya citado Informe sobre la maternidad subrogada. Sin embargo, esgrimir la familia como argumento en contra del cambio de regulación sobre el anonimato de la donación es un argumento que olvida que dicha institución conlleva también unos deberes no solo morales, sino incluso legales de confianza, lealtad y responsabilidad entre sus miembros y, por lo que a los padres se refiere, un deber ético y legal de

actuar siempre en el mejor interés de sus hijos y cuando del derecho a la identidad se refiere, el interés solamente puede ser determinado por el propio individuo y no por terceras personas aunque de sus padres se trate.

En todo caso, tampoco podemos olvidar que el papel del Estado en lo que a las relaciones familiares se refiere, debe ser de salvaguarda de las mismas y no de intromisión en tales relaciones, salvo que claramente los padres estén actuando en contra del interés superior del hijo. El Estado tiene el deber constitucional de proteger a la parte más vulnerable, es decir, al hijo y a su derecho a la identidad, pero también tiene el deber de promover y proteger las relaciones familiares, sin intromisiones injustificadas.

Como expondremos en el Informe, la institución de la familia debe ser atendida con especial atención en el debate y por ello una propuesta de levantar el anonimato debe conjugarse, en primer lugar, con una posición de respeto y tolerancia por parte del Estado. Como recordara hace unos años Diego Gracia Guillén, ni el médico ni el Estado tienen capacidad para definir lo que es el mejor beneficio para el menor. Esa capacidad sólo puede corresponder a los padres o familiares. La función del Estado es la de vigilar que los padres no traspasen sus límites y so pretexto de promover la beneficencia de sus hijos tomen decisiones que infrinjan el principio de no maleficencia. Y ello, no sólo se debe a que los padres suelen querer a los hijos. Es algo más profundo. Se trata de que la familia es una institución de beneficencia (Gracia, D. *et ál.* “Toma de decisiones en el paciente menor de edad”, *Medicina Clínica*, vol. 117, núm. 5, año 2001). Así como la función del Estado es la no-maleficencia, la de la familia es la beneficencia, interesando destacar ahora lo que señalaba la Declaración de la Comisión Central de Deontología del Consejo General de Colegios de Médicos sobre la ética médica en la atención del menor maduro de 30 de noviembre de 2007, en su apartado 1.9: “En ningún momento se debe olvidar que son los padres del menor los que en principio están más capacitados para valorar su grado de madurez por lo que, siempre que sea posible, se les deberá incluir en la valoración del menor”. De ello se deduce que el papel del Estado, a través del médico, es muy relevante en la protección del menor, pero sin desatender la posición principal que también deben ocupar los padres y, por tanto, la familia.

En segundo lugar, con una posición que atienda siempre al interés superior del menor que no es idéntico en todos los casos, de manera que, si en muchos casos dicho interés puede exigir, como deber ético y legal, comunicarles el hecho de su nacimiento a través de las técnicas de

reproducción humana asistida y también, incluso, los datos de identidad de quien fue su progenitor a través de la donación de gametos, en otros la decisión en tutela de dicho interés puede ser la contraria. En este campo no caben, pues, ni maximalismos ni soluciones homogéneas y únicas para todos los hijos. El mejor interés del menor exige valorar caso a caso la decisión correcta para satisfacerlo, partiendo, obviamente, de la presunción de que la garantía de los derechos a la identidad y a conocer el origen biológico constituyen la regla general.

Por último, tal medida debe dotarse de medios materiales y personales que permitan que el proceso de información y, en su caso, de contacto personal se lleve con las necesarias garantías y atendiendo siempre al principio del interés superior del menor y a los derechos del hijo nacido de las técnicas. Ello exige desarrollar unos instrumentos efectivos de acompañamiento, en lo que los poderes públicos y la propia sociedad tiene un importante cometido.

En definitiva, se trataría de, además de proteger el interés superior del menor, promover una cultura de la confianza, lealtad y responsabilidad en el ámbito de las relaciones familiares en las que existan hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida.

Parte I. Identidad biológica, familiar y personal

1. Identidad biológica

La continuidad genética de padres a hijos es un elemento básico del patrimonio genético familiar que marca el origen y la genealogía propia de cada ser humano. Los genes recibidos de los padres y reunidos en el cigoto determinan el parecido de los hijos a sus padres, a sus abuelos y hermanos. En cada persona hay un sello biológico propio e inmodificable a lo largo de su vida que lo vincula a las características genéticas de su propia familia. Cuando se discute la conveniencia de conocer la identidad genética se está poniendo en duda el derecho del niño o adulto a conocer su genealogía.

En el momento presente, hay dos tipos de situaciones, en lo que atañe a los vínculos de la filiación:

- a) La biológica y por tanto natural, que se refiere a la relación de las personas con sus progenitores biológicos o genéticos, es decir, al hombre o la mujer de quienes proceden los gametos formados en sus propios cuerpos. Además de la herencia genética, determinadas zonas del genoma suelen ser también objeto de “modificaciones epigenéticas”, que, si bien no afectan a la secuencia del ADN, si pueden hacerlo sobre la expresión de los genes en generaciones posteriores. Es la denominada herencia epigenética transgeneracional. Hablar de paternidad y maternidad no es solo hablar de la crianza, derivada del hecho de tener un hijo, el uno a través del otro, sino de la transmisión de unos rasgos de identidad propios y combinados, de modo que el hijo pasa a formar parte del patrimonio propio, a la vez genético y familiar. En este caso, se puede hablar de relación intergeneracional.
- b) La adquirida o de crianza, que se refiere a los padres (padre o madre o ambos), que acogen a un hijo procedente de una fecundación in vitro, parcial o totalmente heteróloga. Serían también los casos de maternidad subrogada con donación total o parcial de gametos. En este caso, en lugar de paternidad o maternidad, se debería hablar de *parentalidad*. Se asume el papel de padre o madre, aunque no lo sean genéticamente. En este caso, se corta la relación intergeneracional.

Paternidad y maternidad no son equivalentes a *parentalidad*, sino que es una elección de personas que desean ser padre o madre, el uno a través del otro, pensando en el niño como una prolongación de ellos mismos, al que desean transmitir lo mejor de su condición biológica y cultural, pensando en él como un bien en sí mismo y no como un objeto que se puede adquirir de cualquier modo.

2. ¿Qué se hereda con el patrimonio genético aportado por los progenitores?

Como en toda realidad vital el proceso *constitutivo* a individuo y *el proceso consecutivo* de construcción, con crecimiento, maduración y envejecimiento consisten en una *cooperación dinámica de genes y medio* que da lugar a la expresión regulada de los genes. A lo largo de la vida del

individuo, éste prefigurado mayoritariamente por la dotación genética recibida de los progenitores, mantiene gracias a ella su identidad biológica, al tiempo que durante su desarrollo va recibiendo nueva información que proviene del medio físico, y en el caso humano cultural y de sus propias decisiones y vivencias.

El significado biológico del mensaje genético del genoma es *informar* la construcción del organismo. En este sentido se puede decir que es la *forma*, o diseño del viviente. El mensaje genético le pertenece, le caracteriza, describe e identifica; está en la dotación genética, presente en todas y cada una de sus células y permanece a lo largo de su vida: mantiene su *identidad biológica* a lo largo de su existencia. Define la pertenencia a la especie, de quien es hijo - su filiación- y su genealogía.

La herencia epigenética *transgeneracional*, a la que nos referimos antes, supone la posible incorporación de caracteres adquiridos y transmitidos a las siguientes generaciones. Esto es, se heredan las alteraciones genéticas y algunas de las epigenéticas de los antecesores.

Está ampliamente demostrado que el estrés postnatal origina marcas en el ADN de diferentes células, incluidas los gametos, de forma que pasan a las siguientes generaciones (Jawahar *et ál.*, 2015). Estas marcas (modificación química del ADN o de las proteínas histonas que empaquetan el ADN y los micro RNA) no son eliminadas del embrión temprano, permanecen y hoy conocemos que están en el origen de diferentes trastornos (cfr. entre otros, Gapp *et ál.*, 2018).

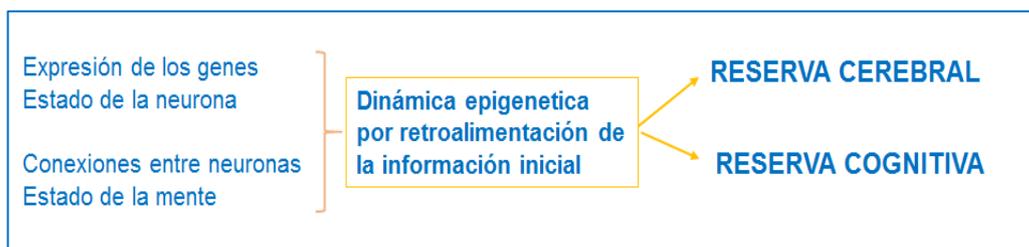
El porqué ocurre es bien conocido y tenemos el caso paradigmático de los supervivientes del Holocausto nazi: ante una situación estresante y continuada se genera una adaptación que consiste en marcas en el ADN que regulan a la baja el nivel de cortisol (la hormona del estrés) del organismo. Lo que supone una mayor capacidad de sobrevivir a condiciones fuertemente adversas, al tiempo que crea en las siguientes generaciones predisposición latente a enfermedades y diversos trastornos mentales.

No obstante, la herencia sustancial es la de los genes heredados de los padres por vía gamética, que determina la identidad genética del individuo. El medio ambiente y de forma especial las vivencias estresantes, ciertamente puede influir en la expresión génica y puede conducir a enfermedades. El mecanismo por el que aparecen las secuelas transgeneracionales en los seres humanos debe dar cuenta de que las modificaciones epigenéticas por las experiencias vividas por sus progenitores tengan lugar también en los

gametos. Se conoce solamente en el caso de las vivencias estresantes por el efecto del cortisol (Chan *et ál.*, 2018), por lo que en general son objeto de debate (Heard y Martienssen, 2014).

El desarrollo es un proceso dinámico de autoconstrucción, que responde a la expresión genética, al programa genético individual, a los genes concretos de cada individuo humano recibidos de los progenitores. Además, el entorno de cada uno de los individuos, entendido como sus relaciones humanas, sus emociones y sentimientos, su afectividad, sus hábitos y decisiones, etc., contribuye a la estructuración del propio cerebro como *otro modo de recibir y de procesar información*. Es una *autoinformación no genética*, que se integra inseparablemente de la información genética y epigenética. De ahí que parte de las disposiciones le vengan dadas por la dotación genética, otra parte le condicionará de alguna manera, o le influirá decididamente, en la propia historia personal.

