



**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO POR  
LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA  
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE  
CANTABRIA)**

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**CURSO ACADÉMICO**

**2021 - 2022**

**EL DERECHO A CONOCER LOS  
ORÍGENES BIOLÓGICOS**

**THE RIGHT TO KNOW  
BIOLOGICAL ORIGINS**

**MARIA FERNANDA ARANDA MUÑOZ**

**DIRECTORA:**

**SILVIA TAMAYO HAYA**

Resumen: En este trabajo de fin de máster se investiga sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos desde varios puntos de vista: hijos naturales, hijos adoptivos e hijos nacidos a través de técnicas de reproducción asistida. Con especial consideración a estos últimos y al tratamiento que se les da en el Ordenamiento Jurídico Español.

Abstract: This end-of-master work investigates about the right to know biological origins from different points of view: regular childs, adoptive childs and childs born thanks to assisted reproductive thecnics. With an special consideration to the last one and the legal regime that they have in Spain.

# ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
  - 1.1. EL DERECHO A LA IDENTIDAD
  
2. LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD
  - 2.1. LA FILIACIÓN
  - 2.2. LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD
    - 2.2.1. *El principio de control de viabilidad*
    - 2.2.2. *La prueba biológica*
    - 2.2.3. *La negativa al sometimiento de la prueba biológica*
  
3. LA ADOPCIÓN Y LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS
  - 3.1. BREVE INTRODUCCIÓN HISTÓTICA DE LA ADOPCIÓN
  - 3.2. LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA
  - 3.3. REQUISITOS E IDONEIDAD PARA ADOPTAR
    - 3.3.1. *Requisitos para adoptar*
    - 3.3.2. *Declaración de idoneidad*
  - 3.4. DERECHO DE LAS PERSONAS ADOPTADAS A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS
    - 3.4.1. *La adopción abierta*
    - 3.4.2. *La necesidad de conocer los orígenes biológicos*
  
4. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y ORÍGENES BIOLÓGICOS
  - 4.1. TÉCNICAS PERMITIDAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO
  - 4.2. CONSIDERACIONES LEGALES
  - 4.3. EL ANONIMATO DE LOS DONANTES Y EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

4.3.1. *¿Deben los niños saber que nacieron por TRA?*

4.4. RAZONAMIENTOS SOBRE EL MANTENIMIENTO DEL ANONIMATO

4.4.1. *Disminución de donantes de gametos y el derecho a reproducirse*

4.4.2. *Derecho a la intimidad contra derecho a conocer los orígenes biológicos.*

a. Intereses en contra del anonimato.

b. Intereses a favor del anonimato.

4.5. EL ANONIMATO Y EL DERECHO A LA IGUALDAD

4.6. EL ANONIMATO DE LOS DONANTES EN DERECHO COMPARADO

4.6.1. *El proyecto de Recomendación de la Asamblea del Consejo de Europa*

4.7. NECESIDAD DE UN CAMBIO NORMATIVO Y DE LA PROHIBICIÓN DEL ANONIMATO

5. CONCLUSIONES

6. BIBLIOGRAFÍA

ANEXO: Listado de abreviaturas

*“No es la carne ni la sangre, sino el corazón, lo que nos hace padres e hijos”*

Schiller

# 1. INTRODUCCIÓN

## 1.1. EL DERECHO A LA IDENTIDAD

La identidad es definida por el diccionario de la Real Academia Española como “*cualidad de idéntico*”, “*conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás*”, “*conciencia que una persona o colectividad tiene de ser ella misma y distinta a las demás*” o “*hecho de ser alguien o algo el mismo que se supone o se busca*”.

El derecho a la identidad es aquel que posee cada persona, por el mero hecho de serlo, de ser reconocido como uno mismo, con todas las características que lo definen y que lo diferencian del resto de personas<sup>1</sup>. Es decir, el derecho a la identidad consiste en ser como realmente se es, más allá de la pertenencia del individuo en un grupo familiar y social determinado. Este derecho se posee desde el mismo momento del nacimiento del individuo, y va evolucionando, creciendo y cambiando con él.

La Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 20 de noviembre de 1989, que fue ratificada por España el 11 de noviembre de 1991<sup>2</sup>, proclama en su artículo 7: “1. El niño será inscripto 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”; se reconoce, por tanto, el derecho de todas las personas, desde el mismo momento de su nacimiento, a la identidad: a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer a sus padres, es decir, a conocer sus orígenes. El artículo 8 continúa proclamando que: “1. Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”; no es, por tanto,

---

<sup>1</sup> Álvarez Escudero, R., “El Derecho a la identidad de los niños. Proyecciones en materia de filiación” en Solé Resina, J., Almada Mozetic, V. (coord.), *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, Madrid, 2018, pg. 183.

<sup>2</sup> BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

un mero reconocimiento de derechos, sino que se obliga a los Estados a tener un papel activo no sólo en velar por este derecho a la identidad, sino también en asistir a los niños que hayan sido privados del mismo.

Para poder concretar correctamente lo que es el derecho a la identidad, es necesario tener como punto de partida el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres<sup>3</sup>, consagrado dentro de nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 14 de la Constitución Española. Más allá de la igualdad en derechos y dignidad, y sin entrar en colisión con la misma, el ser humano tiene la necesidad de diferenciarse y distinguirse de los demás<sup>4</sup>, de crear y poseer su propia identidad.

La identidad se constituye de un aspecto estático y uno dinámico<sup>5</sup>. Por una parte, en cuanto al aspecto estático, nos encontramos con elementos que tienden a permanecer sin variaciones a través del tiempo (nombre, filiación, etc.); por otra parte, con respecto al aspecto dinámico, tenemos elementos que tienden a cambiar o desarrollarse con las experiencias de cada persona (personalidad, religión, etc.)<sup>6</sup>.

El conocimiento de los orígenes biológicos, es decir, de la filiación, forma parte del aspecto estático de la identidad de cada individuo. Por ello, a priori, no parece que exista ningún inconveniente para que esta faceta del derecho tenga efectividad cuando nos encontramos ante familias tradicionales que han tenido descendencia de forma natural; el problema o la dificultad surge en otro tipo de supuestos: filiación extramatrimonial, filiación por adopción, técnicas de reproducción asistida, etc.

---

<sup>3</sup> Fernández Echegaray, L., *El derecho a la identidad: Tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad* (tesis doctoral), Santander: Universidad de Cantabria, 2016, p. 26.

<sup>4</sup> Álvarez Escudero, R., "El Derecho a la identidad de los niños. Proyecciones en materia de filiación" en Solé Resina, J., Almada Mozetic, V. (coord.), *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, cit., pg. 183.

<sup>5</sup> Fernández Sessarego, C., *Derecho a la identidad Personal*, Astrea, Buenos Aires, p. 14.

<sup>6</sup> Fernández Echegaray, L., *El derecho a la identidad: Tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos en las distintas formas de maternidad* (tesis doctoral), cit., pp. 26 y 27.

## 2. LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

### 2.1. LA FILIACIÓN

La filiación viene a ser un lazo o nexo que une a un hijo con sus padres o progenitores. La idea más básica de filiación surge del nacimiento de un menor como fruto de un acto biológico: la procreación natural<sup>7</sup>. Esta procreación natural puede dar dos tipos de filiación: matrimonial y extramatrimonial, y junto a estas dos nos encontramos también con la filiación por adopción<sup>8</sup>.

A partir de 1978, con la aprobación de la Constitución Española, se deja atrás la idea de la paz familiar como principio básico, que no permitía la investigación de la paternidad de los menores que habían sido fruto de relaciones extramatrimoniales. Así, nuestra Constitución, establece en su artículo 39 que los poderes públicos deben velar por la institución de la familia, y que existe una protección integral de los hijos. De esta forma, la familia deja de ser una entidad meramente privada, y pasa a tener un interés de protección público. A su vez, la Constitución establece la igualdad ante la ley de los hijos, con independencia de si la filiación es matrimonial, extramatrimonial o adoptiva. Además, se recoge que la ley posibilitará la investigación de la paternidad para determinar la filiación de los hijos. Se añade, también, que los padres deberán prestar asistencia a sus hijos, ya sean estos matrimoniales o extramatrimoniales.

Con esto nuevos principios introducidos por la Constitución, los preceptos contenidos en nuestro Código Civil con respecto a la filiación quedaron, en muchos puntos, obsoletos, llegando incluso a contradecir el nuevo texto constitucional<sup>9</sup>. Así, con la intención de adaptar la Ley a la Constitución, se aprueba la Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

---

<sup>7</sup> Fernández Echegaray, "La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos", *Revista de Derecho UNED*, núm. 21, 2017, pp. 109 - 148, p. 110.

<sup>8</sup> García Presas, I., "Derecho de Familia en España desde las últimas reformas del Código Civil", *Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanistas del Siglo de Oro e Hispanismo general*, Ed. Universidad de Navarra, GRISO, 2011, pp. 237-265, p. 240.

<sup>9</sup> García Presas, I., "Derecho de Familia en España desde las últimas reformas del Código Civil", *Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanistas del Siglo de Oro e Hispanismo general*, cit., p. 245.

La filiación va a tener unas consecuencias jurídicas, con independencia de cómo se establezca. Así, la filiación supone la existencia del derecho de alimentos, derechos hereditarios y el derecho a los apellidos.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, la maternidad y la paternidad biológica se van a establecer a través de distintos tipos de presunciones.

Por un lado, referente a la determinación de la maternidad, nos encontramos con una presunción que nos viene del derecho romano: “*mater semper certa est*”, es decir, la madre es la mujer que da a luz al niño<sup>10</sup>. Si bien es cierto que con la técnica de reproducción asistida de la gestación por sustitución se pone en duda esta premisa, debemos mencionar que dicha práctica no está permitida en España. Por tanto, en España, la madre del menor será la madre biológica, aquella que lo alumbró (con independencia de que se pueda establecer la filiación a través de la figura de la adopción).

Por otro lado, en cuanto a la determinación de la paternidad, nos encontramos con que el Código Civil, en su artículo 116, nos dice que “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*”. Esta presunción admite, sin embargo, prueba en contrario, pues el artículo 117 del texto establece que “*Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto...*”.

Es decir, la determinación de la filiación materna se lleva a cabo a través de un hecho biológico: el parto; mientras que la filiación paterna se va a presumir cuando el nacimiento del menor tenga lugar dentro del matrimonio<sup>11</sup>.

Ahora bien, la determinación legal de la filiación paterna cuando ésta se produce fuera del matrimonio va a seguir otras reglas. Así, el artículo 120 del CC

---

<sup>10</sup> Fernández Echeagaray, “La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos”, *Revista de Derecho UNED*, cit., p. 112.

<sup>11</sup> Romero Coloma, A., *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, ed. J.M. BOSCH, Barcelona, 2009, p. 63 y 64.

establece cuatro formas distintas: declaración del padre en el momento de inscripción del nacimiento del menor; reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento u otro documento público; por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; y por sentencia firme.

## 2.2. INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

Como hemos mencionado anteriormente, en España existe el derecho a conocer los orígenes biológicos, lo que conlleva la investigación de la paternidad. Se establece, por tanto, una serie de acciones de filiación<sup>12</sup>, que van a dar lugar, en su caso, al establecimiento de la paternidad por sentencia firme. Las acciones que se contemplan en los artículos 131 y siguientes del Código Civil, y son la acción de reclamación de la filiación, impugnación de filiación y acción mixta.

Estas acciones se ven limitadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece en su artículo 767. 1 que “En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”. Es decir, se establece para las demandas de filiación un principio de control previo de viabilidad<sup>13</sup>.

### 2.2.1. *El principio de control de viabilidad*

El control de viabilidad es un requisito de admisibilidad de la demanda, es decir, el órgano judicial decidirá si admite o inadmite la demanda de filiación, lo cual va a depender del principio de prueba que se presente o sostenga en la misma.

La prueba, por tanto, se debe presentar en la demanda de forma obligatoria si se quiere que ésta sea admitida, lo que supone un límite al artículo 24 de la CE: la tutela judicial efectiva<sup>14</sup>. Este límite ha supuesto que la jurisprudencia interprete este principio de prueba de forma flexible, teniendo en

---

<sup>12</sup> Fernández Echegaray, “La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos”, *Revista de Derecho UNED*, cit., p. 116.

<sup>13</sup> Fernández Echegaray, “La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos”, *Revista de Derecho UNED*, cit., p. 119.

<sup>14</sup> Galera Victoria, A., “Las demandas de filiación y corona. Reflexiones sobre la inviolabilidad regia. El acceso a la jurisdicción y la igualdad entre los hijos”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 319-340, p. 331.

cuenta que la finalidad de la norma es evitar demandas carentes de cierta seriedad<sup>15</sup>.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991<sup>16</sup> dice que este requisito procesal “*constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca una restricción, ni un obstáculo a la posibilidad que abre la Constitución* (se refiere al artículo 39.2 de la CE)... *bastando con que esta se presente o muestre con la demanda, o sea en el cuerpo de sus escrito, referencias concretas a medios de prueba a practicar, que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud, aunque luego no prospere la demanda*”. Esto no significa, sin embargo, que se exima al demandante de probar que la filiación alegada existe<sup>17</sup>, sino que esto deberá realizarse en la fase probatoria del procedimiento<sup>18</sup>.