De este modo, a la identidad genética se une una identidad psíquica y personal. El cerebro tiene una reserva cerebral *determinada* por la herencia que depende de la expresión de los genes y por tanto del estado de las neuronas. Y tiene *predispuesto* por la herencia una *reserva cognitiva* en cuanto su manifestación depende del entorno y de la propia vida que establece las conexiones entre las neuronas -su propio conectoma- y con ello los estados mentales (Medaglia *et ál.*, 2017).



En contraste con la reserva del cerebro el “Hardware”, la reserva cognitiva es análoga a la del “Software” del cerebro. La resistencia a la patología cerebral viene dada por un umbral suma de las dos reservas.

Como ejemplos de *determinaciones genéticas* (causa-efecto), podemos señalar las enfermedades, malformaciones, o trastornos de origen genético. También viene dado por la herencia el temperamento: una determinada combinación de genes configura el desarrollo de las diversas áreas que caracterizan cada rasgo de personalidad (Riccelli *et ál.*, 2017) o el tipo de inteligencia denominada analítica (Fjell *et ál.*, 2015).

Existen numerosos *predisposiciones* dadas por la dotación genética, que no son causa-efecto sino dependientes de otros factores. Una predisposición difiere de una alteración genética o una combinación de genes heredadas que causan un determinado carácter. Por una parte, la predisposición revelada a través de la presencia de determinadas variaciones en la secuencia de ADN y/o la combinación de una serie de ellas (polimorfismos), indican la *suceptibilidad* a presentar una determinada enfermedad, alteración, tendencia o conducta. Por ejemplo, existen genes que predisponen al daño que el alcohol materno desempeña durante el embarazo, el llamado Síndrome Alcohólico Fetal (Gao *et ál.*, 2019).

3. La importancia de conocer el propio origen

La reproducción humana asistida por donación anónima de uno o los dos gametos, supone que el hijo carezca de los datos sobre sus progenitores biológicos, la desconexión del conocimiento de su origen genético y por tanto la negación al derecho a conocer el patrimonio genético familiar, con posibles consecuencias de salud o psicológicas. En relación con la salud hay que tener en cuenta el cambio de paradigma que supone la incorporación de la genómica a la medicina, desde una doble vertiente:

- a) La importancia de los estudios de segregación familiar (con la necesidad de muestras e información clínica de los progenitores y potencialmente otros familiares) para la interpretación, con las nuevas técnicas de secuenciación masiva (NGS), de variantes genómicas que puedan estar asociadas al desarrollo de una enfermedad genética o a un mayor riesgo de enfermar a lo largo de la vida y/o la posibilidad de transmitirla a la descendencia (Richards *et ál.*, 2015).
- b) La finalización “involuntaria” del anonimato de los donantes con el uso y expansión de la medicina genómica. Con la incorporación de los estudios de NGS a nivel prenatal y neonatal, la implantación de estrategias nacionales de genómica, el acceso a los estudios genéticos directos al consumidor y la formación de grandes bases de datos genealógicos- genéticos- internacionales, los datos genéticos podrán ser compartidos y potencialmente permitirán a los hijos concebidos con donación de gametos obtener la

información sobre sus padres biológicos, sus hermanos u otros parientes (Harper *et ál.*, 2016).

La herencia biológica forma parte integrante de la identidad personal. Los gametos no son células sin más, sino las implicadas en la transmisión de la vida individual, no de la vida humana en general. Por tanto, la relación paterno-filial es un vínculo entre personas en que la biología no es todo, pero no se puede rechazar por ser un hecho determinante de su conexión intergeneracional. La disociación de la relación paternidad-filiación en dos –padre biológico/padre usuario- hace que haya una ambigüedad en lo que cada persona por serlo tiene como “lo suyo”: la identidad de hijo, la filiación. La identidad biológica no es el determinismo de los genes sino el presupuesto material-biológico del que parte la vida personal de cada uno. Toda persona es necesariamente hijo: la identidad de hijo no puede borrarse.

La filiación es la primera identidad que humaniza adecuadamente. A la identidad personal no es indiferente la identidad biológica: la vida que cada uno vive parte desde la dotación natural recibida y define quién es. El nivel biológico está “fundido” en cada uno con la capacidad de relación con los demás y con ello, las experiencias de la vida, comenzando por las familiares, la educación y cultura van definiendo la identidad personal. Se alcanza así “saber quien soy”, sin lo cual con frecuencia se permanece en una crisis de identidad, que puede malograr la personalidad y la felicidad.

¿Qué es realmente más importante, la crianza o la genealogía? Lo mejor obviamente es que ambas coincidan, pero cuando no es así, porque el nacimiento del hijo ha sido producto de una donación de gametos, ninguna pueda pretenderse que sea más importante que la otra y menos sin contar con la voluntad de la persona a la que más directamente afecta dicha cuestión, el hijo. Como señala el Comité de Bioética de Cataluña en su Informe de 24 de febrero de 2016, sobre El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de las personas, si bien no sabemos del todo qué proporción tiene en la forja de la identidad lo genético, lo fisiológico, familiar o social y cultural, sí sabemos que la identidad tiene que ver con la composición que hace un individuo de todo ello y, por tanto, privarlo conscientemente de una parte de dicha información es cerrarle opciones, sea cual sea la función o importancia que el sujeto le otorgará a aquella información. Ocultar a una persona el conocimiento sobre su origen conlleva negarle uno de los elementos constitutivos de su identidad, a partir de la que se distingue del resto y se puede individualizar en relación con aquellos de los que proviene. Cuando el Estado impide el acceso a

información identificativa o no identificativa sobre el donante está privando al concebido con los gametos de este donante de un aspecto importante de su autonomía individual: la libertad de elegir qué significado otorga a los componentes genéticos de su identidad.

Por todo ello, es muy importante promover que se cumpla la obligación legal de tener registros de donantes, ya que ello propiciaría un mayor control sobre el número de donaciones que puede realizar un mismo donante en diferentes clínicas y sobre el uso que hacen las clínicas de los gametos de un mismo donante, minimizando los problemas de consanguinidad inadvertida en el futuro. El conocimiento del número de donantes, donaciones y su trazabilidad es esencial para el cálculo de probabilidad de uniones endogámicas (de medios hermanos) en una determinada región y para limitar el sobreuso de un donante particular, en diferentes clínicas o en una clínica más popular dentro de una misma comunidad.

Además, es importante fomentar la creación de bancos de ADN en los centros de donación, para facilitar la trazabilidad del origen genético en los casos de enfermedades o patologías hereditarias, acorde con los tiempos que tienden cada vez más a una incorporación de la genómica en la medicina. Actualmente se tiende a incorporar la secuenciación masiva para la detección de variantes moleculares en el ADN relacionadas con alteraciones genéticas. Como se comentó antes en un futuro cada vez más próximo, ante estos avances y el aumento de muestras en los bancos de ADN, no se podrá garantizar el anonimato por la posibilidad de detectar las relaciones de una persona con personas genéticamente relacionadas, aunque estas no desearan ser identificadas.

Parte II. Aspectos éticos y legales

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

La regulación jurídica del anonimato de la donación de gametos se encuentra recogida de manera específica y muy completa en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

La citada Ley viene a establecer, con carácter general, un régimen de garantía del anonimato del donante de espermatozoides u óvulos. Los términos literales en los que se expresa el artículo 5.5 de la Ley son muy claros: “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan”.

Sin embargo, a continuación, el artículo 5.5 en su párrafo segundo dispone que: “Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones”.

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

Así pues, puede afirmarse que nuestro modelo jurídico de anonimato no es, según se deduce de la lectura de dicho artículo 5.5, absoluto, sino algo relativo o limitado porque, por un lado, permite a los hijos nacidos obtener información de los donantes, pero no su identidad, y, por el otro, establece una excepción a dicha reserva sobre la identidad del donante cuando concurren circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o salud del hijo y la revelación de dicha identidad sea indispensable para evitar dicho peligro.

Pese a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 5.5, la Ley añade que la revelación de la identidad del donante (lo que, como podemos ver, es muy excepcional) no implicará en ningún caso la determinación legal de la filiación ni en las relaciones personales ni en las patrimoniales, no pudiéndose exigir responsabilidad jurídica alguna al donante. De este modo, pese a que la Ley establece una excepción al anonimato, establece claramente que tales excepciones no podrán conllevar ninguna consecuencia jurídica en el ámbito de la filiación o de carácter personal o patrimonial.

La constitucionalidad de dicha regulación del régimen de anonimato de la donación de gametos para la reproducción humana asistida fue valorada por el propio Tribunal Constitucional hace ya dos décadas en su Sentencia 116/1999. Y si bien dicha resolución venía referida al régimen de anonimato contenido en la anterior Ley ya derogada núm. 35/1988, de 22 de noviembre, la doctrina constitucional que contiene resulta plenamente de aplicación al artículo 5.5 de la actual Ley 14/2006, en cuanto que éste se expresa en términos prácticamente idénticos a los del artículo en concreto revisado por el Alto Tribunal. Así, el mismo artículo 5.5 de la derogada Ley 35/1988 disponía literalmente que “La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes”, añadiendo, a continuación, que “Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos” y concluyendo que “Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8.º, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante”.

Como puede verse, los términos de ambos artículos 5.5, el de la Ley derogada y el de la actualmente en vigor son prácticamente idénticos o, lo que a nuestro debate interesa, recogen el mismo régimen de anonimato relativo, es decir, anonimato como regla general con alguna excepción por motivos de riesgo para la vida o salud. La única diferencia entre ambos textos radica en que el actual artículo 5.5 no solo incorpora como excepción el del “comprobado peligro para la vida del hijo”, sino también el “peligro cierto ... la salud del hijo”. En todo caso, tales circunstancias se tildan en ambas versiones del artículo 5.5 de excepcionales y extraordinarias.

Pues bien, el Tribunal Constitucional declaró en su Sentencia que cuando “la Constitución ordena al legislador que «posibilite» la investigación de la paternidad” ello “no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor”.

Además, para el Tribunal “la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución”.

Por otro lado, el Tribunal recuerda que la garantía de anonimato contenida en la Ley no es absoluta, admitiendo excepciones en los casos en los que se pueda apreciar un comprobado peligro para la vida del hijo.

Por último, para el Tribunal, dicho límite que instituye la Ley al derecho de los hijos a conocer su origen responde a la necesidad de “cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida (orientadas a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana -art. 1.2 de la Ley-), con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones -desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo”.