Para dar cumplimiento al requisito de admisibilidad del principio de prueba, se pueden aportar fotografías que prueben la relación entre los progenitores, correspondencia, diarios de vida, declaraciones por escrito de testigos de la relación, etc.<sup>19</sup>. Además, la jurisprudencia permite que se admita la demanda de filiación cuando se adelante la propuesta de solicitud de la prueba biológica<sup>20</sup>. Por tanto, se considera cumplido este requisito con adelantar en la demanda ciertos medios de prueba que van a ser solicitados por el demandante.

---

<sup>15</sup> Gascón Inchausti, F., “Cuestiones procesales en el ejercicio de las acciones de filiación”, *Tribunales de Justicia*, núm. 12, 2000, pp. 1321-1332.

<sup>16</sup> STS de 3 de diciembre de 1991, Sala de lo Civil. RJ/1991/8909.

<sup>17</sup> Gascón Inchausti, F., “Cuestiones procesales en el ejercicio de las acciones de filiación”, *Tribunales de Justicia*, cit., pp. 1321-1332.

<sup>18</sup> Fernández Echegaray, “La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos”, *Revista de Derecho UNED*, cit., p. 119 y 120.

<sup>19</sup> Gascón Inchausti, F., “Cuestiones procesales en el ejercicio de las acciones de filiación”, *Tribunales de Justicia*, cit., pp. 1321-1332.

<sup>20</sup> Fernández Echegaray, “La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos”, *Revista de Derecho UNED*, cit., p. 121.

### 2.2.2. Prueba biológica

Gracias al avance de la tecnología y la ciencia, contamos con una prueba que permite que la determinación de la filiación se pueda establecer con mayor certeza a través de la prueba de paternidad, es decir, la prueba biológica o prueba de ADN<sup>21</sup>. Para hacer la prueba de ADN, la muestra biológica por excelencia, por ser la más fácil de procesar y conservar, es la sangre; sin embargo, es posible obtener ADN de otras muestras biológicas como la saliva, el semen, o los pelos que conserven el folículo<sup>22</sup>.

Para realizar la prueba de ADN, se estudia el número de unidades de repeticiones en tándem, porque varían de unos individuos a otros<sup>23</sup>. El estudio de estas repeticiones, también llamadas microsatélites, se realiza a través de la técnica de la polimerasa, cuyo producto se coloca en un analizador genético que da lugar a una serie de gráficos que se corresponden con el perfil genético de la persona cuyo ADN se está analizando<sup>24</sup>. Esto se realiza con las personas entre las que se quiere probar la existencia o no de un vínculo familiar o genético; y se compara las similitudes y correspondencias entre ambos.

Posteriormente, se lleva a cabo un análisis estadístico de los perfiles genéticos que se han obtenido que permite determinar si existe la relación biológica entre los sujetos<sup>25</sup>. A partir de aquí, lo que se ofrece es la probabilidad de paternidad, es decir, la probabilidad de que el demandado sea efectivamente progenitor biológico del supuesto hijo. La STS de 1 de septiembre de 2004<sup>26</sup> nos da los siguientes tramos de porcentajes y su valor probatorio:

- 99.8% - 99.9% > 399:1 – Prácticamente probada
- 99.0% - 99.7% > 95:1 – Extremadamente probable
- 95.0% - 98.9% > 19:1 – Muy probable

---

<sup>21</sup> Mojica Gómez, L., "La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación", *Estudios Socio-Jurídicos*, Rosario, 2003, vol. 5, núm. 1, pp. 250 – 255, p. 253.

<sup>22</sup> Moreno-Valencia, S., Pineda-Monsalve, CR., "Pruebas de paternidad mediante ADN", *Medicina y Laboratorio*, 2014, vol. 20, núm. 9-10, pp. 411-432, p. 422 y 423.

<sup>23</sup> Moreno-Valencia, S., Pineda-Monsalve, CR., "Pruebas de paternidad mediante ADN", *Medicina y Laboratorio*, cit., p. 414.

<sup>24</sup> Moreno-Valencia, S., Pineda-Monsalve, CR., "Pruebas de paternidad mediante ADN", *Medicina y Laboratorio*, cit., p. 424.

<sup>25</sup> Moreno-Valencia, S., Pineda-Monsalve, CR., "Pruebas de paternidad mediante ADN", *Medicina y Laboratorio*, cit., p. 425.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 855/2004, de 1 de septiembre, RJ/2004/5470.

- 90.0% - 94.9% >9:1 – Probable
- 80.0% 4:1 – No significativo.

Si el resultado de la prueba biológica da como resultado que la probabilidad de paternidad es alta, la consecuencia lógica es la estimación de la pretensión de la demanda, es decir, que se establezca la filiación entre el padre y el hijo, lo que deriva en los derechos típicos de la filiación: apellidos, alimentos y de sucesión<sup>27</sup>.

Si bien la prueba biológica resulta determinante para establecer la filiación, ¿qué pasa si el demandado se niega a someterse a ella?

### *2.2.3. Negativa al sometimiento a la prueba biológica*

Cuando nos encontramos en un procedimiento de determinación de la filiación, es frecuente y normal que se solicite por la parte actora la prueba biológica, lo que puede dar lugar a que el demandado, y presunto progenitor, se niegue a la extracción de muestras biológicas y, por tanto, a la prueba de ADN. En este punto es necesario que tengamos en cuenta que hay varios derechos que van a entrar en colisión: por una parte, tenemos el derecho a conocer los orígenes biológicos (artículo 39 CE), y por otra parte podemos tener el derecho a la integridad (art. 15 CE) y el derecho a la intimidad (art. 18 CE).

En cuanto a la posible colisión con el derecho a la integridad física y psíquica del demandado, si bien no es posible obligar a alguien a someterse a extracciones de sangre, no podemos obviar que, como ya hemos mencionado anteriormente, en la actualidad es posible realizar pruebas de paternidad a partir del ADN de otro tipo de muestras biológicas más allá de la sangre. Así, se puede realizar la prueba a con una muestra de saliva del demandado o un pelo, cuya recogida resulta totalmente inocua y, por tanto, no puede considerarse que afecte de ninguna forma al derecho a la integridad del individuo. Pero, incluso en el supuesto de extracción de sangre, no queda claro que exista vulneración alguna del derecho a la integridad física, pues éste sería realizado por personal médico y a través del procedimiento adecuado, no necesitándose más que unas

---

<sup>27</sup> Fernández Echeagaray, “La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos”, *Revista de Derecho UNED*, cit., pp. 125 – 127.

gotas de sangre<sup>28</sup>. Por tanto, en caso de colisión de ambos derechos, podemos afirmar que debe prevalecer el derecho a conocer los orígenes biológicos en relación con la investigación de la paternidad, frente al derecho a la integridad del demandado.

Con respecto a la colisión con el derecho a la intimidad del demandado, nos estamos refiriendo al supuesto en que éste alegue que la prueba biológica y, por tanto, la determinación de la filiación, supone hacer público una serie de datos como las relaciones sexuales fuera del matrimonio y los frutos de las mismas<sup>29</sup>; es decir, lo que se alega en este caso es que la perturbación del honor del sujeto y de su intimidad tanto personal como familiar debe prevalecer sobre el derecho de otra persona a conocer sus orígenes biológicos y a establecer la filiación que le corresponde. Sin embargo, la paz familiar no es un principio supremo en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no puede prevalecer su mantenimiento sobre la determinación de la filiación de una persona. En esta misma línea se ha manifestado el Tribunal Constitucional, que establece que, en estos casos, debe prevalecer el interés social y el orden público que van de la mano con la determinación de la filiación<sup>30</sup>.

Cabe mencionar que tampoco cabe justificar la negativa al sometimiento de la prueba de paternidad por motivos religiosos, ni tampoco alegar que los resultados de la prueba no son fiables.

Nos podemos preguntar, entonces, si existe algún motivo justificado para la negativa al sometimiento de la prueba biológica. Se considera que existen dos supuestos en los que se permite: quebranto gravísimo de la salud o que no existan indicios de los actos atribuidos al demandado<sup>31</sup>. Con respecto al primer supuesto, podemos considerar que, en la práctica, es poco probable que nos encontremos con un caso en que se quebrante gravemente la salud del sujeto, pues como ya hemos hecho referencia anteriormente, la muestra biológica no tiene por qué conseguirse a través de la sangre.

---

<sup>28</sup> Romero Coloma, A., *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, cit., p. 144.

<sup>29</sup> Romero Coloma, A., *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, cit., p. 157.

<sup>30</sup> Fernández Echegaray, "La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos", *Revista de Derecho UNED*, cit., pp. 129 y 130.

<sup>31</sup> Fernández Echegaray, "La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos", *Revista de Derecho UNED*, cit., pp. 130 y 131.

Con todo ello, la negativa injustificada del demandado va a tener una consecuencia establecida en el artículo 767.4 LEC: “La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.”. Es decir, la negativa injustificada no va a suponer por sí misma la determinación de la filiación, pero si existe algún otro indicio de que el demandado sea efectivamente uno de los progenitores, se declarará la filiación.

En conclusión, la prueba biológica o de ADN es totalmente determinante para establecer la filiación, por la gran fiabilidad que arrojan sus resultados; parece lógico, por tanto, que se debería acordar por los tribunales siempre que así lo soliciten las partes, pues, como ya hemos mencionado, es una prueba que puede resultar totalmente inocua para quien se somete a ella y cuyos resultados, repetimos, aclararían la realidad genética de forma precisa.

### 3. LA ADOPCIÓN Y LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

#### 3.1. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADOPCIÓN

Ya en la Ley de las XII Tablas podemos encontrar un antecedente de la figura de la adopción, en concreto, se establecía que, si un *paterfamilias* vendía a uno de sus hijos tres veces a una persona, y el ésta estaba de acuerdo, la posesión del hijo pasaba del primero a segundo<sup>32</sup>.

En el Imperio Bizantino, con el Derecho Justiniano, se establece un trámite de adopción simple, con dos posibilidades: adopción plena y adopción menos plena<sup>33</sup>, con incorporación plena a la familia o sin quedar sujeto a la patria potestas del padre de familia adoptante, respectivamente. En este periodo podemos ya podemos ver similitudes con nuestra figura de adopción, pues se consideraba que la adopción era semejante a la paternidad que tenía lugar de forma natural<sup>34</sup>.

Durante la Edad Media, la adopción cayó en desuso, entre otros motivos, por la falta de existencia del sentimiento de infancia. Posteriormente, en la Edad Moderna, la figura de adopción tampoco fue muy utilizada, pues se recurría a otro tipo de recursos como la reclusión de los menores en centros como los asilos u hospicios<sup>35</sup>.

En el periodo ilustrado nos encontramos con dos formas de adopción: legalista e informal. Esta última consistía en que las amas de cría (personas que se dedicaban a alimentar a los niños huérfanos) se “quedaban” con el menor temporalmente<sup>36</sup>.

Por último, es en el siglo XIX, con la familia como institución nuclear y básica, en que el Estado se muestra como protector de los menores, evitando la

---

<sup>32</sup> Díaz-Meilán de Hanisch, M., “La adopción. Evolución Histórica. Los efectos en Roma”, *El derecho de familia, De Roma al derecho actual*, 2004, Huelva (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva), p.151

<sup>33</sup> Castón Boyer, P., Ocón Domingo, J.; “Historia y sociología de la adopción en España”, *Revista Internacional de Sociología*, Vol.60, nº 33, 2002, pp. 173 – 209, p.177.

<sup>34</sup> Díaz-Meilán de Hanisch, M., “La adopción. Evolución Histórica. Los efectos en Roma”, *El derecho de familia, De Roma al derecho actual*, 2004, cit., p. 152.

<sup>35</sup> Castón Boyer, P., Ocón Domingo, J.; “Historia y sociología de la adopción en España”, *Revista Internacional de Sociología*, cit., pg. 177 y 178.

<sup>36</sup> Castón Boyer, P., Ocón Domingo, J.; “Historia y sociología de la adopción en España”, *Revista Internacional de Sociología*, cit., pp. 178 y 179.

marginación de estos<sup>37</sup>. Surge, con todo, la adopción como institución con fines filantrópicos<sup>38</sup>.

### 3.2. LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA

En nuestro ordenamiento jurídico existen dos formas de determinar la filiación de un hijo con respecto a sus padres: por naturaleza y por adopción. Con independencia de cómo se determine la filiación, natural o por adopción, los derechos derivados de la misma no varían, sino que serán los mismos para los hijos naturales y los adoptados<sup>39</sup>.

A través del mecanismo de la adopción se materializa el interés superior del menor, en tanto constituye una medida de protección de las niñas y niños que, en otra situación, se encontrarían en situación de riesgo y desprotección<sup>40</sup>. Por ello, a diferencia de momentos históricos previos en los que la adopción perseguía distintos fines, como políticos, aristocráticos o religiosos<sup>41</sup>, lo que busca la adopción es dar a un niño desprotegido o desamparado una familia (y no al revés). Es decir, la adopción pasa de ser una forma de satisfacer el deseo de las personas de ser padres o madres, y pasa a ser una forma de proteger a los menores que no pueden desarrollarse en el seno de su familia biológica o de origen<sup>42</sup>. La adopción se va a configurar, con todo, como el último recurso que se utiliza para proteger al menor (pues siempre va a prevalecer que se mantenga con su familia biológica)<sup>43</sup>.

Como consecuencia de que la adopción tenga como principio básico el interés superior del menor, se establecen una serie de requisitos que deben cumplir aquellas personas que quieren adoptar.