Diversos autores desde el mundo del Derecho, tomando los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional, han venido considerando que el donante es el elemento clave en las técnicas de reproducción humana asistida, de forma que sin donante no hay técnicas, resultando que sólo con la exención de responsabilidades a su cargo se facilitan los voluntarios. De este modo, el conflicto entre el derecho del hijo nacido a través de dichas técnicas a conocer su origen biológico y el derecho del donante de gametos a preservar su intimidad ha de resolverse en favor de este último desde la perspectiva de que, a través de dicho anonimato, se garantiza que existan gametos donados, indispensables en la mayoría de los casos para que puedan emplearse dichas técnicas. El anonimato facilita la donación, mientras que la resolución del conflicto en sentido inverso, en favor del derecho del menor

supone, en términos casi *parfitianos*, que éste no hubiera nacido, según lo que sostiene dicho sector doctrinal y se podría deducir de las propias palabras empleadas por el Alto Tribunal.

Así pues, la posición mantenida por el Tribunal Constitucional en 1999 viene a coincidir, como acabamos de avanzar, con la de determinado sector de la doctrina jurídica y parte también de la opinión pública en España que ha venido tradicionalmente defendiendo que un régimen bastante amplio de anonimato es conveniente desde la perspectiva que facilita la donación de gametos. Así, se ha señalado que, si se tuviera un acceso directo a la identidad del aportante, ello desincentivaría la donación, ya que la motivación del donante no viene dada por el deseo de convertirse en padre o madre, sino, más bien, por la realización de un acto voluntario, solidario y altruista. Por tanto, la posibilidad de acceder a la investigación de la paternidad o maternidad, podría reducir notablemente la fuente por medio de la cual se posibilita la reproducción asistida.

A su vez, dicha postura recurre también al argumento del derecho que tiene cada sujeto a la intimidad, tanto desde la perspectiva del donante, como desde la perspectiva de las usuarias que recurren a dichas técnicas (y, en su caso, de sus parejas), ya que la identificación del donante podría traer como consecuencia desvelar la ineptitud para concebir de aquellos cuyo gameto o gametos son suplidos por un tercero.

Sin embargo, frente a dicho sector se alza también otro en España que considera que tal régimen de anonimato se muestra incompatible con los derechos del hijo y, singularmente, con el principio de su interés superior. Y, a este respecto, tales autores recuerdan que impedir que el hijo conozca su origen biológico resulta claramente incompatible con la propia Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, la cual proclama en su artículo 7.1 que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, y en el artículo 8 que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad”.

A este respecto, se ha manifestado que el derecho a conocer la identidad genética en materia de reproducción asistida ha sido elaborado a partir de la Convención sobre los Derecho del Niño y no es más que una reivindicación amparada en la protección de la identidad familiar. Por ello, la identidad genética se configura como un bien o derecho subjetivo de la personalidad.

En todo caso, sobre lo que sí se ha mostrado unánime la doctrina en España ha sido en rechazar un modelo maximalista que incluya no solo el acceso a la identidad del donante, sino también a la filiación por parte del hijo. La doctrina ha venido considerando, ya sea en defensa del anonimato, ya lo sea en defensa del derecho del hijo a conocer su origen biológico, que tal acceso a la identidad amplio o muy limitado, como se recoge en el artículo 5.5, no implicará ninguna consecuencia jurídica en el ámbito de la filiación.

2. La reforma legal sobre la protección de la infancia de 2015 y su impacto en el régimen actual del anonimato

En relación con dicho régimen jurídico del anonimato es importante mencionar que hace pocos años se aprobaron la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, con el mismo título que la anterior, por las que se altera el régimen legal del anonimato, pero en el ámbito concreto de la adopción, y ello, al amparo de los derechos consagrados en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y el principio del interés superior del menor de edad. Ciertamente es que, en relación con los hijos adoptados, no existía una previsión tan clara como lo es el artículo 5.5 de la Ley de reproducción humana asistida en cuanto a los nacidos de estas técnicas, pero también lo es que era difícil que el hijo adoptado pudiera sin dificultades legales acceder a la identidad de sus progenitores biológicos.

La anterior reforma legal de 2015 en lo que a la abolición del anonimato en relación al adoptado se refiere encuentra su precedente en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999, por la que se declaró contraria a la Constitución la regulación del Registro Civil que permitía el parto anónimo, por atentar contra la dignidad del nacido y el derecho a conocer sus orígenes respecto de la madre.

La primera Ley citada, la Ley 26/2015, viene a disponer que los hijos adoptados tienen derecho a conocer su origen biológico. Ciertamente, tal previsión no se refiere a los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida, ni entendemos que ambas situaciones, las de éstos y las de los adoptados, deban quedar indispensablemente equiparadas, sobre todo, atendiendo a las diferencias que se aprecian en la propia posición de los progenitores biológicos. Sin embargo, si la reforma del anonimato en el ámbito de la adopción obedece necesariamente a las exigencias del principio del interés superior del menor y a las propias previsiones contenidas en los ya

citados artículos 7 y 8 de la Convención, es harto difícil no trasladar la misma solución y sostener con congruencia jurídica que los hijos adoptados sí puedan ejercer su derecho a la identidad y, por tanto, a conocer su origen biológico, mientras que los nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida no.

Desde la perspectiva exclusivamente del hijo, parece muy difícil aceptar ya un régimen diferente, cuando el cambio del estatuto jurídico del adoptado obedece a un principio que ha de operar con la misma eficacia respecto del nacido de las técnicas. En todo caso, cuando hacemos referencia al derecho a conocer, ello no significa que el menor deba conocer indisponiblemente cuál es su origen biológico, sino que él decide si quiere conocer o no a su progenitor o progenitores

El artículo 21 bis, relativo a los derechos de los menores acogidos, dispone que el menor acogido, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, tendrá derecho a: “j) Acceder a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad”.

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

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

Así pues, de todo ello se concluye que no cabe ningún límite derivado del ordenamiento jurídico interno de España al derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos. Más aún, tal acceso del hijo adoptado a su origen biológico parece proclamarse sin sujeción a irretroactividad alguna, de manera que parece operar tanto para aquellos hijos entregados en adopción a partir de la entrada en vigor de la nueva regulación como para los que lo hubieran sido con anterioridad.

3. Argumentos que informarían a favor del derecho del hijo a conocer su origen biológico

Consideramos que la solución que en su momento adoptó el legislador en la regulación del anonimato en la donación de gametos y que ratificó el Tribunal Constitucional en favor de la intimidad de los donantes no puede mantenerse en la actualidad por diferentes argumentos.

En primer lugar, como ya hemos anticipado, el régimen del anonimato es contrario al principio del interés superior del menor, el cual ha cobrado una eficacia incontestable en nuestro ordenamiento jurídico tras la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños y, sobre todo, tras la reforma operada en 2015 y la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Es cierto que el principio tiene ya varias décadas de existencia, incluso, es anterior a la propia Sentencia del Tribunal Constitucional de 1999, pero no es menos cierto que el principio ha cobrado una gran relevancia y eficacia jurídica más recientemente. Ejemplo de la fuerza que ha cobrado más recientemente es la propia reforma del régimen de los derechos de las personas menores de edad que se llevó a cabo en el año 2015 y cuyo objetivo regulatorio era no solo unificar el estatus jurídico del menor en los diferentes ámbitos de la realidad social, evitando las antinomias que existían en dicha regulación, sino también incorporar plenamente el principio del interés superior del menor.

Así, el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, justifica la necesidad de la reforma legal que contiene con las siguientes palabras: “Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero

concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.

Y añade el mismo Preámbulo a continuación que “Este concepto [interés superior del menor] se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.

Por todo ello, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, tras la reforma de 2015, inaugura el modelo de regulación de la protección del menor manifestando sin ambages que en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Por otro lado, el mismo artículo 2 añade, a continuación, que “A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:”, y entre ellos, “a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas”, “c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones

familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor” y, por último, “d) La preservación de la identidad, ..., garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.

El apartado 3 del mismo artículo 2 en su actual redacción añade que los criterios anteriores se ponderarán teniendo en cuenta, entre otros, “d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro” y “e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales”.

A lo anterior, cabría añadir lo dispuesto por el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, tras la reforma de 2015, que establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, el de la supremacía de su interés superior, a los que añade, entre otros, los de integración familiar y social y prevención y detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.

De todo lo anterior se deriva, inexorablemente, que el conflicto entre los derechos del donante y los del menor debe resolverse en favor de este último. Y si bien la propia Ley Orgánica permite que la resolución del conflicto se haga de manera ponderada, lo que exige adoptar una solución que aspire a reducir proporcionalmente ambos derechos, manteniendo al menos los rasgos esenciales de ambos, es decir, evitando el sacrificio de ninguno de ellos, ello no obsta para que, en aquellos casos en los que solo sea posible resolver el conflicto sacrificando uno de los derechos, el sacrificado no sea el del menor. El mismo artículo 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, tras la reforma de 2015, dispone a este respecto que “4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes”. Sin embargo, “En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Por otro lado, resulta también de interés mencionar para el debate que nos ocupa lo dispuesto por el artículo 13 de la Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos, adoptada en la 32 Conferencia General de la UNESCO el 16 de octubre de 2003: “Nadie debería verse privado de acceso a sus propios datos genéticos o datos proteómicos, a menos que estén

irreversiblemente disociados de la persona como fuente identificable de ellos o que el derecho interno imponga límites a dicho acceso por razones de salud u orden públicos o de seguridad nacional”.

Pues bien, si analizamos detenidamente el conflicto entre el derecho del hijo a conocer su origen biológico y el del donante a su intimidad, la solución constitucional alcanzada por el legislador en el artículo 5.5 de la Ley de reproducción humana asistida y ratificada por Alto Tribunal no ha sido, a la vista de la relevancia jurídica que ha cobrado el interés superior del menor, ponderada, es decir, no se han sacrificado parcialmente ambos derechos en aras de que mantengan, al menos, sus elementos más característicos. La decisión del legislador y del Tribunal Constitucional acaba por sacrificar el derecho del primero en beneficio del segundo o, incluso, en supuesto beneficio de las propias técnicas de reproducción humana asistida. Mantener que ambos derechos han sido reducidos proporcionalmente a través de la regla de la ponderación no puede afirmarse que sea correcto, ya que el del hijo queda, *de facto*, sacrificado, mientras que el del donante no se ve prácticamente reducido.

Frente a ello se argumentará que sí hay una reducción proporcional de ambos derechos en atención a que, si bien el párrafo primero del citado artículo 5.5 establece una regla general de anonimato, es decir, una solución del conflicto en favor exclusivamente del donante, tal regla se matiza en los siguientes párrafos del propio artículo. Así, en los términos que se expresa el párrafo segundo, el hijo puede acceder a información del donante, aunque no a su identidad, y el párrafo tercero incluso permite acceder a ésta en los extraordinarios casos de grave riesgo para su salud. No obstante, tal pretensión de ver una regla de ponderación o de sacrificio parcial también del derecho a la intimidad del donante en los párrafos segundo y tercero, de manera que no solo se limita el derecho a la identidad del hijo, creemos que es fácilmente rebatible.

En lo que se refiere al límite al anonimato establecido en el párrafo segundo del artículo 5.5, no hay ponderación alguna, ya que el derecho a conocer el origen biológico no puede afirmarse que se mantiene frente al del anonimato, aunque sea reducidamente, cuando el acceso no es la identidad del donante ¿Qué significa acceder a información del donante, pero no a su identidad? ¿A qué datos se refiere la Ley cuando no se incluye la identidad del donante? ¿Puede afirmarse que se respeta el derecho a la identidad del menor, aunque sea limitadamente, cuando se le impide acceder, con carácter general, a la propia identidad del donante, de quien aquél procede

genéticamente? ¿Cabe admitir que el derecho a la identidad del hijo alcanza tan solo a conocer qué es su progenitor, cuáles son sus rasgos característicos, y no quién es? La propia Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europea viene a reconocer sin ambages que el derecho a la identidad del hijo no solo alcanza el conocer determinados datos de su progenitor, sino conocer al progenitor e, incluso, iniciar los correspondientes contactos personales con él.

Y en relación con ello, creemos que la interpretación del artículo 5.5 que trata de ver una limitación del derecho del donante en los párrafos segundo y tercero incurre en un error: dichos párrafos segundo y tercero están refiriéndose realmente a un conflicto entre distintos derechos a los que se plantean en el párrafo primero. Aquéllos no constituyen una excepción a la regla de anonimato que se proclama en el primer párrafo, sino soluciones a un conflicto diferente.

El primer párrafo hace referencia, stricto sensu, a un conflicto entre el derecho a conocer el origen biológico como expresión del derecho a la identidad y el derecho a la intimidad. Por el contrario, los párrafos segundo y tercero se refieren al conflicto entre el derecho a la salud del hijo y el derecho a la intimidad del donante. Cuando los párrafos segundo y tercero permiten acceder a determinados datos del donante e, incluso, de manera muy extraordinaria a su propia identidad, lo están haciendo, no en salvaguarda de su derecho a la identidad, sino en el de protección de su salud que conecta con los derechos proclamados en el artículo 15 de la Constitución, vida e integridad. Y en este último conflicto sí cabe aplicar la ponderación, cabe reducir proporcionalmente ambos derechos, porque el derecho a la salud del hijo puede quedar también protegido en algunos casos sin acceder a la identidad del donante, sino solamente a sus datos de salud. El hijo no necesita saber quién es su progenitor en todos los supuestos, sino cuáles son sus datos de salud más relevantes.

Por ello, la mención que el párrafo segundo hace al acceso del hijo a otros datos, con exclusión de la propia identidad del donante, hay que entenderla referida, para que cobre sentido, a un conflicto entre la intimidad y la necesidad o exigencia de preservar la salud, es decir, la vida o integridad del hijo, para lo que se le podrán revelar los datos referidos a la salud del donante, en la medida que dichos datos son necesarios para aquel fin ¿Qué otros datos serán de interés del menor en satisfacción, aunque sea limitada, de su derecho a conocer su origen y a poder conformar a través de dicho conocimiento su identidad?

Esta, además, es la interpretación que puede inferirse que hace el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 116/1999 cuando afirma, como antes veíamos, que la garantía de anonimato contenida en la Ley no es absoluta, admitiendo excepciones en los casos en los que se pueda apreciar un comprobado peligro para la vida del hijo o para conocer otros datos del donante, como son factores o elementos genéticos y, añade, u otros de otra índole, aunque sin precisar cuáles son éstos más allá de los vinculados a las cuestiones de salud. Así pues, el propio Tribunal parece admitir que el conflicto de los párrafos segundo y tercero viene referido no al derecho a la identidad, sino al derecho a la protección de la salud del hijo nacido de dichas técnicas. El único ejemplo concreto que se menciona por el Alto Tribunal, va referido a la salud del menor (conocimiento de factores o elementos genéticos, vinculados a la medicina predictiva), no a su identidad *stricto sensu*, y ello, creemos que es, como ya hemos adelantado antes, porque los párrafos segundo y tercero abordan el conflicto entre la salud del hijo e intimidad del donante, y no entre la identidad del primero y la intimidad del segundo.

En definitiva, el problema radica en que el artículo 5.5 de la Ley de reproducción humana asistida hace referencia a dos conflictos diferentes, en el párrafo primero, a un conflicto entre el derecho a la identidad del hijo y el derecho a la intimidad del donante, y en los párrafos segundo y tercero, a un conflicto entre el derecho a la vida o integridad del hijo (la protección de su salud) y el derecho a la intimidad del donante. Es decir, no cabe afirmar que estamos ante el mismo conflicto, siendo los párrafos segundo y tercero expresiones de la ponderación y, por tanto, de la limitación de ambos derechos.

Y el problema es que, si bien el conflicto entre el derecho a la salud del hijo y el derecho a la intimidad del donante puede resolverse de manera ponderada, limitando ambos derechos, ya que puede protegerse aquélla mediante el mero acceso a los datos de salud del donante, sin necesidad de conocer su identidad, en lo que se refiere al conflicto que recoge el párrafo primero la ponderación no tiene operatividad alguna. En éste, no cabe reducir proporcionalmente ambos derechos, tratando de preservar los rasgos característicos o esenciales (núcleo esencial) de cada uno. El derecho a conocer el origen biológico como expresión del derecho a la identidad exige, necesariamente, conocer la identidad del donante, conocer no solo el qué, sino también el quién, que es la única manera de poder configurar realmente el pasado biográfico para construir el futuro y, además, poder acceder en ejercicio de dicho derecho a mantener una relación personal con el donante, es decir, el progenitor. Ello, además, lo recoge la propia Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

La solución a dicho conflicto solo puede lograrse a través del sacrificio de uno de los derechos, es decir, preservando o no la identidad del donante. Otro ejemplo paradigmático de un caso difícil, en el que la solución del conflicto exige el sacrificio de uno de los dos derechos es, también curiosamente en el ámbito de la reproducción humana asistida, el caso Evans contra el Reino Unido, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que resolver un conflicto entre el derecho de una mujer a ser madre y el derecho de un varón a no ser padre y donde, obviamente, no cabía una ponderación de derechos.

Y es precisamente lo que ocurre en el conflicto al que nos venimos refiriendo. No cabe resolverlo mediante la reducción proporcional de ambos derechos, no cabe que ambos derechos se mantengan reducidos proporcionalmente, sino que únicamente puede acudir al sacrificio del que se considere menos prevalente o menos relevante en nuestro ordenamiento constitucional, atendidos, más allá de los derechos en conflicto, los principios y valores constitucionales que ambos salvaguardan.

En el ámbito de la Ética, a diferencia del mundo jurídico, es más adecuado hablar de la existencia de un ‘conflicto de valores’, sin prejuzgar si son derechos y, en caso de que lo sean, de qué tipo y alcance. Por esa razón, siempre habrá que ponderar todos los intereses implicados, que suelen ser de naturaleza distinta y de muy diverso rango o preeminencia, por lo cual será preciso jerarquizarlos en algún momento de la deliberación. De ahí que la *deliberación moral* es, en sí, un método, un procedimiento. Y mientras la *ética de los derechos* es una manifestación de respeto entre iguales que equilibra los derechos de los otros y el mío propio, la *ética de la responsabilidad* se basa en el concepto de igualdad y en el reconocimiento de las diferentes necesidades, por tanto, es un entendimiento que hace surgir la compasión y el cuidado. Sin embargo, hay que señalar que la sociedad no está obligada a satisfacer de inmediato todos los deseos de sus ciudadanos por el simple motivo de que se planteen o exijan como derechos; sobre todo, si ello no comporta un cultivo de los deberes individuales, de una mayor responsabilidad social comunitaria, y hasta de una ética de la culpabilidad moral.

En la estimación de los *valores morales* la preferencia se traduce en deber de respeto, y además genera principios de conducta. La obligación moral exige siempre respetar lo más que se pueda los valores en conflicto, o en su defecto lesionarlos lo mínimo posible, y más aún los de las personas a las que se considere más vulnerables, frágiles, desvalidas o desprotegidas. De ahí la obligada necesidad, no pocas veces, de buscar y analizar ciertos cursos intermedios de acción para encontrar el óptimo entre ellos. Eso no obsta para

que, en muy determinadas situaciones, se halle como opción aceptable el llamado mal menor, sobre todo si los demás cursos son subóptimos.

La resolución de los conflictos de valores no siempre es fácil, pero que sea complejo el proceso de *discernimiento* no exime de hacerlo bien. De hecho, en ocasiones, donde aparenta existir un conflicto lo que verdaderamente se encuentra es un valor real que debe ser reconocido y, a la vez, un presunto valor que, en realidad, no es tal y no amerita tal reconocimiento. Discernir no es sólo pensar, razonar o ponderar juiciosamente; es, sobre todo, actuar con inteligencia prudencial práctica. Y la prudencia pone un límite a nuestros actos basándose en el riesgo de infligir mayores daños de los que tratamos de paliar.

El Estado, sus instituciones y otras entidades, asumen unas funciones éticas específicas, las de fijar y defender unos mínimos exigibles a todos por igual en el campo de las relaciones interhumanas, en el ámbito de “lo público”. Al convertirse en garante de la integridad física y psíquica, de la no discriminación social y de la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, convierte estos principios, éticos por definición, en ley positiva. Pero además el Estado, en una sociedad democrática, tiene que garantizar que las personas puedan llevar a cabo de modo libre y autónomo sus respectivos proyectos de vida, sus ideales de perfección, desarrollo y felicidad. Y esto propicia otro nivel de principios, en el ámbito de ‘lo privado’.

Según lo antedicho, una sociedad en la que sus ciudadanos no se esfuerzan lo suficiente por cumplir sus deberes de beneficencia resultaría poco convivencial, escasamente solidaria y, quizá, hasta injusta. Eso significa que, aunque no se puede obligar a cumplir una ética de máximos, sí se puede y se debe exhortar y animar a las personas a subir el dintel de la ética de mínimos en aras del bien común y, acaso, de la excelencia. De ahí, que el Derecho y la Ética -o la educación moral de la ciudadanía, entre otras disciplinas y áreas de formación de la persona- deberían cumplir, por principio, responsabilidad y compromiso social, una función educativa orientada siempre a elevar el nivel ético de la sociedad en su conjunto.