---

<sup>37</sup> Castón Boyer, P., Ocón Domingo, J.; "Historia y sociología de la adopción en España", *Revista Internacional de Sociología*, cit., p. 179.

<sup>38</sup> Díaz-Meilán de Hanisch, M., "La adopción. Evolución Histórica. Los efectos en Roma", *El derecho de familia, De Roma al derecho actual*, cit., p. 149.

<sup>39</sup> Se hace referencia a la adopción plena, de acuerdo al artículo 108 del Código Civil.

<sup>40</sup> Palacios, J., "La adopción como intervención y la intervención en adopción", *Papeles del Psicólogo*, Vol. 30 (1), 2009, pp. 53 – 62, p. 53.

<sup>41</sup> Díaz-Meilán de Hanisch, M., "La adopción. Evolución Histórica. Los efectos en Roma", *El derecho de familia, De Roma al derecho actual*, 2004, cit., p.149.

<sup>42</sup> Montané, M., "La evolución de la adopción internacional en España", *Anuario de Psicología*, nº71, 1996, pp. 23-35, p.25.

<sup>43</sup> Anguita Ríos, R., "La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado", *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, 2016, núm. 11, pp. 81 – 109, p.104.

### 3.3. REQUISITOS E IDONEIDAD PARA ADOPTAR

#### *3.3.1. Requisitos para adoptar:*

El Código Civil establece que aquellas personas que quieran adoptar deben tener al menos veinticinco años, y debe ser entre 16 y 45 años mayor que la persona que vaya a ser adoptada, si bien es posible establecer una diferencia de edad mayor en caso de adopción de hermanos o de menores que tengan necesidades especiales. Si la adopción se realiza por una pareja, es suficiente con que uno de los dos cumpla con los requisitos. Además, aquellas personas que no puedan ser tutores tampoco podrán ser adoptantes.

La adopción se constituye a través de resolución judicial. La adopción debe ser consentida por los adoptantes y la persona que va a ser adoptada cuando sea mayor de doce años. Además, deberá asentir la adopción la pareja del adoptante (cuando la adopción se realice por éste en solitario) y los progenitores del adoptado no emancipado (salvo que se encuentren privados de la patria potestad). El asentimiento de la madre biológica se puede prestar únicamente cuando hayan transcurridos seis semanas desde que nació la persona que va a ser adoptada.

Por otro lado, para que una persona pueda ser adoptada es necesario que sea un menor de edad no emancipado. Sin embargo, como excepciones a esta regla tenemos que es posible la adopción de mayores de edad o menores emancipados cuando exista convivencia de al menos un año, o acogimiento con fines de adopción en el periodo inmediatamente anterior a la emancipación o mayoría de edad. En ningún caso es posible la adopción de descendiente, hermanos por consanguinidad o afinidad, ni al pupilo por su tutor antes de la rendición de cuentas de la tutela.

### 3.3.2. Declaración de idoneidad

Más allá de estos requisitos, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Convención de los Derechos del Niño y el Convenio de la Haya establecen como requisito la idoneidad de los adoptantes, que demuestran que el menor se integrará en una familia que cumpla con todas sus necesidades económicas, afectivas y aquellas necesarias para su correcto desarrollo<sup>44</sup>. Por ello, las personas que quieran adoptar se deben someter a un examen de idoneidad, y tendrán derecho a que se resuelva de forma motivada, ya sea el resultado favorable o no, pero ello no hace nacer un derecho de estas personas a adoptar<sup>45</sup>.

El artículo 176.3 del CC establece lo siguiente con respecto a la idoneidad *“Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”*. Añade, además, que para la declaración de idoneidad es necesario un examen psicosocial de los adoptantes, dando importancia a su capacidad para establecer *vínculos estables y seguros*. Se termina, también, que no se consideran en ningún caso idóneos para adoptar aquellas personas que están privadas de la patria potestad o tengan suspendido el ejercicio de ésta; tampoco podrán ser idóneas las personas que tengan hijos cuya guarda esté confiada a la Entidad Pública.

Si bien se puede considerar que existen diferencias entre las personas que tienen hijos de forma natural y aquellas que adoptan (que deben contar con la declaración de idoneidad), es necesario recordar que la finalidad de la adopción es materializar el derecho del niño o niña a tener una familia, y no el derecho de la familia a tener un hijo.

Es por ello por lo que, para realizar el examen de idoneidad, es necesario tener en cuenta las condiciones del tipo de menor que va a ser adoptado por una

---

<sup>44</sup> Fernández Echegaray, L., *El derecho a la identidad: Tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos en las distintas formas de maternidad* (tesis doctoral), cit., p. 150.

<sup>45</sup> Casalilla Galán, J., Bermejo Cuadrilero, F., Romero González, A., *Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional*, Ed. IMMF, Madrid, 2008, p.23.

familia en concreto, pues los menores adoptados son niños que han pasado bien por una situación de abandono o bien por una situación de maltrato por parte de su familia biológica.

La declaración de idoneidad viene a configurarse, en conclusión, como una valoración de carácter psicosocial de los posibles adoptantes, de los medios económicos, salud, aptitudes para educar al menor, disponibilidad de tiempo, etc., que se consideran necesarios para el correcto desarrollo del menor de edad que se encuentra en situación de desamparo.

Una vez que los posibles adoptantes cumplen con los requisitos y obtienen la declaración de idoneidad, es posible que efectivamente se lleve a cabo la adopción de un menor, que determina la filiación de este con respecto a sus padres adoptivos. Con la determinación de la filiación van a surgir unos derechos: derecho a los apellidos, derecho de alimentos, derechos sucesorios y derecho a que sus padres velen por él.

Si bien la adopción supone una mejora en la vida del menor adoptado y el establecimiento de una serie de derechos a los que hemos hecho referencia, no se puede obviar o hacer de menos un derecho que influye en el desarrollo de la personalidad: el derecho a la identidad, que tiene especial importancia en el caso de las personas adoptadas, y deriva en el derecho de éstas a conocer sus orígenes biológicos.

#### 3.4. DERECHO DE LAS PERSONAS ADOPTADAS A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS

En España, con carácter general y salvo excepciones, la adopción de una persona supone la ruptura de todos los vínculos jurídicos entre ésta y su familia biológica o de origen (artículo 178 CC). Una vez realizada la adopción, el hijo adoptado va a tener todos los derechos derivados de la filiación, los mismos que le corresponden a un hijo biológico. Sin embargo, esta extinción de los vínculos con su familia de origen no excluye la posibilidad que tienen las personas adoptadas de conocer sus orígenes biológicos.

Así, el artículo 180 del CC consagra que las personas adoptadas van a tener derecho a conocer cuáles son sus orígenes biológicos. Para ello, se

establece la obligatoriedad de las Entidades Públicas de guardar toda la información con la que cuenten referente al origen de las personas adoptadas, incluyendo la identidad de sus progenitores; este deber de conservación se tiene durante cincuenta años a partir del momento en que tuvo lugar la adopción. Además, todas las entidades, ya sean públicas o privadas, van a estar obligadas a facilitar os informes y antecedentes sobre las personas adoptadas y sus familias biológicas.

Así mismo, para obtener el certificado de idoneidad, las familias que quieran adoptar deben cumplir con el requisito de estar dispuestos a comunicar a sus hijos adoptivos la información que tengan disponible con respecto a sus orígenes<sup>46</sup>

Se da, por tanto, gran importancia en la ley a conocer la familia de origen de las personas adoptadas. Otra muestra de ello es la adopción abierta, que se encuentra regulada en el artículo 178.4 CC, que establece la posibilidad de que el menor adoptado pueda mantener algún tipo de relación o contacto con su familia biológica (ya sea por medio de visitas o comunicaciones), siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor y las características concretas del mismo (por ejemplo, la edad). El Juez puede acordar, modificar y finalizar estas relaciones entre el menor y su familia de origen. Además, pueden solicitar la suspensión de estas relaciones el menor adoptado que tenga suficiente madurez (y en todo caso si es mayor de doce años), la familia adoptiva, la familia de origen y la Entidad Pública. En la propia declaración de idoneidad de los adoptantes vendrá reflejada su disposición a que se establezca el mantenimiento de la relación con la familia biológica.

---

<sup>46</sup> Martínez Chicón, R., Muriedas Díez, E., "Alteridad, etnicidad y racismo en la búsqueda de orígenes de personas adoptadas. El caso de España", *Revista estu. Soc.*, núm. 70, 2019, pp. 115-127, p. 117.

### 3.4.1. La adopción abierta

Con la aprobación de la Ley 23/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, se introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico una nueva figura: la adopción abierta. Por contraposición de la adopción clásica o cerrada, que elimina todo vínculo entre el adoptado y su familia biológica o de origen; la adopción abierta busca que las relaciones entre ambos no desaparezcan, sino que se mantengan pese a la efectiva ruptura del vínculo de jurídico o legal de la filiación<sup>47</sup>. Este modelo de adopción ayuda a luchar contra los prejuicios sobre la adopción, pues ésta no va a ser tratada como un secreto, sino que, al contrario, se toma con mayor naturalidad, lo que supone un claro beneficio para el menor adoptado (que no se va a ver estigmatizado), pero también para la familia adoptante y la biológica.

Este tipo de adopción tiene su origen en otros países de tradición anglosajona, como es en caso de Estados Unidos, donde la adopción se toma como una especie de negocio privado, permitiendo a la familia biológica elegir a las personas que van a adoptar al menor incluso antes de que éste nazca<sup>48</sup>. Sin embargo, en España se ha optado por un proceso más garantista y protector del menor, con la intervención de la Entidad Pública. De esta forma, será el Juez el que acuerde que las relaciones entre la familia biológica y el menor adoptado se mantengan, y va a poder establecer la periodicidad de los contactos y su duración (no necesariamente va a ser durante toda la vida del adoptado, pero tampoco se excluye esta alternativa). Además, se da un especial interés a que se mantengan las relaciones entre los hermanos biológicos, que pueden haber sido adoptados por familias distintas.

La adopción abierta se presenta como una opción de adopción más flexible, como una herramienta que va a permitir que la adaptación de niños mayores, que suele ser dificultosa, se realice de forma más armoniosa. De esta forma, el menor puede acoplarse a su familia adoptiva sin necesidad de desprenderse por completo de su familia biológico. La adopción abierta, por

---

<sup>47</sup> Díez Riaza, S., “La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 22, 2018, pp. 159-182, p.161

<sup>48</sup> Anguita Ríos, R., “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado”, *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, cit., p.99 y 100.

tanto, tiene muy en cuenta el interés superior del menor como valor regente en la adopción, pero también permite al menor hacer efectivo su derecho a conocer los orígenes biológicos de la mejor forma posible<sup>49</sup>.

Con esta modalidad, la adopción deja de ser una traba para que la persona adoptada conozca sus orígenes biológicos, pues al mantener el contacto con su familia de origen se hace innecesario que tenga que acudir a un registro con información de ésta. Va a poder ser la propia familia biológica la que resuelva las dudas que surjan en el menor y, a su vez, va a suponer un proceso más natural para el adoptado que la ruptura con todo su mundo anterior.

#### *3.4.2. La necesidad de conocer los orígenes biológicos*

La Real Academia Española describe *origen* como “principio, nacimiento, manantial, raíz y causa de algo”, “patria, país donde alguien ha nacido o donde tuvo principio su familia, o de donde proviene”, “ascendencia” y “principio, motivo o causa moral de algo”.

El derecho a conocer los orígenes biológicos es parte del derecho a la identidad y, como tal, tiene relevancia en el desarrollo de la personalidad de la persona. Cabe preguntarse, entonces, si este derecho a conocer los orígenes biológicos por parte de las personas adoptadas incluye únicamente la identidad de su familia biológica, o si abarca también las costumbres, la etnia y todo lo que rodea al lugar de origen de la persona<sup>50</sup>. Existe, en ocasiones, dificultad de hacer frente a la existencia de una familia biológica, y, por tanto, se tiende a entremezclar el origen con la cultura, de esta forma, por ejemplo, en Canadá las familias adoptivas, al hacer referencia a la identidad, hablan de la cultura del país de origen, más que de la propia familia biológica en sí<sup>51</sup>. Es lógico pensar que el conocimiento del folklore de origen es importante para el desarrollo de la identidad de las personas, pero siempre que no excluya la posibilidad de conocer los datos de la familia biológica y las condiciones en las que se dio la adopción.

---

<sup>49</sup> Cabanilla León, J., Caveda, D., “Las adopciones tradicionales y la vulneración del principio del interés superior del niño”, *Revista Científica ECOCIENCIA*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 1- 14, p.9.

<sup>50</sup> García Villaluenga, L, Linacero de la Fuente, M., “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado”, *Normativa sobre la búsqueda de orígenes de los adoptados en España y Derecho Comparado*, UCM, p. 113.

<sup>51</sup> Martínez Chicón, R., Muriedas Díez, E., “Alteridad, etnicidad y racismo en la búsqueda de orígenes de personas adoptadas. El caso de España”, *Revista estu. Soc. cit.*, p. 117.

Los niños adoptados (y en general las personas adoptadas) pueden encontrarse con diferencias o dificultades, que otros no tienen, a la hora de desarrollar su propia identidad<sup>52</sup>. Suele surgir en estas personas diferentes dudas sobre su propia vida o historia<sup>53</sup>

Antes de las preguntas sobre su historia y sus orígenes biológicos, las personas adoptadas pueden encontrarse con otro tipo de fronteras. Incluso teniendo dudas o curiosidad sobre sus orígenes, en ocasiones estas personas tienen que superar el sentimiento de culpa y el miedo a que sus padres adoptivos los rechacen por la necesidad de saber más sobre su familia biológica<sup>54</sup>. Este conflicto de lealtad surge del tabú social que hay alrededor de la adopción, por la creencia de que los niños adoptados tienen que mostrar gratitud a su familia adoptiva por darles un hogar<sup>55</sup>, y las referencias a los padres adoptivos como buenísimas personas por el mero hecho de adoptar<sup>56</sup>.

Pueden surgir, a su vez, inseguridades en los padres adoptivos por la necesidad de sus hijos de conocer sus orígenes biológicos. Podemos mencionar el sentimiento de que no son realmente los padres de la persona adoptada, rivalidad con la familia de origen, o miedo a que se les abandone como padres<sup>57</sup>.

Es necesario que la familia pueda hablar y superar esos miedos juntos, para poder responder a las incógnitas del que busca conocer sus orígenes. Es importante que la familia adoptiva se muestre abierta a las incógnitas de los menores, de modo que la persona adoptada no tenga sensación de traición y pueda sentirse en paz con su historia<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup> Böttger, H., "Mitos, prejuicios y discriminación: la supremacía de lo biológico. Estado de la adopción en Chile", *Cuadernos de Neuropsicología*, vol. 1, núm. 3, 2007, pp. 236-244, p. 239.

<sup>53</sup> Ledesma del Busto, J., Louse, H., García Garrido, V., Villar Losa, C. Serrano Ávila, I.; *Manual de recomendaciones para la búsqueda de orígenes*, Castilla y León, 2019, p.21.

<sup>54</sup> García, C., "Adolescentes adoptados: crecer sin conocer tu historia completa", *El País*, 14 de mayo de 2021 (disponible en <https://elpais.com/mamas-papas/2021-05-14/adolescentes-adoptados-crecer-sin-conocer-tu-historia-completa.html>, última consulta 21/01/2022).

<sup>55</sup> Ledesma del Busto, J., Louse, H., García Garrido, V., Villar Losa, C. Serrano Ávila, I.; *Manual de recomendaciones para la búsqueda de orígenes*, cit., p. 21.

<sup>56</sup> Böttger, H., "Mitos, prejuicios y discriminación: la supremacía de lo biológico. Estado de la adopción en Chile", *Cuadernos de Neuropsicología*, cit., p. 241.

<sup>57</sup> Ledesma del Busto, J., Louse, H., García Garrido, V., Villar Losa, C. Serrano Ávila, I.; *Manual de recomendaciones para la búsqueda de orígenes*, cit., p. 21.

<sup>58</sup> Corral, S., Sanz Vázquez, M., Martín Bolaños, N., "Familias adoptivas: la importancia de la comunicación sobre los orígenes", *The Conversation*, 1 de septiembre de 2021

La curiosidad sobre los orígenes biológicos puede concretarse en las siguientes preguntas<sup>59</sup>:

- “¿de dónde vengo?”
- “¿por qué me dieron en adopción?”
- “¿tendré hermanos biológicos?”
- “¿dónde estará mi madre biológica? ¿pensará alguna vez en mí?”

Este tipo de preguntas surgen en dos tipos de búsqueda: interna o activa<sup>60</sup>. La búsqueda interna viene a ser el desarrollo interior de la persona adoptada, conocedora de esta condición, con los datos que dispone, a partir de lo cual va a desarrollar su identidad y personalidad.

Por su parte, la busca activa viene a ser la exteriorización de esas preguntas, no necesariamente encaminadas a tener algún contacto con su familia de origen, pero sí a conocer más sobre ésta, sobre sus orígenes y las circunstancias que llevaron a haber sido dado en adopción. Ocurre también que, más allá de la curiosidad por su propia historia, las personas adoptadas muestren preocupación por la situación o el bienestar de su familia biológica<sup>61</sup>.

La búsqueda activa de los orígenes biológicos va a tener una serie de detonantes o factores que la van a impulsar, nos encontramos con<sup>62</sup>:

- Decisión del adoptado de formar su propia familia.
- Matrimonio.
- Embarazo.
- Muerte de uno de los padres adoptivos.
- Momentos más críticos como la separación o divorcio.

---

(<https://theconversation.com/familias-adoptivas-la-importancia-de-la-comunicacion-sobre-los-origenes-164265>, última consulta 21/01/2022).

<sup>59</sup> Castillejo, M., “Los adoptados necesitamos conocer nuestra historia, sin huecos en blanco”, *Diario de Navarra*, 2 de junio de 2009

(<https://www.diariodenavarra.es/archivo/actualidad/20090602/navarra/los-adoptados-necesitamos-conocer-nuestra-historia-sin-huecos-blanco.html>, última consulta 21/01/2021).

<sup>60</sup> Ledesma del Busto, J., Louse, H., García Garrido, V., Villar Losa, C. Serrano Ávila, I.; *Manual de recomendaciones para la búsqueda de orígenes*, cit., p. 24.

<sup>61</sup> Ledesma del Busto, J., Louse, H., García Garrido, V., Villar Losa, C. Serrano Ávila, I.; *Manual de recomendaciones para la búsqueda de orígenes*, cit., p. 24.

<sup>62</sup> Amorós, P., Fuentes, J., Isabel Paula, “La búsqueda de los orígenes en la adopción”, *Anuario de Psicología*, 1996, núm. 71, pp. 107- 119, p. 109.

- Temor a encontrarse con un hermano y mantener una relación sentimental con él.
- Posible edad avanzada de la madre biológica.
- Cuando las personas adoptadas son adultas, la creencia de que puede ser su última oportunidad para conocer sus orígenes biológicos.

Si bien la búsqueda de datos para completar su propia historia por parte del adoptado, como ya hemos mencionado, no significa que éste quiera realizar algún contacto con su familia biológica, en caso de que sí sea así es necesario mencionar que el derecho a conocer los orígenes biológicos no incluye conocer a la familia, sino simplemente completar esas lagunas que existen en la infancia y vida del adoptado. Sin embargo, en caso de que la familia esté de acuerdo, es posible establecer algún tipo de comunicación o acercamiento entre ésta y la persona adoptada.

## 4. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y ORÍGENES BIOLÓGICOS

Es en la década de los 70 en que aparecen estas técnicas de reproducción asistida. En concreto, es en Reino Unido donde nace la primera persona concebida a través de la técnica de la fecundación in vitro, en 1978<sup>63</sup> : la niña probeta. Este hecho abrió muchas posibilidades y dio lugar a que los Estados tuvieran que adaptar su legislación a la nueva realidad social. España no fue una excepción, y es en 1988 que promulga la ley sobre técnicas de reproducción asistida, de 22 de noviembre; siendo, así, uno de los primeros países en los que se legislaba sobre esta materia. Esta ley fue objeto de reformas y modificaciones para ir adaptándola a los avances científicos y, posteriormente, derogada por la norma actual: la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA).

Las técnicas de reproducción humana asistida son aquellos tratamientos biomédicos que están encaminados a favorecer o reemplazar aquellos procesos biológicos que se dan en la procreación de los seres humanos<sup>64</sup>, es decir, son procedimientos médicos que ayudan a tener hijos biológicos a las personas que, por unos u otros motivos, tienen dificultades para concebir o reproducirse.

Podemos hacer dos clasificaciones de las técnicas de reproducción asistidas: por un lado, tenemos las técnicas intracorpóreas y extracorpóreas, y por otro lado tenemos las técnicas homólogas y heterólogas<sup>65</sup>.

- Las intracorpóreas son aquellas técnicas que realizan la fertilización dentro del aparato reproductor de la mujer; mientras que las extracorpóreas son aquellas en las que la fertilización del óvulo se realiza fuera del aparato reproductor femenino.
- Las técnicas de reproducción homólogas son aquellas en las que los gametos son de la pareja que se está sometiendo al

---

<sup>63</sup> Esparza Pérez, R., "Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, núm. 157, 2020, pp. 47- 80, p. 49.

<sup>64</sup> Santamaría Solís, L., "Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos", *Cuadernos de Bioética*, núm. 1, 2000, pp.37 – 47, p. 37.

<sup>65</sup> Santamaría Solís, L., "Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos", *Cuadernos de Bioética*, cit., pp. 38 a 42.

procedimiento; las técnicas heterólogas, por el contrario, son aquellas que utilizan gametos de un tercero donante.

En nuestro ordenamiento jurídico, las técnicas de reproducción asistida que están permitidas son aquellas que se encuentran acreditadas científicamente (artículos 1 y 2 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida). En concreto, las TRA que se permiten en España son las siguientes (incluidas en el anexo de la Ley 14/2006):

- *Inseminación artificial.*
- *Fecundación in Vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.*
- *Transferencia intratubárica de gametos.*

#### 4.1. TÉCNICAS PERMITIDAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Inseminación artificial: a través de esta técnica se introduce el semen (ya sea de un donante o de la pareja de la paciente) en la vagina, el útero o en las trompas de Falopio<sup>66</sup>. A través de este procedimiento se consigue que los espermatozoides lleguen hasta el óvulo con mayor facilidad y sin que sea necesario el contacto sexual entre quien aporta el semen y la mujer que se va a quedar embarazada<sup>67</sup>. Esta técnica es la más sencilla.

Fecundación in vitro: este método de reproducción asistida es una técnica extracorpórea, es decir, la fecundación va a tener lugar fuera del cuerpo de la mujer. La fecundación tiene lugar en una probeta, pasando a formar un cigoto y, después, un embrión, que será introducido en el órgano reproductor femenino<sup>68</sup>. Los gametos utilizados en la fecundación in vitro pueden ser de la pareja que quiere concebir, o pueden ser de donantes; en este caso, tanto el esperma como

---

<sup>66</sup> Bote, M., Martínez Martínez, A., "Concilia o revienta: determinantes socioeconómicos y demográficos del uso de técnicas de reproducción humana asistida en perspectiva territorial", *Política y Sociedad*, 2019, vol. 56, núm. 3, pp. 583-601, p. 588.

<sup>67</sup> Junquera de Estéfani, R., De la Torre Díaz, F. J., *La reproducción médicamente asistida. Un estudio desde el derecho y desde la moral*, ed. UNED, Madrid, 2013, 20 y 21

<sup>68</sup> Bote, M., Martínez Martínez, A., "Concilia o revienta: determinantes socioeconómicos y demográficos del uso de técnicas de reproducción humana asistida en perspectiva territorial", *Política y Sociedad*, cit., p. 588.

el óvulo pueden proceder de terceros. Este tipo de TRA está indicada para los casos en que exista problemas en las trompas de Falopio, endometriosis, esterilidad del hombre y factores idiopáticos<sup>69</sup>.

Inyección intracitoplásmica: como su propio nombre indica, esta técnica consiste en inyectar directamente el espermatozoide en el ovario. Se utiliza en los casos en que el esperma tiene pocos espermatozoides y, por tanto, la fecundación por medio del coito es difícil<sup>70</sup>.

Transferencia intratubárica de gametos: esta técnica consiste en inyectar los óvulos y espermatozoides en las trompas de Falopio.

#### 4.2. CONSIDERACIONES LEGALES

La LTRHA, en su artículo 4, los requisitos que deben cumplir los centros para realizar las técnicas de reproducción asistida. Los centros sanitarios que vayan a realizar este tipo de técnicas deben contar con una autorización en este sentido, en la que deben determinarse expresamente cuáles son las técnicas permitidas, dictada por la autoridad sanitaria. En estos centros, los equipos médicos deben tener una cualificación concreta para realizar la TRA, así como equipamiento y medios necesarios para llevarlas a cabo.

El artículo 3 de la LTRHA contiene las condiciones personales para la aplicación de las TRA. Para que se puedan realizar las TRA, es necesario que existan bastantes posibilidades de éxito, y que no vayan a crear un riesgo grave para la salud de la mujer que se va a someter a éstas, ni para el posible niño o niña que resulte fruto de la técnica. La mujer debe aceptar la realización de la TRA con anterioridad al sometimiento a la misma, de forma libre y consciente; este consentimiento debe incluir la información sobre las posibilidades de éxito que tiene la prueba a la que se somete y de los riesgos que supone. La información facilitada a las personas que se quieren someter a las TRA y a los donantes de gametos debe incluir

---

<sup>69</sup> Junquera de Estéfani, R., De la Torre Díaz, F. J., *La reproducción médicamente asistida. Un estudio desde el derecho y desde la moral*, cit., pp. 32 y 33.

<sup>70</sup> Bote, M., Martínez Martínez, A., "Concilia o revienta: determinantes socioeconómicos y demográficos del uso de técnicas de reproducción humana asistida en perspectiva territorial", *Política y Sociedad*, cit., p. 589.

los datos biológicos, jurídicos y éticos. Esta información deberá ser comprensible para quien la recibe.

*Donación de gametos (artículo 5):*

El contrato de donación de gametos y preembriones es gratuito, confidencial y formal. No se concierta entre el donante y el receptor, sino entre el donante y el centro médico autorizado. Una vez realizada la donación, ésta no se va a poder revocar, salvo que el donante necesitase para él mismo los gametos que en su momento hubiere donado (siempre que estos no hayan sido ya utilizados).

Es un contrato formal que requiere de forma escrita entre el centro que cuenta con autorización y los donantes de gametos. La donación es anónima.