Por ello, pensamos, no poder conocer al donante si así lo desea el hijo, puede producir daño de diverso tipo: psicoemocional, en las relaciones intrafamiliares, e incluso de carácter moral. De tal modo, que la actitud negativa del donante a facilitar el desvelamiento de su anonimato podría ser calificada de maleficente, en contraposición a la postura que considera su acto como altruista y solidario haciéndolo semejante a la donación de órganos, argumento éste que no compartimos. Y a su vez, si el Estado

mantuviera como preeminente el anonimato del donante frente al deseo razonable del hijo de conocer su origen (sin hablar de un derecho), dicha posición se contemplaría como injusta por su inequidad y, en la actualidad, acaso moralmente insostenible.

Naturalmente siempre habrá que ponderar entre el daño, real o potencial, del secreto impuesto -anonimato por ley, del donante- y la revelación de su origen al hijo –deseada y facilitada, también por ley-, que debería producirse en el contexto y circunstancias más favorables y sin alarmismos infundados. Nuestro parecer es que no debiera existir ambigüedad ni equidistancia en la consideración de los valores en liza, pues se debe anteponer la superioridad del interés del hijo –beneficentismo, además de un derecho- respecto a los otros intereses en conflicto –ya sea un autonomismo sin límite en cuanto a la anonimidad del donante, o la consideración prevalente de un beneficio económico empresarial privado-. Por todo lo antedicho, es obvio que se deben jerarquizar los valores, pues están comprometidos tanto el plano de la ética privada como el de la ética pública.

El Comité de Bioética de Cataluña en su Informe de 24 de febrero de 2016, sobre El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de las personas, señala que optar por una posición intermedia, que permitiría el acceso del nacido a datos identificativos del donante solo cuando este último, al hacer posible la donación, optó por una donación abierta, si bien en apariencia parece conciliar los posibles intereses en conflicto, tienen un difícil encaje con el reconocimiento efectivo de un derecho a conocer, ya que el ejercicio de este derecho y su alcance queda a la discreción del donante, de modo que se conculca el derecho del “nacido” según voluntad del titular del material genético.

En definitiva, tras todo lo expuesto puede afirmarse que lo que ha hecho nuestro legislador ha sido sacrificar el derecho del hijo en favor del derecho del donante, en garantía de las propias técnicas de reproducción humana asistida. Las excepciones recogidas en los párrafos segundo y tercero no son expresiones de una reducción proporcional de ambos derechos como vía de resolución del conflicto, sino menciones o soluciones a un conflicto distinto, el que se produce entre el mismo derecho del donante a su intimidad y el derecho del hijo a su vida o integridad, el cual sí resolvió en favor del hijo, aunque de manera algo timorata (sobre todo, al sujetar el derecho a la vida o integridad del hijo a la concurrencia de un grave riesgo).

Incluso, podría afirmarse que no existe conflicto alguno entre valores o derechos en sentido estricto, sino un valor o derecho real que debe ser

reconocido y un presunto valor o derecho que no es tal y no amerita al reconocimiento. Así, el levantamiento del anonimato no derivaría de que nos inclinemos por uno de los valores o derechos en conflicto, una vez analizados detenidamente ambos, sino de que el donante no puede exigir que su donación sea anónima puesto que se trata de una acción que va a impactar directamente sobre la vida de terceros de tal modo que no cabe recabar para esa acción la garantía de intimidad. Distinto sería, a título meramente ilustrativo, el que se done material genético para la investigación. En este caso la intimidad del donante debe ser protegida, porque no afecta directamente a los valores o derechos de un tercero.

Por lo tanto, si partiéramos de que se admite la presencia de un conflicto entre derechos, lo que, como acabamos de exponer es incluso discutible, en el artículo 5.5 de la Ley se regulan dos conflictos diferentes que vienen referidos a distintos derechos del hijo que operarían frente a la intimidad del donante.

(1) Por un lado, el derecho a conocer el origen biológico, como mera expresión de su derecho a la identidad, lo que, obviamente, se recoge de manera general, como un derecho que conecta con la propia dignidad y libre desarrollo de la personalidad del menor; es decir, el derecho a conocer su pasado y sus circunstancias para configurar su propio futuro, conocer el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro, entre lo que se encuentra el saber quién es su progenitor o progenitora biológica. Se trata, resumidamente, de aquel derecho que tiene toda persona sobre la verdad de su propia biografía. O también el derecho a ser consciente de uno mismo como alguien separado y distinto de los demás, en una experiencia de continuidad con el pasado, desde un presente con sentido y con una perspectiva de futuro. La identidad trasciende del hecho biológico y alcanza también el hecho biográfico. Si la identidad puede afirmarse que está formada por aquellas características y vivencias personales que nos llevan a sentirnos y percibirnos como distintos de los demás, nos ayudan a ubicarnos en nuestro entorno social y nos “empujan” a dirigirnos a nosotros mismos dando sentido a nuestra propia vida, son muchas las cuestiones y datos que forman parte de nosotros mismos que nos ayudan a distinguirnos del resto y a relacionarnos con el resto. La identidad es una realidad multifacética en la que entran en juego distintas cuestiones personales, sociales, físicas, genealógicas, raciales o étnicas, etc., en cuya formación tiene importancia, indiscutiblemente, la información genética o biológica.

El Comité de Bioética de Cataluña en el mencionado Informe sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona, señala, en relación con este derecho, que la construcción de la identidad se basa en la narración que el propio sujeto hace de sus experiencias y de la historia que los otros le transmiten de su vida, en un ejercicio de autoconsciencia que no admite vacíos ni cambios repentinos.

Y, añade, que ocultar a una persona el conocimiento sobre su origen conlleva negarle uno de los elementos constitutivos de su identidad, a partir de la que se distingue del resto y se puede individualizar en relación con aquellos de los que proviene. Cuando el Estado impide el acceso a información identificativa o no identificativa sobre el donante está privando al concebido con los gametos de este donante de un aspecto importante de su autonomía individual: la libertad de elegir qué significado otorga a los componentes genéticos de su identidad.

(2) Por el otro, el derecho a conocer su origen biológico como específica garantía de su derecho a la vida e integridad, es decir, para poder adoptar determinadas medidas de protección de su salud a partir del previo conocimiento de los datos de su progenitor.

Y la pregunta ahora, tras la reforma legal de 2015 y la fuerza normativa que ha cobrado en nuestro ordenamiento el principio del interés superior del menor, es si cabe mantener tal solución del primer conflicto con sacrificio del derecho del menor cuando tal derecho no queda vinculado a su vida o integridad sino a su interés en conocer quién fue su progenitor o progenitora biológica.

Creemos que, si bien la solución aportada por el legislador en la regulación de la reproducción humana asistida y cuya constitucionalidad fue ratificada por el Tribunal Constitucional hace dos décadas podía considerarse menos criticable en aquel momento, actualmente, con los cambios normativos operados, no es ya sostenible en términos jurídicos. El conflicto entre el derecho a la identidad del hijo y el derecho a la intimidad del donante no cabe ya resolverlo con sacrificio de aquél, sino necesariamente de éste, atendidos los principios y valores que concurren en el conflicto más allá de los concretos derechos de los individuos. Como proclama en 2015 nuestro legislador, y ya recogíamos antes, el interés superior del menor es primordial y, por tanto, debe primar sobre el derecho a la intimidad del donante. Cuando el conflicto entre un derecho del menor y el derecho de un tercero no puede resolverse por la regla de ponderación,

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

Además, mantener que a través del sacrificio del derecho del hijo se garantiza su propia existencia, ya que con dicha solución del conflicto se ofrece verdadera operatividad a las técnicas de reproducción asistida es bastante discutible. Resulta poco convincente defender el sacrificio de un derecho del hijo tan íntimamente vinculado a la propia dignidad sobre la base del argumento de que ha nacido gracias a las técnicas, hecho que, sin garantía del anonimato de su progenitor, no se habría producido.

Recurriendo a los argumentos del filósofo Derek Parfit, se sostiene que determinado acto no daña a una persona si, en el caso de que este acto no se hubiera ejecutado, esa persona no habría existido. El argumento en nuestro caso sería: como el niño ha nacido de las técnicas de reproducción humana asistida y para que estas tengan, en principio, operatividad, es necesario garantizar el anonimato del donante, el niño debe aceptar el sacrificio de su derecho a la identidad.

Este argumento es fácilmente rebatible por dos razones:

(1) El anonimato del donante no es indispensable para que existan las técnicas de reproducción humana asistida o, mejor dicho, para que existan donantes de gametos.

Sostener que la supresión del anonimato del donante conlleva inexorablemente la de las propias técnicas o la de la donación de gametos no responde a la realidad. El anonimato no ha sido una regla unánime en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno ni menos aún consustancial a un presunto modelo tolerante o muy flexible de reproducción humana asistida. A este respecto, entre los modelos más flexibles de reproducción humana asistida se encuentran el nuestro y el británico y precisamente este último suprimió hace ya años el anonimato, sin que el acceso a las técnicas sea ahora inviable o imposible.

La propia realidad comparada nos permite ver que la operatividad del principio del interés superior del menor y reconocimiento del derecho del hijo a conocer su origen biológico no ha ido en detrimento del acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. Sí cabe admitir, en hipótesis, una posible reducción de las donaciones a corto plazo, que en muchos países se ha recuperado en el medio plazo (Van den Broeck *et ál.*, 2013), pero no la desaparición de las técnicas por falta de donantes, ya que ello no ha ocurrido

en los países que han optado por modificar el régimen del anonimato del donante. La literatura científica no muestra evidencias de que tal disminución ostensible se produzca. También, puede cambiar el perfil del donante, ya que hay estudios que muestran que los hombres solteros u homosexuales están significativamente más inclinados a revelar su identidad que los hombres casados, heterosexuales. Los estudios realizados antes, durante o poco después de un cambio legislativo en este sentido suelen reflejar una actitud negativa hacia la eliminación del anonimato. Sin embargo, la forma en que se reclutan los donantes, las prácticas o las creencias sociales actuales sobre el anonimato o la apertura parecen jugar un papel muy importante en las actitudes de los donantes. El anonimato, la apertura y el reclutamiento de donantes responden a múltiples factores y no pueden reducirse a un principio unidimensional de causa y efecto.

En todo caso, parece que dicha reducción temporal o cambio del perfil de los donantes está justificada, ética y jurídicamente, cuando lo que está en juego son derechos, principios y valores tan importantes.