Aunque estamos ante un contrato gratuito, se permite que se compense de forma económica las molestias físicas que se puedan generar y los gastos laborales y de desplazamiento, pero en ningún caso esta compensación resarcitoria puede ser un incentivo económico para la donación. Ahora bien, con respecto a este carácter gratuito de la donación de gametos, las personas que son donantes de óvulos manifestaron en una entrevista que habían llevado a cabo la donación de forma altruista, pues consideraba que el resarcimiento económico realmente no compensaba las molestias causadas; sin embargo, en el caso de los donantes de esperma, manifestaron que el motivo principal para ser donante era el dinero<sup>71</sup>.

Dicho esto, considero que, si bien no se puede mercantilizar con los cuerpos humanos, sobre todo en lo referente a las mujeres, que son las que más sufren cuando se someten a la donación de gametos, las clínicas de fertilidad sí obtienen un claro beneficio económico a raíz de este tipo de procedimientos, mientras que a las donantes de óvulos se les da una pequeña cifra económica que realmente no compensa las “molestias” físicas y psicológicas que padecen debido al procedimiento. Así, me surge la duda si el carácter gratuito de los contratos de donación de gametos está protegiendo a los donantes o si, por el contrario, pueden significar una forma más de sacar provecho del cuerpo de las

---

<sup>71</sup>Igareda González, N., “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, núm. 38, pp. 71- 86, p. 73 y 74.

mujeres. En teoría, el carácter gratuito de la donación se utiliza para que el dinero no sea el motivo principal ni incentive la donación, sin embargo, no hace falta más que visitar las páginas de clínicas de fertilidad para comprobar que toda la información que se da a las posibles donantes va referida a la ayuda que supone la donación para otras mujeres y el procedimiento se narra minimizando u obviando los posibles efectos adversos del tratamiento.

Para poder ser donante de gametos, es necesario ser mayor de edad y encontrarse en buen estado de salud, tanto física como psíquica, y tener plena capacidad de obrar. Se realizará un estudio de los donantes para comprobar que no tienen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas que puedan transmitir al niño fruto del gameto donado. Si estos requisitos no se cumplen, los centros de TRA pueden rechazar la donación.

Cada donante podrá dar lugar a un máximo de seis hijos nacidos de los gametos donados.

Estas normas de donación de gametos no tienen virtualidad para el caso de estar ante técnicas de reproducción asistida homólogas.

En este punto, es interesante poner de manifiesto los riesgos o efectos secundarios que pueden darse como resultado de la donación de gametos.

- En el caso de los hombres, una vez realizadas las pruebas médicas, la donación de espermatozoides no necesita ningún tipo de tratamiento, únicamente se requiere que no mantengan ningún tipo de relación sexual (incluida la masturbación) de tres a cinco días antes de la donación<sup>72</sup>. No existe, por tanto, ningún tipo de efecto o consecuencia más allá de la abstinencia.
- En el caso de las mujeres, tras comprobarse el estado de salud de la donante, la donación de óvulos requiere que se realice estimulación ovárica durante 10 o 12 días, que se realiza a través de inyecciones de hormonas que la propia donante se administra dos veces al día; posteriormente, para extraer los óvulos

---

<sup>72</sup> Clínica Eugin, “¿Cómo funciona la donación de óvulos o de semen en España?” (<https://www.eugin.es/preguntas/donacion-de-ovulos-o-semen-en-espana/>, última visita 22/01/2022).

generados, se realiza una punción folicular vía vaginal<sup>73</sup>. Estas técnicas pueden causar, en la donante, síndrome de hiperestimulación ovárica y esterilidad, cáncer de ovarios, embarazos ectópicos, fallos renales, etc.<sup>74</sup>. No es de extrañar, por tanto, que la donación de óvulos esté prohibida o considerada como un procedimiento peligroso en algunos países de Europa<sup>75</sup>

#### *Usuarios de las técnicas (artículo 6):*

Para poder ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida, es necesario ser mujer, mayor de edad y tener plena capacidad de obrar. Se establece que, para poder someterse a estos tratamientos, no es necesario que la mujer tenga un estado civil concreto (es indiferente si está casada o soltera), ni tampoco una orientación sexual concreta. Es decir, se permite que las mujeres acudan en solitario o en pareja (ya sea hombre o mujer) a los tratamientos de TRA. No pueden, por tanto, someterse a TRA los hombres solteros ni aquellos que tengan como pareja un hombre.

Las TRA tienen que consentirse por la mujer que va a someterse a ellas de forma escrita, y por su cónyuge si estuviera casada. Este consentimiento es informado y debe incluir los riesgos que la técnica entraña para ella misma y para el posible niño o niña que pueda resultar de aquella.

Cuando nos encontremos ante técnicas heterólogas, con donación de semen, la selección del donante se realiza por la clínica y no por la receptora de la TRA. La selección se realiza teniendo en cuenta las características físicas de la receptora, se busca que exista similitud entre el donante y ésta; lo mismo ocurre con la similitud inmunológica.

---

<sup>73</sup> Clínica IVI-Dona, “Dona óvulos, estarás acompañada en todo momento” (<https://www.ividona.es/como-donar-ovulos/>, última visita 22/01/2022).

<sup>74</sup> Igareda González, N., “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”, *Revista de Bioética y Derecho*, cit., p. 76.

<sup>75</sup> Salomé Lima, N., Álvarez Plaza, C., Cubillos Vega, C., “Donantes de ovocitos: análisis comparativo de dos muestras de Argentina y España sobre perfil de donantes, motivaciones y anonimato”, *Política y Sociedad*, 2019, núm. 56 (3), pp. 603 – 622, p. 605.

*Filiación de los nacidos gracias a las TRA (artículos 7 y 8):*

La filiación se establece con respecto a la mujer que se ha sometido a las TRA, siguiendo las normas de filiación establecidas en las leyes civiles. El nacimiento se debe inscribir en el Registro Civil, sin que se vaya a reflejar en éste que ha mediado técnica alguna. En caso de que la mujer que se ha sometido a la técnica exitosamente esté casada con otra mujer, ésta puede manifestar que se establezca la filiación a su favor del niño o niña resultado de la TRA.

Una vez prestado el consentimiento por la mujer progenitora y su marido, no podrán impugnar la filiación establecida con respecto al hijo resultado de la TRA.

El artículo 5.5 de la Ley permite que se revele la identidad de los donantes de los gametos, de forma excepcional, para el caso de que la revelación se considere imprescindible para evitar un peligro cierto en la salud del hijo resultado de la TRA. En caso de que esto suceda, no se establecerá nunca la filiación del hijo en favor del donante de gametos.

*Premoriencia del marido (artículo 9):*

Nos encontramos con varios supuestos de muerte del marido:

- En caso de que el marido muera tras haber implantado su material genético en la mujer, se establecerá la filiación en favor de ambos del hijo resultado de la TRA.
- Si el marido muere antes de que se implante su material genético en el útero de la mujer, en términos generales, no podrá determinarse la filiación de éste y el hijo nacido por TRA.
- La excepción al caso anterior es que el marido haya prestado su consentimiento para que su material genético sea implantado en su mujer, hasta 12 meses después de su muerte. En este caso, se establecerá la filiación entre el hijo fruto de la TRA y el marido.

#### 4.3. EL ANONIMATO DE LOS DONANTES Y EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

Como ya hemos mencionado, las técnicas de reproducción asistida se pueden dividir en homólogas y heterólogas. Con las primeras no existe ningún tipo de problema, pues si bien los padres se han asistido de técnicas reproductivas para tener un hijo, el material genético de éste va a ser enteramente de sus padres, como si la concepción hubiese sido natural (es decir, a través del acto sexual, no de forma artificial). Es con las últimas, con las técnicas heterólogas, es decir, con aquellas técnicas que se realizan con gametos donados por un tercero (con respecto al cual no se va a establecer la filiación del menor), con las que surge la incógnita: ¿tienen los hijos nacidos a través de TRA heterónomas derecho a conocer su origen genético? El legislador español se ha manifestado al respecto en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (artículo 5.5):

*“La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de los preembriones. 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. 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”.*

Aunque es cierto que la norma permite que las persona fruto de las TRA pueden solicitar, en caso de que así lo quisieran, información general sobre el donante, no puede, en ningún caso, conocer la identidad del éste. Por tanto, parece que está claro que en nuestro ordenamiento jurídico los menores que nazcan gracias a las TRA heterólogas no van a tener derecho a conocer cuáles son sus orígenes genéticos. Nos podemos preguntar, entonces, dónde queda el

derecho a la identidad y el interés superior de estos menores, a los que se les niega conocer de dónde vienen.

#### 4.3.1 ¿Deben los niños saber que nacieron por TRA?

Antes de entrar en la cuestión de si los hijos nacidos por TRA deberían poder conocer su origen genético, debemos plantearnos otra posibilidad: ¿deben conocer esos hijos que su nacimiento tuvo lugar gracias a la donación de gametos de un tercero? Si bien, como hemos visto, la ley permite que las personas nacidas de TRA puedan acceder a cierta información sobre estos donantes, no nos dice nada sobre que los padres deban darles esta primera información.

Existen estudios que demuestran que es más beneficioso para el niño conocer que han nacido gracias a una TRA heteróloga, pues lo contrario les puede causar daños psicológicos, generar distanciamiento entre el niño y sus padres, así como sentimiento de haber vivido en una mentira<sup>76</sup>.

Entre los motivos elegidos por los padres que decidieron contar esta situación a sus hijos, predomina el miedo a que se le llegase la información por otras fuentes y la idea de que el hijo tiene derecho a conocer la realidad<sup>77</sup>. Por el contrario, los padres que decidieron no decir nada tomaron la decisión, sobre todo, por miedo a causar un daño en su hijo.

Parece claro que la decisión correcta es contar al hijo la situación real, siempre teniendo en cuenta su grado de entendimiento e intentando hacerlo paulatinamente y de acuerdo con el desarrollo mental de cada persona, para evitar noticias demasiado sorprendentes o inesperadas.

---

<sup>76</sup> Baccino, G., "¿Debe el niño nacido de una donación de gametos conocer su origen? Qué sugerimos como profesionales y por qué", *Fertilidad*, 2008, vol.25, núm. 1, pp. 55-59, p. 56.

<sup>77</sup> Baccino, G., "¿Debe el niño nacido de una donación de gametos conocer su origen? Qué sugerimos como profesionales y por qué", *Fertilidad*, cit., p. 57.

#### 4.4. RAZONAMIENTOS SOBRE EL MANTENIMIENTO DEL ANONIMATO

Debemos preguntarnos qué derechos o intereses se enfrentan y cuál debería ser la prevalencia entre ellos.

Con respecto a un posible interés de los hijos, nacidos por las técnicas de reproducción asistida heterólogas, en el mantenimiento de este anonimato, por un posible daño o menoscabo, nos remitimos al apartado anterior, retomando la idea de que los padres deben comunicar a sus hijos que nacieron gracias a la ayuda de las TRA y, a partir de aquí, que sean los propios hijos los que puedan decidir si necesitan o quieren conocer su origen genético.

##### *4.4.1. Disminución de donantes de gametos y el derecho a reproducirse:*

Para empezar, podemos mencionar el interés de los médicos o clínicas de fertilidad en el anonimato que, en caso de desaparecer, podría (o no) suponer una disminución de los donantes de óvulos y esperma<sup>78</sup>.

Es cierto que el número de donantes en países en los que el anonimato no existe es inferior que en los que sí tienen esta característica, y, además, la edad de los donantes tiende a ser superior<sup>79</sup>. Sin embargo, en un estudio comparativo realizado, se obtuvo como resultado que el 84% de las mujeres españolas donantes de óvulos encuestadas habrían sido donantes incluso en caso de que la donación no fuese anónima<sup>80</sup>.

Ahora bien, una disminución de donantes supone, como consecuencia lógica, que una menor cantidad de personas van a poder beneficiarse de las TRA heterólogas. En este sentido, ¿debe primar la expectativa de las personas de acceder y tener hijos por medio de las técnicas de reproducción asistidas heterólogas sobre el derecho a la identidad de los hijos que efectivamente nazcan como fruto de estas técnicas? Y siguiendo esta línea, ¿existe un derecho

---

<sup>78</sup>Rivas, a., Lores, F., Jociles, I., "El anonimato y el altruismo en la donación de gametos: la producción de biocapital en la industria reproductiva", *Política y sociedad*, Madrid, vol. 56, núm. 3, 2019, pp. 623- 644, p. 629.

<sup>79</sup> De Catalunya, C.D.B., "El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona" (Recuperado de: <http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2016/06/derecho-a-conocer-los-origenes-biologicos-CBC1.pdf>), 2016, p.15.

<sup>80</sup> Salomé Lima, N., Álvarez Plaza, C., Cubillos Vega, C., "Donantes de ovocitos: análisis comparativo de dos muestras de Argentina y España sobre perfil de donantes, motivaciones y anonimato", *Política y Sociedad*, cit., p. 615.

a la reproducción o a la procreación como tal? Dentro de la salud reproductiva y, por tanto, del derecho a la salud, nos encontramos con las soluciones paliativas a las causas de esterilidad<sup>81</sup>, es decir, las TRA. Podíamos entender (si consideramos que el derecho a la reproducción consiste en el derecho a procrear) que existe un derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida derivado de la esterilidad que no permite la procreación a través de los métodos convencionales. Sin embargo, esta postura no se puede mantener, pues debemos tener en cuenta que la esterilidad no es la razón para acudir a TRA, sino que éstas están indicadas también para aquellas parejas que han decidido retrasar la paternidad, mujeres solteras y parejas homosexuales conformadas por dos mujeres.

Así mismo, si consideramos que existe un derecho a procrear y que, además, este se encuentra por encima de otros derechos (como el derecho a la identidad), nos encontraríamos con una desigualdad con respecto a los hombres que quieren ser padres siendo solteros o cuya pareja es también hombre, pues en estos casos la única posibilidad que tendrían para procrear es acudir a la gestación por sustitución. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico esta técnica no está permitida, así lo establece el artículo 10 de la ley de técnicas de reproducción asistida: “*Será nulo de pleno derecho el contrato que convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*”.

Siguiendo con la posibilidad de considerar que el derecho a la salud incluye el acceso a las técnicas de reproducción heterólogas, ¿qué ocurre con el derecho a la salud del hijo nacido de dichas técnicas? Teniendo en cuenta que la falta de conocimiento de los orígenes biológicos o genéticos puede suponer un daño psicológico en los niños y un obstáculo en el desarrollo de su personalidad. Nos situaríamos, en este supuesto, ante un enfrentamiento del derecho a la salud de unos padres y el derecho a la salud y a la integridad moral de su propio hijo. No parece lógico, por tanto, considerar que el derecho a procrear, en caso de que existiese como tal, deba prevalecer frente al derecho

---

<sup>81</sup> Ordás Alonso, M., “El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm.1, 2016, pp. 43 – 100, p. 76.

de un hijo a conocer sus orígenes, teniendo en cuenta la importancia que el interés superior del menor tiene en nuestro Estado.

Con todo, no podemos considerar que el derecho a reproducirse como el derecho a procrear por todos los medios, sino más bien debe ir vinculado a la decisión de cada persona de engendrar o no descendencia<sup>82</sup>

En conclusión, una disminución de material donado podría suponer que menos personas pudieran acceder a las TRA heterólogas, si bien este argumento no parece suficiente para colocarlo por encima del derecho de las personas a saber cuál es su origen genético. El deseo de las personas de reproducirse no puede significar la vulneración de otros derechos, mucho menos si consideramos que en la balanza se encuentra el interés superior del menor fruto de las TRA, lo que, a mi parecer, supone que debería prevalecer el derecho a la identidad, el conocimiento de los hijos a conocer cuál es su origen genético y el desarrollo de su personalidad, frente a la posibilidad de que algunas familias no pudieran acudir a las TRA heterólogas como consecuencia del levantamiento del anonimato y, por tanto, de una disminución de donantes de óvulos y espermatozoides.

#### *4.4.2. Derecho a la intimidad contra derecho a conocer los orígenes biológicos*

Por un lado, tenemos el derecho a conocer los orígenes biológicos (o más bien genéticos en este caso), es decir, el derecho a la identidad (artículo 18 CE); y, por otro lado, tenemos el derecho a la intimidad del donante, relacionada con su anonimato.

##### a. Intereses en contra del anonimato:

Cuando nos encontramos con una persona nacida gracias a las técnicas de reproducción asistida heterólogas, el origen genético y la crianza no van a coincidir, con lo cual podemos plantearnos cuál de las dos opciones es más

---

<sup>82</sup> Ordás Alonso, M., "El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, cit., p. 78.

importante. En un informe de la Comisión de Bioética de España<sup>83</sup> (CBE) se sostiene que no podemos determinar que una se encuentre por encima de la otra, y mucho menos hacerlo sin tener en cuenta la opinión de la persona a que más le afecta, es decir, al propio hijo nacido por TRA heterólogas. El origen genético es uno de los factores a partir del cual cada persona va a desarrollar su personalidad, es decir, es uno de los factores que afectan a la identidad del individuo. El anonimato de los donantes quita a los hijos nacidos a partir de óvulos y espermatozoides donados la posibilidad de decidir en qué nivel y con qué intensidad va a incidir su identidad genética en el desarrollo de su personalidad.

El desconocimiento del propio origen genético de las personas nacidas por TRA heterólogas va a generar una laguna en la historia de estos menores, o más bien, en la línea temporal que ellos mismos hacen de sus vidas. Esto supone una sensación de pérdida de control de su propia existencia, máxime si tenemos en cuenta que van a haber otras personas, terceros con los que no tienen ningún vínculo familiar o relación, que tienen un mayor conocimiento de su origen que ellos mismos. Todo ello puede derivar en trastornos psicológicos de estos menores<sup>84</sup>.

En este sentido, cabe destacar el artículo 1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina<sup>85</sup> que establece que *“Las partes del presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Cada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio.”*.

---

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> Ordás Alonso, M., “El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, cit., p. 46.

<sup>85</sup> Ratificado por España el 4 de abril de 1997.

b. Intereses a favor del anonimato:

Ahora bien, debemos pensar en cuáles son los motivos por los que los donantes querrían mantener ese anonimato, qué se esconde detrás de ese derecho a la intimidad. Parece que lo más sensato sería pensar en las posibles repercusiones jurídicas<sup>86</sup> para el donante que conllevaría la revelación del origen genético. Es decir, el temor a que se establezca la filiación entre el donante de gametos y la persona nacida a partir de su óvulo o esperma; y, por tanto, las consecuencias de dicha filiación, que serían: establecimiento de la patria potestad, derecho de alimentos y derechos hereditarios.

Es cierto que parte de la doctrina considera que, efectivamente, el donante del material genético debe ser considerado como padre legal del hijo nacido a través de las TRA heterólogas en los casos en que éste tenga madre, pero no una figura masculina como padre<sup>87</sup>. Por tanto, el objetivo del anonimato de los donantes sería evitar posibles reclamaciones<sup>88</sup> que buscaran establecer la filiación entre el donante y el hijo nacido por la TRA. Es decir, el anonimato sería considerado como una garantía del no establecimiento de relaciones jurídicas entre el donante del material genético y el hijo nacido por TRA heterólogas; esta protección funcionaría en ambas direcciones: se protege al donante de una posible reclamación de paternidad, pero también se protege al hijo (y a los padres de éste) de que el donante ejercite acciones para establecer la filiación y que se le considere su padre legal.

Sin embargo, cuando nace un hijo a través de las técnicas de reproducción asistida heterólogas, va a haber una separación entre el derecho a la identidad y el derecho a la filiación. La existencia de un aporte de material

---

<sup>86</sup> Junquera de Estéfani, R., De la Torre Díaz, F. J., *La reproducción médicamente asistida. Un estudio desde el derecho y desde la moral*, cit., p. 166.

<sup>87</sup> Fernández Echegaray, L., "Nuevos factores para la reforma del anonimato del donante de gametos en el Siglo XXI", *Diario La Ley*, 2020, núm. 9548, p. 5 y 6.

<sup>88</sup> Cazorla Gómez-Serrano, M., "El modelo de reproducción humana asistida ante el posible fin del anonimato en la donación de gametos", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, núm. 29, pp. 41-61, p. 53.

genético no conlleva una alteración en la filiación establecida entre el hijo y sus padres legales, es decir, los que se sometieron a la TRA<sup>89</sup>.

En concreto, la Ley de técnicas de reproducción asistida quita esta posibilidad de establecer la filiación del donante con respecto al hijo nacido de TRA heterólogas, en su artículo 8.3:

*“La revelación de la identidad del donante en los supuestos que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.”*

El donante no va a poder reclamar nunca la paternidad del hijo nacido a partir de su material genético, porque la donación se considera un acto realizado por su propia voluntad de forma solidaria y altruista<sup>90</sup>.

Así mismo, el artículo 8.1 de la LTRA establece que *“Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.”* Se ha considerado necesario, por tanto, el establecimiento de una regla especial para determinar la filiación de los hijos nacidos a través de las TRA heterólogas; de modo que va a primar la voluntad de los padres que se han sometido a las técnicas frente a la realidad genética a la hora de establecer la filiación.

Por tanto, siempre que se mantuviera esta regla de no establecimiento de la filiación del donante del material genético, la revelación de la identidad del donante no debería suponer una merma en sus derechos de ninguna forma.

Podrá alegarse también que el mantenimiento del anonimato no se busca por un posible establecimiento de la filiación, sino más bien por el “qué dirán”, es decir, podríamos considerar que se ve afectado no sólo el derecho a la intimidad, sino también el derecho al honor (ambos recogidos en el artículo 18.1 de la CE).

---

<sup>89</sup> Ordás Alonso, M., “El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, cit., p. 45 y 46.

<sup>90</sup> Ordás Alonso, M., “El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, cit., p 66.

Sin embargo, no se entiende que este motivo justifique un menoscabo en el derecho a la identidad y al desarrollo de la personalidad de una persona, sobre todo teniendo en cuenta que, al establecerse la donación de gametos como un contrato gratuito y altruista, no se entiende que el conocimiento de la condición de donante pueda suponer un deterioro de su derecho al honor, sino más bien al contrario.

Tengamos en cuenta que la revelación del donante no puede suponer un real perjuicio a su derecho a la intimidad, pues el levantamiento del anonimato no quiere decir que se haga público y conocido por una generalidad de personas, sino simplemente consiste en brindar información a una persona sobre su origen genético. En este sentido, ni tan siquiera estamos hablando de revelación de la identidad del donante con respecto a su propia familia o círculo más cercano, sino únicamente al hijo nacido de la TRA. No considero, por tanto, que se vea afectada de manera alguna la intimidad personal y familiar ni al honor del donante.

En definitiva, y al contrario de lo que establece nuestra legislación, parece que el derecho a la identidad de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida debería prevalecer frente al mínimo perjuicio que podría suponer al derecho a la intimidad de los donantes de gametos. La situación actual no sólo causa un daño al derecho a la identidad y al desarrollo de la personalidad, sino que también supone un trato discriminatorio de las personas nacidas a través de TRA heterólogas con respecto no sólo a los niños nacidos por métodos convencionales, sino también con respecto a los adoptados y a los nacidos por TRA homólogas.

Por último, ponemos de manifiesto que lejos de estar encaminados a salvaguardar el derecho a la identidad de los nacidos por TRA heterólogas, la Ley 14/2006 establece en su artículo 26. 5ª, como infracción grave “*la ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidas en esta Ley*”, atribuyendo a este supuesto una infracción de entre 1.001 euros hasta los 10.000 euros.

#### 4.5. EL ANONIMATO Y EL DERECHO A LA IGUALDAD

Cuando nos referimos al derecho a conocer los orígenes biológicos, nuestro ordenamiento jurídico ha dado prevalencia al derecho a la intimidad cuando nos referimos a niños nacidos a través de TRAH. Sin embargo, cuando nos encontramos ante niños cuya filiación se ha establecido a través de la adopción, el descubrimiento de sus orígenes biológicos y su derecho a la identidad parece cobrar una mayor importancia.

El Tribunal Constitucional<sup>91</sup>, en Sentencia de 17 de junio de 1999, establece que “... *la Constitución ordena al legislador que <<posibilite>> la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación den todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor*”, estableciendo que sólo podría ser inconstitucional el precepto del anonimato en caso de que no se diese ninguna justificación para impedir la investigación de la paternidad.

Continúa esta misma Sentencia declarando que “*la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vehículo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación...*”. Pues bien, esta sentencia considera que el único objetivo de la investigación de la paternidad es el establecimiento de un vínculo jurídico entre padres e hijos, es decir, el establecimiento de la filiación y de los derechos que de ésta se derivan. Sin embargo, no podemos olvidar que en la figura de la adopción la búsqueda de los orígenes está no sólo permitida, sino también recomendada, y no va a suponer la determinación de vínculo alguno entre el hijo adoptado y sus padres biológicos, sino que queda salvaguardada la filiación entre padres e hijos adoptivos.

---

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 116/1999 de 17 de junio. (RTC/1999/116), que resuelve el Recurso de Inconstitucionalidad presentado frente a la Ley 35/1988.

Con todo ello, no puede resultar extraño que nos preguntemos si no se está vulnerando el artículo 14 de la CE, es decir, el derecho a la igualdad. Es cierto que el TC permite<sup>92</sup> que se realicen tratos distintos para situaciones distintas, siempre y cuando este trato distinto esté justificado. Cabe preguntarse, entonces ¿puede establecerse una diferenciación de trato en base a la forma en que se establece la filiación? El artículo 39.2 de la CE establece que “*los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...*”, y, a su vez, el artículo 14 establece que no puede existir ningún tipo de discriminación por razón del nacimiento.

No parece, por tanto, que esta diferenciación de tratamiento se encuentre realmente justificada. Por tanto, consideramos que los hijos nacidos de TRAH deberían tener el mismo derecho a conocer sus orígenes biológicos y genéticos que los niños cuya filiación se establece por adopción.

Sin embargo, siendo como es nuestro ordenamiento jurídico, con la ley estableciendo el anonimato de los donantes de gametos, podemos plantearnos la siguiente situación hipotética: qué ocurre con un niño concebido a través de las técnicas de reproducción asistida con material genético donado que, posteriormente, es dado en adopción. Está claro que, como niño adoptado, tendría derecho a acceder a la información sobre sus padres biológicos, sin embargo ¿esa información debe incluir el modo de concepción del menor? ¿podemos considerar que esa persona adoptada tiene toda la información sobre su origen biológico sólo con saber quiénes fueron las personas que se sometieron al tratamiento de reproducción asistida? Podemos ir más allá, e imaginarnos la situación en la que el niño dado en adopción fue concebido con esperma y óvulo de donantes, ¿sabría este niño cuál es su origen biológico con la información sobre la pareja que se sometió a la TRAH? O, por el contrario, consideramos que debe tener acceso también a la identidad de los donantes. Parece lógico pensar que esta última es la opción más adecuada.