El Comité de Bioética de Cataluña señala en su Informe que, si bien el número de donaciones de gametos que se produce en los países donde no hay anonimato es considerablemente más bajo al de los países en los que se garantiza el anonimato y que el cambio que se produciría en el perfil del donante que sería de más edad podría tener repercusión en el porcentaje de éxito de las técnicas, dado que se dispone de material de donante menos eficiente, tal objeción olvida que los argumentos utilitaristas no deberían conllevar un freno al ejercicio de un derecho y que el cambio en el perfil del donante no necesariamente ha de ser negativo, en tanto que podemos pasar a un donante de más edad pero con más responsabilidad respecto del acto que efectúa. Así, la transparencia en la donación de gametos y, en general, en la manera como se ha realizado la concepción conllevará fomentar más responsabilidad en los donantes, en la medida que forma parte de la corrección ética de un acto el hecho de poder rendir cuentas públicamente.

Por otro lado, nosotros consideramos que los poderes públicos cuentan con instrumentos suficientes para, garantizando y no sacrificando los derechos del hijo, promover que existan donaciones en garantía de las propias técnicas de reproducción.

(2) El argumento de que el niño nacido de las técnicas de reproducción humana asistida debe aceptar el sacrificio de su derecho a la identidad porque el anonimato del donante es la razón por la que, a la postre, ha nacido parte de otro presupuesto erróneo, como es que una persona antes de nacer tiene

interés en existir. Se trata de un discurso hecho *a posteriori, ex post facto*, que pretende erróneamente equiparar la no existencia antes de nacer con la que tiene lugar al morir. Afirmar que era bueno para una persona viva el hecho de haber nacido no implica que, en caso de no haberlo hecho, habría sido malo para él.

A favor de esta nueva forma de resolución del conflicto garantizando el derecho a la identidad del menor informa, además, el cambio operado sin ambages ni límites ni excepciones en el ámbito de la adopción por la reforma legal de 2015. A este respecto, el ya citado Informe del Comité de Bioética de Cataluña afirma que el argumento de que existe una “historia previa” para reconocer un derecho a conocer los orígenes solo a las personas adoptadas, excluyendo el resto de escenarios, no es justificación suficiente si tenemos en cuenta que, desde el punto de vista de los derechos del hijo, es difícil argumentar por qué la ley niega a los concebidos mediante gametos de donante un derecho que reconoce, en cambio, a las personas adoptadas.

Para dicho Comité, en virtud del principio de igualdad ante la ley, el conocimiento del propio origen, como manifestación de la propia personalidad, no se puede negar a determinadas personas por razón de nacimiento, condición o circunstancias personales o sociales. Si bien es cierto que la cuestión de los orígenes puede surgir con mayor frecuencia e intensidad en las personas adoptadas que en las concebidas mediante gametos de donante, parecería que esto no justifica soluciones distintas para cada supuesto, en la medida que el principio de igualdad impide que, sobre la base del distinto origen de la filiación, se pueda permitir a unos lo que se niega a otros.

Por otro lado, los valores culturales y éticos que impregnan la sociedad española han cambiado notablemente de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1999. Y así, puede perfectamente afirmarse que quien quiera que se plantee ser donante de gametos en la actualidad sabe que la revelación de su identidad al individuo resultante de su material genético no generará ningún vínculo parental con él y, al contrario, contribuirá a que pueda construir su propia identidad. En la medida que la donación es un acto altruista, los donantes pueden entender que ese altruismo consiste en facilitar desinteresadamente no solo el material genético para procrear, sino también el acceso al conocimiento de su identidad por parte de los individuos resultantes del material donado. Esta concepción holística del altruismo del donante resulta perfectamente acorde con los valores culturales y éticos vigentes en la sociedad actual y da pie a un perfil de donante, como decíamos antes, más consciente de las responsabilidades éticas que asume al ofrecerse como donante.

Para concluir con estos argumentos ético-legales que entendemos que justifican una exigida derogación de la regulación del régimen actual del anonimato en garantía del interés superior del menor de edad, es interesante mencionar una reciente Sentencia del mismo Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2019, por la que se estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, declarándolo inconstitucional, pero únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad”. Ciertamente, dicha Sentencia no versa en sentido estricto sobre el régimen de anonimato, ni los intereses del menor en el ámbito de la reproducción humana asistida, sino sobre el interés del menor al que le impiden acceder a la rectificación registral del sexo. Sin embargo, en la misma se contiene una importante doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho del menor a su identidad.

Así, en el Fundamento Derecho Cuarto de la Sentencia se señala que “La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas”.

Tomando las palabras del Tribunal Constitucional podría colegirse, sin temor a equivocación, que obligar a un hijo nacido de las técnicas de reproducción humana asistida a no conocer cuál es su origen y quién es su progenitor biológico conlleva un lastre porque le obliga a vivir con una identidad que no es propia, condicionándole de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas.

También, en su anterior Sentencia de 9 de mayo de 2019, el mismo Tribunal Constitucional señala que “El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los

órganos legislativos”, según el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (CDN). Como detalla la Observación general n. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención. Añade que no hay jerarquía de derechos en la Convención: todos responden al “interés superior del niño”, y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor”.

En lo expuesto en este epígrafe hemos partido de la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales y de la necesidad de resolverlo. Pero cabe proyectar una duda consistente sobre la idoneidad de esta interpretación de los hechos. También puede entenderse que, en realidad, no existe conflicto alguno puesto que el derecho a la intimidad no cubre la ocultación de la identidad del donante a la persona nacida como consecuencia de esa donación. Nadie puede ser obligado a donar sus gametos pero, si lo hace, no tiene título alguno para exigir que la información sobre su identidad sea velada a la persona nacida de su material genético. Por eso, las normas por las que algunos países regulan esa acción impidiendo el anonimato del donante no solo no sacrifican el derecho a la intimidad del donante sino que confirman que esa voluntad del donante no se puede amparar en tal derecho. ¿Es justificable ocultar la identidad del donante a quien ha sido fruto de su material genético? De hecho, no se conoce ningún caso de impugnación de esas normas por violación del derecho a la intimidad.

Se puede considerar que el Tribunal Constitucional, en la mencionada Sentencia que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, adoptó este punto de vista al tratar de la cuestión relativa al anonimato del donante. Entiende que la Constitución exige a los poderes públicos que posibiliten la investigación de la paternidad, salvo que exista una causa justificativa suficiente para dejar de hacerlo. Según el Tribunal Constitucional, la finalidad de esa investigación es “constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial”. Como en el caso de las técnicas de procreación artificial la finalidad no es constituir ese vínculo

jurídico, sino “la mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación”, entonces, no entra dentro de lo exigido por el art. 39.2 de la Constitución.

Frente a esta magra argumentación, debemos aportar dos argumentos que apuntan en la dirección contraria:

(1) El Tribunal Constitucional no considera dos referencias del artículo 39 CE que, a nuestro entender, afectan a la cuestión del anonimato del donante. Por un lado, el artículo 39.2 afirma que “2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos...”. No parece irrazonable pensar que una forma de incumplir con la protección integral de los hijos consiste en impedir el acceso de los hijos habidos por técnicas de reproducción asistida al conocimiento de su identidad genética. Abundando en esa dirección, el art. 39.3 proclama que: “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Facilitar al hijo habido mediante técnicas de reproducción asistida la información sobre los orígenes genéticos se puede considerar dentro de los deberes de asistencia de todo orden que corresponde a los padres.

(2) La varias veces mencionada reforma legal de 2015 puso de manifiesto que la investigación de la paternidad no tenía como fin exclusivo el establecimiento de una relación paterno-filial sino también otro igualmente importante: poner a disposición de los hijos una información esencial para construir su propia identidad. A la vista del momento presente, cuando la Convención de Derechos del Niño ya ha permeado las leyes de los estados que, como España, la ratificaron, resulta anacrónica la valoración que el Tribunal Constitucional hizo de la información relativa a los orígenes genéticos, calificándola de “mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación”.

4. El derecho a conocer el origen biológico como expresión del derecho a la identidad puede ser proclamado como un derecho fundamental de los hijos nacidos de la reproducción humana asistida

Uno de los argumentos que tradicionalmente ha sostenido la doctrina para resolver el conflicto entre el derecho del hijo a conocer su origen biológico y el derecho a la intimidad del donante a favor de este último es el que el derecho a la identidad del menor no aparece consagrado como

verdadero derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, no siendo suficiente a tales efectos lo establecido por el artículo 39 de la Constitución cuando señala, en su apartado 2, que “La ley posibilitará la investigación de la paternidad” y en su apartado 4 que “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

Sin embargo, dicho argumento presenta a nuestro modo de ver dos objeciones muy claras:

En primer lugar, la falta de proclamación explícita del derecho como fundamental en la Constitución no impide, necesariamente, reconocerle tal carácter. A este respecto, debemos recordar que la relación de derechos y libertades contenida en la Constitución no constituye una lista cerrada en la que no queda admitir ningún otro derecho, salvo los ahí consagrados.

Y si bien es cierto que nuestra Constitución ni cuenta con una cláusula de apertura de los derechos como sí ocurre con otros textos constitucionales del Derecho comparado (véase, la Constitución de los Estados Unidos de América cuando proclama que “la enumeración de ciertos derechos que se hace en esta Constitución no debe interpretarse como denegación o menosprecio de otros derechos que conserva el pueblo” o la del Perú cuando señala que “la enumeración de los derechos establecidos no excluye los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre” o, incluso, en nuestro constitucionalismo histórico, la Constitución de 1869 que establecía que “La enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquier otro no consignado expresamente”) ni la dignidad se reconoce como derecho fundamental, lo que operaría como puerta abierta a nuevos derechos que conecten con ella (como sería el caso de la Ley Fundamental de Bonn), el propio Tribunal Constitucional ha venido admitiendo nuevos derechos con el carácter de fundamentales, y pese a que ellos no aparezcan expresamente proclamados en el texto constitucional. Así, pueden citarse como ejemplos, el propio derecho a la protección de datos de carácter personal (no proclamado explícitamente en el artículo 18.5 de la Constitución), el derecho a la objeción de conciencia más allá del servicio militar obligatorio, el derecho a no sufrir ruido o, incluso, muy recientemente, el derecho al cadáver por parte de los familiares.

En todo caso, para que el nuevo derecho pueda tener acceso al acervo de derechos proclamados en la Constitución y gozar de especial protección y eficacia directa se exige por la jurisprudencia constitucional que concurran, sustancialmente, tres requisitos: primero, que el derecho conecte con la

dignidad, segundo, que el derecho conecte con alguno de los proclamados expresamente en la Constitución, y tercero, que el derecho haya sido ya proclamado reconocido por los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España o por sus órganos de interpretación (véase, singularmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Pues bien, trasladados todos estos argumentos al debate acerca de la naturaleza del derecho del hijo a la identidad, puede afirmarse con claridad que tal derecho cabe ser perfectamente admitido como derecho fundamental en nuestro sistema constitucional. En primer lugar, el derecho a la identidad conecta directamente con la dignidad proclamada en el artículo 10 de la Constitución. En segundo lugar, y más allá del derecho a la vida y a la integridad del artículo 15 de la Constitución, el derecho a la identidad conecta también con los derechos proclamados en el artículo 18, principalmente, los derechos a la intimidad personal y, sobre todo, familiar, y el derecho al propio nombre que, supone, simple y llanamente, el derecho a una identidad, a unos rasgos que nos identifican y singularizan. Por último, se trata de un derecho claramente reconocido por la Convención y por la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véanse, en especial, *Odièvre contra Francia*, § 29; *Gaskin contra el Reino Unido*, § 39, o también, *Mennesson contra Francia*, en la cual, aunque viene referida a un supuesto de gestación subrogada, el Tribunal destacó la importancia de la paternidad biológica como componente de la identidad de cada individuo).

Ya en 1989, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Gaskin c. El Reino Unido*, reconoce que el derecho a la privacidad implica ser capaz de poder establecer los detalles de la identidad de una persona como ser humano y así afirma el interés principal de una persona de tener acceso a su archivo de asistencia social para conocer y comprender su infancia y sus años de educación. Y en 2002, en el caso *Mikulic c. Croacia*, el Tribunal sostuvo que obtener la información necesaria para descubrir la verdad sobre un aspecto importante de la identidad personal de uno, por ejemplo, la identidad de los padres, forma parte de un interés vital protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En definitiva, sostener que el conflicto entre ambos derechos ha de resolverse en favor del derecho del donante, al carecer el primero de verdadera eficacia en nuestro ordenamiento constitucional, más allá de lo que proclama el artículo 39 de la Constitución, carece en la actualidad de fundamento.

Pero es que, además, el derecho a la identidad ya está expresamente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, no por obra de la jurisprudencia constitucional, si no por el propio legislador en la reforma de 2015, aunque en ese caso se haya reconocido en el ámbito de la adopción.

5. El fin del régimen del anonimato como tendencia en la concepción europea del derecho a la identidad del menor

Para concluir, es importante mencionar que el fin de anonimato en las técnicas de reproducción humana asistida parece ser ya una tendencia consolidada en los países de nuestro entorno. Así lo proclama la versión provisional de la Recomendación (2156-2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre donación anónima de espermatozoides y ovocitos: sopesando los derechos de los padres, donantes y niños (*Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*). Dicha versión provisional señala, literalmente, que en las últimas décadas puede apreciarse un movimiento a favor del reconocimiento del derecho a conocer el origen biológico, conectado al derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad (“There has been movement towards recognition of a right to know one’s origins in the last decades, connected to the right to an identity and to personal development: in international human rights law, through its inclusion in the United Nations Convention on the Rights of the Child as a “stand-alone” right for children, and in European human rights law through the case law of the European Court of Human Rights, which has recognised this right as an integral part of the right to respect for private life. This right includes the right to access information that would make it possible to trace one’s roots, to know the circumstances of one’s birth and to have access to certainty of parental filiation”).

Dentro de este movimiento destacan los casos de Suecia, Reino Unido y más recientemente Portugal a través de su Tribunal Constitucional. Otros países en los que rige un régimen legal que permite al hijo acceder a información que le permita identificar a su progenitor son Austria, Finlandia, los Países Bajos, Noruega, Suiza y Alemania.

El caso de Reino Unido es especialmente interesante dado que su regulación de las técnicas de reproducción humana asistida es muy similar a la nuestra, considerándose como dos de los modelos más flexibles en la materia en el marco europeo. La donación anónima fue abolida en el Reino

Unido en 2005. Las personas nacidas como resultado del tratamiento con gametos donados después de abril de 2005 pueden, cuando alcanzan los dieciocho años obtener información que les permita identificar a su donante. Los concebidos antes de esa fecha no pueden obtener dicha información a menos que su donante decida identificarse.

En cuanto al caso de Portugal, el Tribunal Constitucional, con ocasión de la Sentencia 225/2018, de 24 de abril de 2018, considera que el anonimato en la donación de gametos, tanto para procesos de gestación subrogada -que es la materia sobre la que trata sustancialmente la resolución- como en los tratamientos de reproducción asistida no es constitucionalmente admisible.

A este respecto, resulta interesante recordar que dicho Tribunal, en términos muy similares a los de nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 116/1999, había proclamado pocos años antes (Sentencia 101/2009) la constitucionalidad del régimen de anonimato en las técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, menos de una década después, dicha doctrina queda sustancialmente revertida y se declara la inconstitucionalidad del modelo jurídico de anonimato por afectar directamente a los derechos a conocer su origen biológico y a la identidad del hijo nacido de dichas técnicas.

El Tribunal portugués afirma, en términos similares a los recogidos en la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que por toda Europa se asiste a un progresivo reconocimiento del derecho a acceder a los datos sobre el propio origen, incluyendo la identidad de los donantes, como consecuencia necesaria de la protección constitucional conferida al derecho a la identidad e historicidad personal (apartado 78 de la Sentencia), y ello, en gran parte justifica el cambio de doctrina, pese a que la emanada del Tribunal portugués es diez años posterior a la de nuestro Tribunal Constitucional, es decir, mucho más próxima en el tiempo al cambio introducido en 2018.

Para el Tribunal Constitucional portugués, los lazos biológicos (genéticos, epigenéticos y gestacionales) son fundamentales para la autocomprensión de cada uno y para la construcción de su identidad, precisamente porque integran su historia personal (apartado 71).

El Alto Tribunal portugués enfatiza la diferencia de trato que se aprecia en su ordenamiento jurídico, en el que se reconoce el derecho a conocer su origen biológico al hijo adoptado, pero no al nacido de la reproducción humana asistida (apartado 72).

Interesante resulta también lo que señala el Tribunal acerca de los posibles conflictos familiares que pudieran derivarse de desvelar el anonimato, argumento utilizado frecuentemente por sus defensores: el conocimiento acerca de su origen en las técnicas de reproducción humana asistida no supone que la persona esté a partir de ahí menos cariñosamente vinculada a sus padres legales e, incluso, si se produce tal crisis de las relaciones afectivas, no está claro por qué el Estado debería interferir en ello, privilegiando a los padres que han recurrido a la reproducción humana asistida en detrimento del derecho de los niños nacidos tras el uso de tales técnicas al conocimiento de su origen (apartado 76 *in fine*).

En cuanto al argumento de la posible reducción del número de donantes, el Tribunal portugués señala que, aunque esta tendencia a veces ocurre en una primera etapa, el hecho es que en los países que ya han hecho tal cambio, el número de donantes ha aumentado nuevamente en un período posterior y, así, cita como referencia a la Autoridad Británica de Fertilización y Embriología Humana que ha señalado que el número de donantes y ciclos de tratamiento realizados con gametos donados ha aumentado notablemente en los últimos años. Por lo tanto, este argumento pierde para el Tribunal relevancia, y además porque en un marco legal en el que prevalece la regla del derecho a conocer los orígenes, los donantes lo harán, necesariamente más conscientes de su papel en la creación de una vida y, por lo tanto, serán mejores desde un punto de vista ético (apartado 77).

En cualquier caso, esta consideración empírica, dada la falta de evidencia concluyente de que la regla mencionada anteriormente sobre el derecho al conocimiento del origen determina una reducción drástica en el número de donantes, es poco probable que constituya un obstáculo relevante para el reconocimiento de tal derecho (apartado 80).

En definitiva, el Tribunal Constitucional portugués considera que el conocimiento de los propios orígenes constituye un elemento fundamental de la construcción de la identidad, encuadrándolo en el derecho a la identidad personal. Para el Tribunal, ninguno de los argumentos que vendrían a pretender fundamentar el anonimato, como la paz familiar o el posible descenso del número de donantes, son proporcionados y no justifican la limitación del derecho del menor al conocimiento de su origen biológico.

En Alemania, desde 1989, el Tribunal Constitucional Federal ha reconocido el derecho de todos a conocer sus orígenes. Una Ley alemana de 17 de julio 2017 consagra este derecho para las personas nacidas a través de la donación de espermatozoides (la donación de gametos femeninos no está permitida

en Alemania) y establece la creación de un registro centralizado para almacenar información. A partir de los 16 años, el niño concebido mediante donación de espermatozoides puede solicitar conocer la identidad del donante.

En Francia, cuyo sistema legal aún mantiene un modelo de anonimato similar al nuestro, en la revisión de sus Leyes de Bioética que se está llevando a cabo a través de la denominada formalmente Consulta Nacional sobre la Bioética (les Etats généraux de la Bioéthique), proceso que viene exigido en el artículo 47 Ley de Bioética de 2011 (Ley 2011-814, de 7 de julio), que dispone que la Ley será revisada por el Parlamento en un plazo máximo de siete años desde su entrada en vigor, ya se han pronunciado diferentes instituciones participantes en dicha revisión en favor de reconocer el derecho del niño a conocer su origen biológico. Y así, si bien el modelo de anonimato se fundamentó sustancialmente en la necesidad de proteger a la familia, el propio Consejo de Estado francés ya admite que la diversificación de los modelos familiares tiende a trivializar la disociación entre la paternidad legal y biológica y hoy atenúa la dimensión potencialmente desestabilizadora de la posible aceptación de la demanda de acceso a los orígenes. También, el Comité Consultivo Nacional de Ética indica, en su Informe aprobado en el marco de la Consulta Nacional sobre la Bioética, que existe un consenso sobre la verdad debida a los niños en cuanto a su modo de concepción, sobre no ocultar la historia de su concepción a los niños.

Además, en el Estudio de Impacto del proyecto de Ley relativo a la Bioética de 23 de julio de 2019, se manifiesta que la investigación llevada a cabo por sociólogos y psicólogos ha demostrado que la aplicación radical del principio de anonimato que fue promulgado en 1994 tiene efectos perjudiciales a largo plazo en el niño, principalmente porque este último se ve privado de una dimensión de su historia que, sin embargo, se preocupa íntimamente (el donante es, como mínimo, un actor de la herencia para los nacidos de su donación). Y, por lo tanto, muchos psicólogos dan testimonio de las consecuencias nocivas de una identidad basada en el borrado de la intervención de un tercero.

Por último, mencionar que la Recomendación la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que ya hemos citado anteriormente parece marcar un cambio de paradigma porque propone, sin ambages, el reconocimiento del derecho del hijo nacido fruto de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer su origen biológico como expresión de su derecho a la identidad.

La versión provisional de Recomendación en su apartado 7.1 promueve la anulación del anonimato para todas las futuras donaciones de gametos en los Estados miembros del Consejo de Europa, y la prohibición del uso de espermatozoides y ovocitos donados de forma anónima, debiendo revelarse la información sobre la identidad del donante al hijo cuando alcance la mayoría de edad, siempre preservando su derecho a no conocer, y todo ello, según dispone el apartado 7.2, sin que tal cambio en la regla del anonimato tenga consecuencias legales para la filiación.

Conclusiones

Primera.- Consideramos que, desde una perspectiva ética-legal, parece adecuado, en los términos que promueve el borrador de Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, una reforma legal del artículo 5.5 de la Ley de reproducción humana asistida que elimine el actual régimen legal de anonimato en la donación de gametos para la reproducción humana asistida.

Segunda.- Igualmente, consideramos adecuado lo previsto en la misma Recomendación en lo que se refiere a la irretroactividad del cambio de regulación del anonimato, a salvo de razones médicas o cuando el donante haya dado su consentimiento para el levantamiento del anonimato. Si bien concurren elementos más recientes que informan a favor del cambio en la resolución del conflicto entre el derecho a la identidad del hijo y el derecho a la intimidad del donante, también existen unas expectativas razonables a favor de los donantes que lo hayan antes de que el recomendado cambio legal entre en vigor.

Ciertamente, proponer un modelo irretroactivo plantea dilemas éticos relevantes, pero creemos que la prudencia en esta propuesta puede ser precisamente la que ayude más fácilmente a cambiar el paradigma actual de anonimato de manera que a través de la promoción de un nuevo paradigma pueda éste alcanzar también en el futuro a los nacidos antes de la reforma legal que pudiera llevarse a cabo.

A este respecto, la propuesta de eliminar el anonimato sin efectos retroactivos en garantía de las expectativas de aquellos que donaron bajo el régimen actual no debe ir en detrimento de que los poderes públicos adopten medidas para promover un incremento de la conciencia entre estos donantes

de que algunos hijos concebidos a través de las técnicas valorarían muy positivamente la disposición de aquéllos a identificarse. La propuesta de irretroactividad que acogemos no significa inacción de los poderes públicos al respecto. Consideramos, más bien, que una cultura de la confianza, lealtad y responsabilidad que incorpora nuestra propuesta de eliminar el régimen de anonimato, aunque sin efectos retroactivos, puede alcanzar también a los nacidos bajo el régimen legal actual.

Tercera.- En este cambio de paradigma, la creación del Registro Nacional se muestra como una figura ineludible para que el nuevo modelo pueda servir, como exige nuestro ordenamiento jurídico, al interés que debe primar que, como hemos explicado antes, no es otro que el del hijo nacido de las técnicas de reproducción humana asistida. Y aunque tanto la primera Ley que reguló en España las técnicas de reproducción humana asistida en 1988, como la actual, prevén la creación de registros de donantes de gametos, todavía seguimos sin contar con ese imprescindible instrumento para garantizar la seguridad de las técnicas y los derechos de las partes implicadas. Por ello, urgimos al Gobierno a que cumpla con la ley y acabe con este lamentable estado de cosas que se prolonga desde hace más de treinta años.

Además, la existencia del Registro Nacional propiciaría también un mayor control sobre el número de donaciones que puede realizar un mismo donante en diferentes clínicas y en diferentes ciudades, provincias o Comunidades Autónomas y sobre el uso que hacen las clínicas de los gametos de un mismo donante, minimizando los problemas de consanguinidad inadvertida en el futuro. El conocimiento del número de donantes, donaciones y su trazabilidad es esencial para el cálculo de probabilidad de uniones endogámicas en una determinada región y para limitar el sobreuso de un donante particular.

El crecimiento exponencial de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país, unido a la constatación de que actualmente un tercio de esos tratamientos se realizan con donación de gametos, genera un riesgo de uniones endogámicas inadvertidas que de lugar a enfermedades genéticas recesivas en la descendencia. Desde este punto de vista, el funcionamiento del Registro Nacional de donantes constituye una medida importante de salud pública para la prevención de este tipo de enfermedades, la mayoría muy graves e incurables a fecha de hoy.

Cuarta.- El principio del interés superior del menor exige que la garantía efectiva de los derechos a la identidad y a conocer el origen biológico del

hijo nacido de las técnicas de reproducción humana asistida se lleve a cabo evitando maximalismo o propuestas homogéneas y uniformes en todos los casos. Aquel principio exige valorar detenidamente en cada caso de qué manera se satisface mejor tal interés.

Desde una perspectiva bioética, puede afirmarse que, si bien muchas personas necesitarán ver satisfechos plenamente sus derechos a la identidad y a conocer su origen biológico, otros lo demandarán más limitadamente. El grado de satisfacción de tales derechos variará según la diversidad de las situaciones. Se trataría, por tanto, de rechazar tanto una posición presuntamente proteccionista que menoscabe sin justificación los derechos y libertades del hijo como una postura excesivamente maximalista que acabe por ser maleficiente al desatender a su verdadero interés. En todo caso, solo puede corresponderle al hijo de las técnicas el decidir si quiere o no conocer y en qué medida.

Debe huirse de paternalismos o meras excusas basadas, no tanto en el interés del hijo, sino en el interés de terceras personas, ya sean los progenitores, los padres o las propias empresas y servicios de reproducción humana asistida. La Bioética y el Derecho deben atender siempre a la protección de la parte más vulnerable de la relación y, en el caso que nos ocupa, es obviamente el hijo, como la propia Ley Orgánica 1/1996, ya citada antes, nos recuerda al proclamar sin ambages que el interés superior del menor primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Quinta.- El Estado debe implementar los medios materiales y personales necesarios para poder valorar en cada caso qué supone el interés superior del menor y proporcionar a los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida el asesoramiento, apoyo y acompañamiento que puedan necesitar en el ejercicio de sus derechos a la identidad y a conocer su origen biológico. Tal asesoramiento, apoyo y acompañamiento debe extenderse igualmente a los padres y a los propios donantes.

Sexta.- El Estado debe velar por el interés superior del menor y por la garantía de los derechos del hijo nacido de las técnicas de reproducción humana asistida en su condición de parte en posición más vulnerable, pero ello debe desarrollarse a través de un acompañamiento a la propia familia. El Estado tiene un deber de protección tanto respecto de los hijos como de la propia institución de la familia, en los propios términos que se proclaman en nuestra Constitución.

Séptima.- En definitiva, la propuesta que aquí recogemos no solo debiera suponer un cambio legal, sino, sobre todo, un verdadero cambio de cultura en el ámbito de la reproducción humana asistida y de las relaciones entre los padres, los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida y los progenitores.

En Madrid, a 15 de enero de 2020

ANEXO. Bibliografía destacada acerca de la herencia genética

Chan, J.C. *et ál.* (2018) Parental advisory: maternal and paternal stress can impact offspring neurodevelopment. *Biol Psychiatry* 83 (10): 886-94.

Cortessis, V.K. *et ál.* (2018) Comprehensive meta-analysis reveals association between multiple imprinting disorders and conception by assisted reproductive technology. *J Assist Reprod Genet* 35 (6): 943-952.

Fjell, A.M. *et ál.* (2015) High-expanding cortical regions in human development and evolution are related to higher intellectual abilities. *Cereb Cortex* 25 (1): 26-34.

Gapp, K. *et ál.* (2018) Alterations in sperm long RNA contribute to the epigenetic inheritance of the effects of postnatal trauma. *Mol Psychiatry*, 30 Oct. DOI: <http://dx.doi.org/10.1038/s41380-018-0271-6>

Gao, L. *et ál.* (2019) Quantitative assessment of cerebral connectivity deficiency and cognitive impairment in children with prenatal alcohol exposure. *Chaos* 29, 041101. DOI: <https://doi.org/10.1063/1.5089527>

García, Y. (2015) Sin registro de donantes de gametos: cerca de treinta años esperando su creación. *IUS ET SCIENTIA* 1 (1): 41-52.

Hansen, M. *et ál.* (2005) Assisted reproductive technologies and the risk of birth defects —a systematic review. *Hum Reprod* 20 (2): 328-338.

Harper, J.C. *et ál.* (2016) The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business. *Hum Reprod* 31 (6): 1135-1140

Hattori, H. *et ál.* (2019) Association of four imprinting disorders and ART. *Clin Epigenetics* 11 (1): 21.

Heard, E. y Martienssen, R. A. (2014) Transgenerational epigenetic inheritance: myths and mechanisms. *Cell* 157: 95-109.

Janssens, P.M.W. *et ál.* (2015) Evolving minimum standards in responsible international sperm donor offspring quota. *Reprod-BioMed Online* 30 (6): 568-580.

Jawahar, M.C. *et ál.* (2015) Epigenetic alterations following early postnatal stress: a review on novel aetiological mechanisms of common psychiatric disorders. *Clin Epigenetics* 7: 122. DOI: [10.1186/s13148-015-0156-3](https://doi.org/10.1186/s13148-015-0156-3)

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

Mussa, A. *et ál.* (2017) Assisted Reproductive Techniques and Risk of Beckwith-Wiedemann Syndrome. *Pediatrics* 140 (1). DOI: [10.1542/peds.2016-4311](https://doi.org/10.1542/peds.2016-4311)

Niemitz, E.L. y Feinberg, A. P. (2004) Epigenetic and assisted reproductive technology: A call for investigation. *Am J Hum Genet* 74: 599-609.

Riccelli, R. *et ál.* (2017) Surface-based morphometry reveals the neuroanatomical basis of the five-factor model of personality. *Soc Cogn Affect Neurosci* 12 (4): 671-684. DOI: [10.1093/scan/nsw175](https://doi.org/10.1093/scan/nsw175)

Richards, S. *et ál.* (2015) Standards and guidelines for the interpretation of sequence variants: a joint consensus recommendation of the American College of Medical Genetics and Genomics and the Association for Molecular Pathology. *Genet Med* 17 (5): 405-424.

Uk A. *et ál.* (2018) Assisted Reproductive Technologies and imprinting disorders: Results of a study from a French congenital malformations registry. *Eur J Med Genet* 61 (9): 518-523.

Van den Broeck, U. *et ál.* (2013) A systematic review of sperm donors: demographic characteristics, attitudes, motives and experiences of the process of sperm donation. *Hum Reprod Update* 19 (1): 37-51.