---

<sup>92</sup> Diversas Sentencias del Tribunal Constitucional se han manifestado en este sentido, entre ellas la STC núm. 20/1986 de 12 de febrero, que resuelve el recurso de amparo contra Auto de 25-10-1983.

La única forma de conseguir igualdad para estos menores es eliminando la característica del anonimato de la donación de gametos, como ya han hecho distintos países de nuestro entorno.

#### 4.6. EL ANONIMATO DE LOS DONANTES EN DERECHO COMPARADO

Existe una tendencia en Europa hacia la abolición del anonimato de los donantes de gametos. Así, los países de nuestro entorno que han seguido esta vía son Suiza, Reino Unido, Austria, Alemania, Países Bajos, Suiza, Noruega y Portugal.

El primer país que concedió a las personas nacidas a través de técnicas de reproducción asistidas heterólogas el derecho de conocer su origen genético fue Suecia<sup>93</sup>. Así, en 1984, se permitió a los niños que tuvieran madurez suficiente conocer la identidad de la persona que hubiera donado los gametos utilizados en la TRA que dio lugar a su nacimiento.

Con respecto al Reino Unido<sup>94</sup>, en 2005 se prohibió la donación de gametos anónima, permitiendo que las personas concebidas con material genético donado puedan conocer la identidad de los donantes a partir de los 18 años. Este régimen, sin embargo, sólo se aplica a las personas nacidas a partir de la promulgación de la norma, es decir, aquellas personas que hayan nacido con anterioridad a la misma no van a tener la opción de conocer la identidad de la persona que aportó el material genético utilizado en su concepción.

De forma similar se regula en Austria<sup>95</sup>, donde se permite que los hijos nacidos a través de TRA heterólogas accedan a información identificativa de los donantes del material genético. En este caso, esta posibilidad existe desde que los menores tienen 14 años. Así mismo, en caso de que exista una causa médica

---

<sup>93</sup> Geri, L., "El mundo ante el derecho a la identidad genética: retroceso global del anonimato de dadores de gametos", (en línea), Documento inédito, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, 2016, p. 3 (Disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2712/1/mundo-ante-derecho-identidad-genetica.pdf>, última consulta: 29/01/2022).

<sup>94</sup> Aceprensa, "Gran Bretaña suprime el anonimato para los donantes de gametos", 20 de abril, 2005 (disponible en línea: <https://www.aceprensa.com/ciencia/gran-breta-a-suprime-el-anonimato-para-los-donante/>, última visita: 29/01/2022).

<sup>95</sup> Fernández Echeagaray, L., "Nuevos factores para la reforma del anonimato del donante de gametos en el Siglo XXI", *Diario La Ley*, cit., p. 7 y 8.

o de salud, los padres o representantes legales de estos niños van a poder acceder también a esta información.

En Alemania, donde únicamente está permitido que se done esperma, los niños van a poder acceder a información sobre la identidad del donante a partir de los 16 años. En este país existe un registro en el que se almacena este tipo de información.

En Países Bajos, a partir de 2004, se estableció la posibilidad de que fueran los propios donantes los que decidieran, en el momento de la donación, si su identidad podía ser revelada en caso de que así lo solicitara la persona nacida a partir de su material genético. Posteriormente, esto deja de ser una posibilidad, pues se elimina el carácter anónimo de la donación de gametos<sup>96</sup>. La normativa holandesa limita la donación de esperma en 25 veces, sin embargo, la falta de un registro nacional de donantes dio como resultado que un hombre acudiera a once centros distintos, lo que supuso que nacieran 102 niños a partir de su material genético<sup>97</sup>.

En Suiza, es su propia carta fundamental la que establece que todas las personas tienen derecho a conocer su información genética. Así, se permite que las personas que hayan nacido gracias a material genético donado, una vez alcanzada la mayoría de edad, soliciten la identidad del donante. Tras dicha solicitud, se informa al donante de esta.

En relación con Noruega, existe un registro de donantes de esperma para que los hijos nacidos de TRA heterólogas puedan acudir a ellos y conocer, así, sus orígenes genéticos.

Por último, en cuanto a los países europeos en los que existe prohibición del anonimato, tenemos a Portugal. Así, el Tribunal Constitucional de este país determinó que el anonimato de los donantes del material genético va en contra

---

<sup>96</sup> Fernández Echegaray, L., "Nuevos factores para la reforma del anonimato del donante de gametos en el Siglo XXI", *Diario La Ley*, cit., p. 8.

<sup>97</sup> Ferrer, I, "Un superdonante de semen con más de 100 hijos asombra a Holanda", *El País*, 25 de agosto de 2017 (disponible en: [https://elpais.com/internacional/2017/08/25/mundo\\_global/1503653391\\_169928.html](https://elpais.com/internacional/2017/08/25/mundo_global/1503653391_169928.html), última visita: 29/01/2022).

del derecho a la identidad de las personas y del desarrollo de su personalidad<sup>98</sup>. Años antes, este mismo tribunal había declarado la constitucionalidad del anonimato para los donantes de material genético, con lo que podemos ver un cambio importante, encaminado a estar a la par con el resto de los países europeos que no permiten el anonimato de sus donantes.

Fuera de Europa, es interesante también mencionar el caso de Victoria, estado de Australia<sup>99</sup>. Este estado australiano permite que las personas nacidas a través de TRA heterólogas puedan, a partir de los 18 años, acceder a la identidad de los donantes del material genético; pero va más allá: se contempla también la posibilidad de que sean los donantes los que soliciten información sobre la identidad de los nacidos gracias a su aportación de gametos. En este caso, para que se brinde efectivamente la información a los donantes, los hijos nacidos de la TRA heteróloga debe dar su consentimiento. Así mismo, en los certificados de nacimiento de las personas que nazcan a partir de gametos donados por un tercero, se hará constar esta circunstancia.

Al contrario de todos estos países, en el régimen de anonimato se encuentran, junto a España, los Estados de Bélgica, Dinamarca, Francia y Grecia, entre otros. Algunos de ellos van a establecer excepciones para el anonimato. Más allá de Europa, nos encontramos con otro tipo de casos, como el de Estados Unidos, que permite que sea el propio donante el que va a decidir si la donación va a tener el carácter de anónimo, es decir, es el propio donante el que establece si el hijo nacido a partir de su material genético va a poder acceder a sus datos identificativos.

No es de extrañar que en los próximos años sean más los países que se unan a la línea de la prohibición del anonimato, sobre todo si tenemos en cuenta el proyecto de Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de

---

<sup>98</sup> Macpherson, A., “Óvulos y semen con DNI. La decisión de Portugal de acabar con el anonimato en la donación de gametos siembra el caos en las clínicas”, *La Vanguardia*, 7 de mayo de 2018 (disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20180507/443323252854/donacion-ovulos-semen-anonimato-portugal.html#:~:text=En%20esa%20l%C3%ADnea%2C%20el%20Tribunal,al%20desarrollo%20de%20las%20personalidad%E2%80%9D.>, última visita: 29/01/2022).

<sup>99</sup> Cazorla Gómez-Serrano, M., “El modelo de reproducción humana asistida ante el posible fin del anonimato en la donación de gametos”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, cit., p.45.

Europa sobre donación anónima de espermatozoides y ovocitos: sopesando los derechos de padres, donantes e hijos<sup>100</sup>.

#### *4.6.1. El Proyecto de Recomendación de la Asamblea del Consejo de Europa*

Este proyecto tiene en cuenta la gran cantidad de niños que nacen de técnicas de reproducción asistida alrededor del mundo, y que, para muchos de esos nacimientos, es necesario utilizar material genético de un tercero, es decir, óvulos o espermatozoides de un donante. Es necesario hacer un balance de los derechos del donante, los padres que utilizan el material genético y el hijo fruto de las técnicas de reproducción asistida heterólogas.

En concreto, la Asamblea nos da las siguientes recomendaciones:

- Prohibición del anonimato de los donantes de espermatozoides y óvulos en los Estados miembro del Consejo de Europa. En este sentido, la identidad del donante podría ser revelada al hijo nacido de TRA cuando cumpliera los 16 o 18 años. Se daría la oportunidad al hijo de decidir si acceder o no a los datos identificativos del donante, habiéndole sido comunicada la existencia de información extra relativa a su nacimiento.
- El levantamiento del anonimato no debe tener ningún tipo de consecuencia legal para el donante: en ningún caso se establecerá la filiación a su favor de la persona nacida de TRA gracias a su material genético. Se considera que no debe ser el donante el que tenga derecho a contactar con el hijo de TRA, pero sí debe tener este último derecho a contactar con el donante.
- En aquellos países en los que se permita la donación de óvulos y espermatozoides se debe realizar un registro que permita y facilite acceder a esta información y, a su vez, funcione como un control del máximo de donaciones por persona permitido.

---

<sup>100</sup> Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children. Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development. Doc. 14835. (disponible en: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25439>, última visita: 29/01/2022).

- La prohibición del anonimato no debe tener efecto retroactivo, es decir, los donantes que lo fueron bajo la idea de que su acto era anónimo no se deben ver afectados por una posible legislación contraria. En este sentido, se recomienda que pueda haber excepciones por causas médicas o en caso de que se consienta por estas personas entrar en el registro de donantes (es decir, cada donante podría decidir si quiere renunciar o no al anonimato).
- El levantamiento del anonimato no debe significar que se pierda las características de voluntariedad y altruismo propias de la donación de gametos. Es decir, que no sea anónimo no puede significar que se convierta en un negocio para los donantes.

#### 4.7. NECESIDAD DE UN CAMBIO NORMATIVO Y DE LA PROHIBICIÓN DEL ANONIMATO

En la actualidad, la LTRA impone que la donación de material genético va a ser, en todo caso, anónimo. Si bien este anonimato va a ser relativo, pues se permite a los hijos nacidos de las TRA heterólogas que accedan a información general de los donantes, pero estos datos no incluyen su identidad. Así mismo, en casos excepcionales se va a permitir la revelación de la identidad: circunstancias que sean extraordinarias y que supongan un peligro real para la vida o salud del hijo nacido a través de estas técnicas, así como en los casos en que las Leyes procesales penales así lo prevean.

Sin embargo, teniendo en cuenta todos los intereses enfrentados en estas situaciones (derecho a la identidad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad frente el derecho a la intimidad), parece que va siendo necesario modernizar nuestra legislación y armonizarla con las de los países de nuestro entorno que tienden a prohibir el anonimato de los donantes.

Es necesario, teniendo en cuenta el interés general del menor, reformar el artículo 5.5 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, de modo que quede abolido el anonimato de los donantes de gametos.

La abolición del anonimato no debe suponer que las personas que acudan a las TRA heterólogas puedan decidir (como si de un catálogo se tratara) qué donante aportará el material genético. Sino que debe ser una opción con la que

cuenta la persona que ha nacido de la TRA para decidir si quiere o no conocer cuál es su origen genético y, por tanto, la identidad del donante. De esta forma, se permite que sea la propia persona la que decida en qué medida va o no afectar la existencia de un material genético de un tercero al desarrollo de su personalidad.

El conocimiento de la identidad del donante no puede suponer el establecimiento de ningún tipo de deber jurídico, ni para el donante ni para el niño concebido a través de estas técnicas. De esta forma, se protege tanto a los padres legales, como al niño y al donante. Tampoco debe suponer que, necesariamente, tenga que existir ningún tipo de relación ni contacto entre el donante y el hijo, aunque tampoco se debe prohibir en caso de que ambas partes estén de acuerdo.

En mi opinión, prohibición del anonimato no debe tener efectos retroactivos, es decir, no debe afectar a los donantes que realizaron la aportación de su material genético bajo la premisa de que nunca se descubriría su identidad, de forma que no se vulnere el principio de seguridad jurídica. Esta prohibición debe tener virtualidad a partir de la reforma, pero no antes de ella. Sin embargo, considero que sería oportuno permitir que los donantes anónimos pudieran decidir si continuar o no bajo el anonimato.

Por último, parece que exista un registro en el que consten todos los datos de los donantes, que facilitara el acceso de los hijos nacidos de TRA heterólogas a la información de sus orígenes genéticos.

## 5. CONCLUSIONES

I. El derecho a la identidad es el derecho a diferenciarse de los demás, a ser como realmente se es y no como se nos impone ser. Este derecho pertenece a todas las personas desde el momento de su nacimiento. Tiene una faceta estática y una faceta dinámica. Los orígenes biológicos de las personas pertenecen a la faceta estática de este derecho ya que, en principio, no va a sufrir variaciones con el tiempo.

II. La filiación, parte de la faceta estática de la identidad, es el nexo que une a padres hijos entre sí. Puede ser natural (matrimonial o extramatrimonial) y por adopción, ambas tienen los mismos efectos: derecho a apellidos, alimentos y sucesorios. En España, la maternidad se determina a través de la presunción de que la madre es la que da a luz; mientras que la paternidad se establece a través de diferentes cauces dependiendo de si la filiación es matrimonial y extramatrimonial. Si existe vínculo matrimonial, se va a presumir que es padre al hombre que esté casado con mujer que da a luz; esta presunción admite prueba en contrario.

Ahora bien, en caso de que la filiación paterna tenga lugar fuera del matrimonio, hay varias posibilidades: la propia declaración del padre en la inscripción del niño, ante el Encargado del Registro, en Documento Público o por resolución judicial.

Puede ocurrir, y ocurre, que no se determine quién es el padre (o que esta determinación se realice erróneamente), con lo que el hijo va a poder ejercer su derecho a investigar la paternidad para, por un lado, conocer sus orígenes biológicos y, por otro, establecer la filiación y que se generen los derechos que le correspondan.

Las demandas para determinar la paternidad van a necesitar de un control de viabilidad, es decir, un principio de prueba que demuestre que la demanda está suficientemente fundada, que existen indicios suficientes para creer que la paternidad de un hijo con respecto a una persona en concreto puede ser cierta.

En este tipo de procedimientos, es frecuente la utilización de una prueba biológica, con la cual se comprueba, a través de técnicas científicas, si el ADN

del hijo y el supuesto padre coinciden. Es una prueba con una gran fiabilidad y, por ello, la negativa injustificada a someterse a ésta va a suponer que el tribunal declare la filiación si existen otros indicios de paternidad.

III. Tras múltiples variaciones a lo largo de la historia, la adopción se configura como una figura que establece la filiación entre unos padres y un hijo adoptivo. La figura de la adopción tiene como finalidad velar por el bienestar de los niños y por el principio de interés superior del menor.

Aquellas personas que quieran adoptar tienen que cumplir unos requisitos legales y, además, deberán ser declarados como idóneos para adoptar. La declaración idoneidad va a tener en cuenta diferentes características de los futuros adoptantes, no sólo económicas, sino también sociales y psicológicas, incluyendo las aptitudes para criar al posible hijo.

Las personas adoptadas van a poder acceder a la información sobre sus orígenes biológicos, como parte de su derecho a la identidad. Es frecuente y normal que surja en estas personas dudas sobre su historia, y el legislador español es consciente de ello, por lo que se establece la obligatoriedad de las diferentes entidades, públicas y privadas, de facilitar a las personas adoptadas el acceso a esta información. El conocimiento de su origen va a formar parte del desarrollo de la personalidad de las personas adoptadas, y por ello tiene gran importancia.

IV. Durante la década de los setenta, con el avance de la ciencia, surgen las técnicas de reproducción asistida. Con el tiempo, estas técnicas se han desarrollado y cada vez nacen más niños concebidos gracias a éstas.

Las técnicas de reproducción asistida pueden ser homólogas o heterólogas, es decir, con donación de material genético. En concreto, en España se permite la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la inyección intracitoplásmica de espermatozoides y la transferencia intratubárica de gametos.

Nuestra legislación establece que la donación de gametos es anónima, y salvo excepciones muy concretas, los hijos nacidos de las técnicas de reproducción asistida heterólogas no van a conocer nunca la identidad de los

donantes, es decir, no van a poder concretar su derecho a la identidad, lo que les afecta a su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El desconocimiento de su propio origen puede provocar en estos niños problemas en su desarrollo mental y psicológico. Sin embargo, el legislador español ha determinado que prevalece el derecho al anonimato y a la identidad frente a los derechos de los niños nacidos por técnicas de reproducción heterólogas. Pero hay más derechos que se vulneran a estas personas, como el derecho a la salud y a la integridad moral.

La diferencia de trato entre las personas adoptadas y aquellas nacidas a través de técnicas de reproducción asistida, con respecto al acceso a la información sobre su origen, no está justificada y, por tanto, vulnera el derecho a la igualdad y a la no discriminación de éstas.

El interés superior del menor ha hecho que muchos países de nuestro entorno cambien su legislación, prohibiendo el anonimato de los donantes y permitiendo que los hijos nacidos de estas técnicas puedan acceder a la identidad de quienes aportaron el material genético en su concepción. Entre los Estados que han seguido esta tendencia nos encontramos con Reino Unido, Suecia y Austria.

Parece lógico que en los próximos años la legislación española cambie también, de modo que se prohíba la donación de material genético anónima y se permita que los niños nacidos a través de Técnicas de reproducción asistida puedan conocer su origen genético y, así, completar su historia.

## 6. BIBLIOGRAFÍA:

Álvarez Escudero, R., “El Derecho a la identidad de los niños. Proyecciones en materia de filiación” en Solé Resina, J., Almada Mozetic, V. (coord.), *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, Madrid, 2018

Fernández Echegaray, L., *El derecho a la identidad: Tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad* (tesis doctoral), Santander: Universidad de Cantabria, 2016

Fernández Sessarego, C., *Derecho a la identidad Personal*, Astrea, Buenos Aires

Fernández Echegaray, “La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 21, 2017, pp. 109 – 148

García Presas, I., “Derecho de Familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”, *Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanistas del Siglo de Oro e Hispanismo general*, Ed. Universidad de Navarra, GRISO, 2011, pp. 237-265

Romero Coloma, A., *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, ed. J.M. BOSCH, Barcelona, 2009

Galera Victoria, A., “Las demandas de filiación y corona. Reflexiones sobre la inviolabilidad regia. El acceso a la jurisdicción y la igualdad entre los hijos”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 319-340

Gascón Inchausti, F., “Cuestiones procesales en el ejercicio de las acciones de filiación”, *Tribunales de Justicia*, núm. 12, 2000

Mojica Gómez, L., “La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Rosario, 2003, vol. 5, núm. 1, pp. 250 – 255

Moreno-Valencia, S., Pineda-Monsalve, CR., “Pruebas de paternidad mediante ADN”, *Medicina y Laboratorio*, 2014, vol. 20, núm. 9-10, pp. 411-432

Díaz-Meilán de Hanisch, M., “La adopción. Evolución Histórica. Los efectos en Roma”, *El derecho de familia, De Roma al derecho actual*, 2004, Huelva (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva

Castón Boyer, P., Ocón Domingo, J.; “Historia y sociología de la adopción en España”, *Revista Internacional de Sociología*, Vol.60, nº 33, 2002, pp. 173 – 209

Palacios, J., “La adopción como intervención y la intervención en adopción”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 30 (1), 2009, pp. 53 – 62

Montané, M., “La evolución de la adopción internacional en España”, *Anuario de Psicología*, nº71, 1996, pp. 23-35

Casalilla Galán, J., Bermejo Cuadrilero, F., Romero González, A., *Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional*, Ed. IMMF, Madrid, 2008

Martínez Chicón, R., Muriedas Díez, E., “Alteridad, etnicidad y racismo en la búsqueda de orígenes de personas adoptadas. El caso de España”, *Revista estu. Soc.*, núm. 70, 2019, pp. 115-127

García Villaluenga, L, Linacero de la Fuente, M., “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado”, *Normativa sobre la búsqueda de orígenes de los adoptados en España y Derecho Comparado*, UCM

Böttger, H., “Mitos, prejuicios y discriminación: la supremacía de lo biológico. Estado de la adopción en Chile”, *Cuadernos de Neuropsicología*, vol. 1, núm. 3, 2007, pp. 236-244

Ledesma del Busto, J., Louse, H., García Garrido, V., Villar Losa, C. Serrano Ávila, I.; *Manual de recomendaciones para la búsqueda de orígenes*, Castilla y León, 2019

Amorós, P., Fuentes, J., Isabel Paula, “La búsqueda de los orígenes en la adopción”, *Anuario de Psicología*, 1996, núm. 71, pp. 107- 119

Esparza Pérez, R., “Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada d procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto

mexicano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, núm. 157, 2020, pp. 47- 80

Santamaría Solís, L., “Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos”, *Cuadernos de Bioética*, núm. 1, 2000, pp.37 – 47

Bote, M., Martínez Martínez, A., “Concilia o revienta: determinantes socioeconómicos y demográficos del uso de técnicas de reproducción humana asistida en perspectiva territorial”, *Política y Sociedad*, 2019, vol. 56, núm. 3, pp. 583-601

Junquera de Estéfani, R., De la Torre Díaz, F. J., *La reproducción médicamente asistida. Un estudio desde el derecho y desde la moral*, ed. UNED, Madrid, 2013

Igareda González, N., “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, núm. 38, pp. 71- 86

Salomé Lima, N., Álvarez Plaza, C., Cubillos Vega, C., “Donantes de ovocitos: análisis comparativo de dos muestras de Argentina y España sobre perfil de donantes, motivaciones y anonimato”, *Política y Sociedad*, 2019, núm. 56 (3), pp. 603 – 622

Baccino, G., “¿Debe el niño nacido de una donación de gametos conocer su origen? Qué sugerimos como profesionales y por qué”, *Fertilidad*, 2008, vol.25, núm. 1, pp. 55-59

Rivas, a., Lores, F., Jociles, I., “El anonimato y el altruismo en la donación de gametos: la producción de biocapital en la industria reproductiva”, *Política y sociedad*, Madrid, vol. 56, núm. 3, 2019, pp. 623- 644

Ordás Alonso, M., “El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm.1, 2016, pp. 43 – 100

Fernández Echegaray, L., “Nuevos factores para la reforma del anonimato del donante de gametos en el Siglo XXI”, *Diario La Ley*, 2020, núm. 9548

Cazorla Gómez-Serrano, M., “El modelo de reproducción humana asistida ante el posible fin del anonimato en la donación de gametos”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, núm. 29, pp. 41-61

Díez Riaza, S., “La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 22, 2018, pp. 159-182

Cabanilla León, J., Caveda, D., “Las adopciones tradicionales y la vulneración del principio del interés superior del niño”, *Revista Científica ECOCIENCIA*, vol. 5, núm. 3, 2018, pp. 1-14

Anguita Ríos, R., “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado” *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, 2016, núm. 11, pp. 81-109

#### RECURSOS WEB:

García, C., “Adolescentes adoptados: crecer sin conocer tu historia completa”, *El País*, 14 de mayo de 2021 (disponible en <https://elpais.com/mamas-papas/2021-05-14/adolescentes-adoptados-crecer-sin-conocer-tu-historia-completa.html>, última consulta 21/01/2022)

Corral, S., Sanz Vázquez, M., Martín Bolaños, N., “Familias adoptivas: la importancia de la comunicación sobre los orígenes”, *The Conversation*, 1 de septiembre de 2021 (<https://theconversation.com/familias-adoptivas-la-importancia-de-la-comunicacion-sobre-los-origenes-164265>, última consulta 21/01/2022)

Castillejo, M., “Los adoptados necesitamos conocer nuestra historia, sin huecos en blanco”, *Diario de Navarra*, 2 de junio de 2009 (<https://www.diariodenavarra.es/archivo/actualidad/20090602/navarra/los-adoptados-necesitamos-conocer-nuestra-historia-sin-huecos-blanco.html>, última consulta 21/01/2021).

Clínica Eugin, “¿Cómo funciona la donación de óvulos o de semen en España?” (<https://www.eugin.es/preguntas/donacion-de-ovulos-o-semen-en-espana/>, última visita 22/01/2022).

Clínica IVI-Dona, “Dona óvulos, estarás acompañada en todo momento” (<https://www.ividona.es/como-donar-ovulos/>, última visita 22/01/2022

De Catalunya, C.D.B., “El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona” (Recuperado de: <http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2016/06/derecho-a-conocer-los-origenes-biologicos-CBC1.pdf>), 2016, p.15.

Geri, L., “El mundo ante el derecho a la identidad genética: retroceso global del anonimato de dadores de gametos”, (en línea), Documento inédito, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, 2016, p. 3 (Disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2712/1/mundo-ante-derecho-identidad-genetica.pdf>, última consulta: 29/01/2022

Aceprensa, “Gran Bretaña suprime el anonimato para los donantes de gametos”, 20 de abril, 2005 (disponible en línea: <https://www.aceprensa.com/ciencia/gran-breta-a-suprime-el-anonimato-para-los-donante/>, última visita: 29/01/2022

Ferrer, I, “Un superdonante de semen con más de 100 hijos asombra a Holanda”, *El País*, 25 de agosto de 2017 (disponible en: [https://elpais.com/internacional/2017/08/25/mundo\\_global/1503653391\\_169928.html](https://elpais.com/internacional/2017/08/25/mundo_global/1503653391_169928.html), última visita: 29/01/2022).

Macpherson, A., “Óvulos y semen con DNI. La decisión de Portugal de acabar con el anonimato en la donación de gametos siembra el caos en las clínicas”, *La Vanguardia*, 7 de mayo de 2018 (disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20180507/443323252854/donacion-ovulos-semen-anonimato-portugal.html#:~:text=En%20esa%20%C3%ADnea%2C%20el%20Tribunal,al%20desarrollo%20de%20las%20personalidad%E2%80%9D.,> última visita: 29/01/2022

Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children. Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development. Doc. 14835. (disponible en: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25439>, última visita: 29/01/2022

JURISPRUDENCIA:

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991, Sala de lo Civil. RJ/1991/8909

Sentencia del Tribunal Supremo 855/2004, de 1 de septiembre, RJ72004/5470

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 116/1999 de 17 de junio. (RTC/1999/116)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 20/1986 de 12 de febrero

### Anexo: Listado de abreviaturas

CE – Constitución Española

CC – Código Civil

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

ADN – Ácido desoxirribonucleico

TRA – Técnica de reproducción asistida

TRAH – Técnica de reproducción asistida heteróloga

LTRHA – Ley de técnicas de reproducción humana asistida

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional