UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

TESIS DOCTORAL

"EL DERECHO A LA IDENTIDAD: TRATAMIENTO ESPECIAL DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS Y GENÉTICOS EN LAS DISTINTAS FORMAS DE MATERNIDAD"

DIRECTORA: SILVIA TAMAYO HAYA,
Profesora Titular de Derecho Civil.
Universidad de Cantabria

LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY
SANTANDER, 2016

ABREVIATURAS

Art/ art.	Artículo
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
Núm. / núm.	Número
Ob. cit.	Obra citada
Pág. / págs.	Página/páginas
RDGRN	Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN.....13
CAPITULO I.....25
El DERECHO A LA IDENTIDA.....25
1.- Concepto.....25
2.- Normativa relativa al derecho a la identidad.....31
2.1) Normativa Estatal.....32
2.2) Normativa Autonómica.....46
a) Especial tratamiento de la identificación del recién nacido.....47
b) Regulación concreta de las Comunidades Autónomas en materia de identificación del recién nacido, así como del derecho a la identidad.....53
1.- La Rioja.....53
2.- Cataluña.....53
3.- País vasco.....57
4.- Andalucía.....59
5.- Murcia.....61
6.- Madrid.....62
7.- Galicia.....65
8.- Cantabria.....65
9.- Comunidad Valenciana.....68
10.- Castilla y León.....70
11.- Castilla La Mancha.....71
12.- Canarias.....71
13.- Asturias.....72
14.- Islas Baleares.....72
15.- Aragón.....73
16.- Extremadura.....74
17.- Navarra.....74
2.3) Reconocimiento internacional del derecho a la identidad.....74
a) Instrumentos internacionales.....74
b) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a la identidad.....81
c) La Unión Europea.....86
CAPITULO II.....87
LA FILIACIÓN NATURAL BIOLÓGICA Y LA LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.....87

1.- Cuestiones previas 87
2.- Limitaciones legislativas al derecho a la investigación de la paternidad en nuestro sistema de filiación natural 94
2.1) Principio de control previo de viabilidad de las demandas de filiación 94
2.2 La prueba biológica en los procesos de filiación 99
a) Concepto y contenido 99
b) Efectos de la prueba biológica positiva 101
c) La negativa a someterse a la prueba biológica 105
3.- Las acciones de filiación en nuestro sistema jurídico 111
3.1) Las acciones de reclamación de filiación 113
3.2) Las acciones de impugnación de filiación 117
3.3) La legitimación de los herederos en la acciones de filiación 120
4.- Conclusiones 122
CAPITULO III 125
LA ADOPCIÓN:
RECONOCIMIENTO Y FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES 125
1.- La importancia de conocer los orígenes 125
1.1) Estudios e investigaciones relativos a la búsqueda de los orígenes biológicos y a los motivos que la impulsan 131
a) Estudio realizado por el Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico Educativo de la Universidad de Barcelona. 1998 132
b) Estudio relativo a la valoración en la intervención psicopedagógica en casos de niños adoptados. Faculta de Pedagogía. Universidad Barcelona. 2008 137
c) Estudio realizado por Departamento de Estudios Educativos de la Universidad de Utrecht. 2000 140
d) Estudio realizado por la "*Children`s Society*" de Gran Bretaña 1992 141
1.2) Fundamentos de la necesidad de conocer los orígenes biológicos 143
1.3) Conclusiones 149
2.- Concepto de adopción 150
3.- Legislación nacional relativa a la adopción en España 151
4.- Requisitos y trámites exigibles en la adopción en España 163
4.1) Requisitos para adoptar 164
4.2) Requisitos para ser adoptado 165

4.3) Trámites de la adopción 165
5.- La adopción internacional 167
6.- Situación del derecho a conocer los orígenes biológicos en el periodo anterior a la entrada en vigor de la ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional 174
6.1) Ausencia de datos de identificación de los padres biológicos en el Registro Civil175
6.2) Derecho de acceso a documentos obrantes en la Administración 179
6.3) La necesidad de acudir a los Tribunales impetrando el auxilio judicial 182
1) Tratados y Convenios internacionales.....183
2) Constitución Española de 1978 186
3)Reconocimiento jurisprudencial del derecho a conocer los orígenes biológicos 188
.-Tribunal Europeo de Derechos Humanos 189
7.- Situación legal en España tras la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional 198
.- Convenio Europeo de Estrasburgo de 27 de noviembre de 2008 199
8.- Especial tratamiento de la filiación materna desconocida: el parto anónimo ..203
8.1) El anonimato materno en otras legislaciones y la adopción en el derecho comparado 207
a)Francia 209
b)Luxemburgo 214
c)Italia 215
d)Alemania.....216
e)Austria.....217
f)Suiza 217
g)Países Bajos 220
h)Portugal.....220
i)Bélgica.....220
j)Reino Unido 221
k)Estados Unidos 222
9.- Cauces de solución a los encuentros entre padres biológicos e hijos adoptados227
9.1) La Mediación.....228
a) La Mediación y las legislaciones autonómicas 228
b) La Mediación como vía de ayuda al conflicto 232

c) Tratamiento especial de la Mediación en el derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado.....236
9.2) Registro Nacional del Consentimiento de Voluntades en la Adopción 243
10.- Conclusiones 243
CAPITULO IV.....247
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (I): LA BÚSQUEDA DE LOS ORIGENES BIOLÓGICOS Y GENÉTICOS.....247
1.-Cuestiones previas sobre las técnicas de reproducción humana asistida.....247
2.- Antecedentes a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida: el "Informe Palacios" 254
3.- Técnicas reproductivas actuales y la Ley 54/2006, de 26 de mayo, TRHA.....262
3.1) Técnicas legalmente permitidas por la LTRHA de 2006.....264
3.2) Técnicas prohibidas o no contempladas por la LTRHA de 2006 267
3.3) Situaciones especiales que motivan el acceso a las técnicas reproductivas.....273
a) Preservación de la fertilidad 273
b) Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP).....277
c) Especial Tratamiento de los embriones sobrantes en la LTRHA de 2006 279
4.- La filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida ..283
5.- Técnicas reproductivas de tipo heterólogo: la donación de esperma y de gametos y sus participantes 294
5.1) Perfil del donante 299
5.2) Selección del donante 300
5.3) Perfil de los receptores de las técnicas.....300
a.- Matrimonios infértiles 300
b.- Parejas del mismo sexo 301
c.- Mujeres sin pareja.....301
6.- El anonimato del donante de material genético en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida 302
7.- Derecho a la intimidad del donante de material genético reproductor frente al derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos y genéticos 305
7.1) Argumentos doctrinales contrarios al anonimato del donante 309
7.2) Argumentos doctrinales a favor del anonimato del donante.....313
7.3) Tesis intermedia a las dos anteriores.....315

8.- La constitucionalidad o inconstitucionalidad del anonimato del donante (artículo 5.5 LTRHA).....316
8.1) Constitucionalidad 316
8.2) Inconstitucionalidad.....322
9.- Comparación entre la realidad del hijo nacido mediante técnicas reproductivas heterólogas con la del hijo adoptado o el nacido por filiación natural.....325
10.- Derecho a la intimidad personal y familiar frente al derecho a conocer los orígenes biológicos.....330
11.- El mantenimiento del secreto de los padres receptores respecto al origen de los hijos nacidos mediante reproducción asistida 337
12.- ¿Vulneración del derecho a conocer los orígenes biológicos de los hijos nacidos a través de técnicas de reproducción humana asistida? 347
13.- La situación del anonimato del donante en el derecho comparado.....352
1) Países que exigen el anonimato del donante 353
1.a) Francia 354
1.b) Italia.....357
2) Países que permiten revelar la identidad del donante 360
2.a) Suecia.....360
2.b) Suiza. 362
2.c) Austria.....363
2.d) Alemania.....364
2.e) Reino Unido.....368
2.f) Noruega 372
2.g) Finlandia.....373
2.h) Islandia 373
2.i) Bélgica.....374
2.j) Holanda 374
2.k) Nueva Zelanda.....374
2.l) Australia 375
2.m) Estados Unidos.....375
2.n) Irlanda.....377
2.ñ) Otros Países 378
.- Rusia y Bielorrusia 378
.- Argentina 379

.- Grecia 379
.- Hong-Kong 379
.- Brasil.....379
.- China.....379
.- Japón.....379
.- India.....379
14.- Turismo reproductivo.....380
15.- La necesidad de una Red de Registros Generales de donantes de gametos....384
16.- Conclusiones 396
CAPITULO V 401
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (II):
ESPECIAL TRATAMIENTO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN 401
1.- Introducción.....401
2.- Concepto de gestación por sustitución: Tipos y Causas 404
2.1) Concepto 404
2.2) Tipos de gestación por sustitución.....406
2.3) Causas más comunes para acudir a la gestación por sustitución 408
3.- Naturaleza jurídica del contrato de gestación por sustitución.....409
4.- Posturas doctrinales contrarias o favorables a la gestación por sustitución 411
4.1) Posturas contrarias 411
4.2) Posturas favorables 417
5. La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español 425
6. Sanciones respecto a la gestación por sustitución.....427
7. Análisis normativo: Derecho Comparado: La gestación por sustitución en otros ordenamientos jurídicos.....428
7.1) Países que prohíben la gestación por sustitución.....429
a) Alemania.....429
b) Italia.....431
c) Austria.....434
d) Suiza 435
e) Francia 436
f) Portugal 437
g) México: Querétaro/ Coahuila 438

7.2) Países que permiten la gestación por sustitución de forma altruista y bajo ciertos requisitos 439
a) Israel 439
b) Grecia 442
c) Reino Unido 444
d) Brasil 451
e) Australia 454
f) México: Tabasco 458
g) Canadá 461
h) Sudáfrica 462
i) Uruguay 466
j) Vietnam 468
k) Chipre 469
7.3) Países que permiten la gestación por sustitución de forma amplia y comercial .470
a) India 470
b) Rusia 473
c) Ucrania; Kazajistán; Bielorrusia; Armenia; Georgia 475
d) México: Sinaloa 477
e) Estados Unidos 481
e.a) Estados que han optado por regular expresamente la figura, bien para permitir, bien para prohibir 481
e.b) Estados en los que no existe regulación expresa y no cuentan con jurisprudencia puesto que sus tribunales no se han pronunciado al respecto 486
e.c) Estados que no tienen legislación sobre la gestación por sustitución pero sus tribunales, a través de sus fallos judiciales, han ido creando precedentes de aplicación al respecto 487
,. California 487
7.4) Países que no tienen regulación respecto a la gestación por sustitución 490
a) Tailandia 490
b) Argentina 492
8.- Problema generado por la inscripción de niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero 496
8.1) El turismo Reproductivo y los contratos de gestación por sustitución 496

8.2) Suscripción de un contrato de gestación por sustitución por pareja homosexual formadas por varones: (Asunto Valencia).....502
a) Resolución de la DGRN de fecha 18 de noviembre de 2009……503
b) Celebrados los trámites procesales correspondientes, el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, a través de la sentencia número 193/2010, de 15 de septiembre 507
c) DGRN Instrucción de fecha 5 de octubre de 2010.....507
d) Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), a través de la sentencia número 826/2011 (Rollo de Sala 949/2011), de fecha 23 de noviembre de 2011.....511
e) Sentencia nº 835/2013, de 6 febrero de 2014 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección pleno).....512
e.a) Comentario de la Sentencia del T.S. de 6 de febrero de 2014.....513
e.b) Consecuencias principales que acarrea el fallo.....520
e.c) El Voto Particular.....522
f) La gestación por sustitución en España a partir de la Sentencia de 6 de febrero de 2014: Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).....527
f.a) Asunto Mennesson contra Francia.....527
f.b) Asunto Labassee contra Francia.....530
f.c) Comentario de las sentencias del TEDH de fecha 26 de junio de 2014.....530
f.d) Sentencia del TEDH de 27 de enero 2015; Asunto Paradiso & Campanelli contra Italia.....533
g) Situación de la gestación por sustitución en España tras las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014.....535
h) Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.....537
h.a) Vulneración de derechos fundamentales.....538
h.b) Transcendencia de las Sentencias TEDH contra Francia en el caso español..540
i) Situación en España de la gestación por sustitución tras el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.....544
9.- La Jurisdicción Social y la gestación por sustitución: Permiso de maternidad o paternidad.....546
10.- Estudio de la Iniciativa de Ley Popular de Regulación de la Gestación por Sustitución: conformidades y disconformidades.....551
10.1) Exposición de Motivos.....551
10.2) Disposiciones Generales.....553

10.3) La mujer gestante por subrogación 555
10.4) Contrato de gestación por subrogación.....555
10.5) Condiciones personales de la aplicación de la técnica 556
10.6) Los participantes y contrato de gestación por subrogación 558
10.7) La gestación subrogada nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.....563
10.8) La mujer gestante y el vínculo con los progenitores por subrogación.....565
10.9) La gestante por subrogación y el contrato de un seguro.....566
10.10) Los progenitores subrogantes 567
10.11)El deseo de interrupción del embarazo 572
10.12) El contrato debe ser notarial 582
10.13) La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución 583
10.14) La identidad de la mujer gestante 590
10.15) Supuestos de premoriencia de uno o de ambos progenitores subrogantes 595
10.16) Registro de Gestación por Subrogación.....596
11.- Propuesta de regulación de la gestación por sustitución en España 597
CAPÍTULO VI:……...…….603
CONCLUSIONES FINALES.....603
BIBLIOGRAFIA 643
PAGINAS WEB CONSULTADAS.....667
JURISPRUDENCIA.....675
NORMATIVA.....681

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como punto de partida la realización de un estudio exhaustivo de la situación actual de la regulación normativa relativa al derecho a la identidad de las personas. Dentro de la esencia global de ese derecho, pretendemos otorgar un especial tratamiento a la parcela dedicada al derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos. El objetivo principal del mismo descansa en la búsqueda de los posibles y adecuados cauces legales, que permitan conceder una protección eficaz, legal y jurídica de este derecho, de una forma genérica.

El derecho a la identidad se configura como uno de los derechos innatos de toda persona. Contempla un amplio abanico de contenidos y, entre sus elementos integradores principales, se encuentra el derecho de toda persona a poseer, de forma constatada y oficial, un nombre y unos apellidos identificadores, una fecha de nacimiento, un sexo determinado y una nacionalidad. De igual forma, todas las personas, por el simple hecho de serlo, gozan del derecho a tener una filiación determinada. Esto no consiste únicamente en el derecho a tener unos padres legalmente constatados. Va más allá. El derecho a la identidad implica, de igual forma, la opción de todo individuo de poder conocer la identidad natural y real de sus padres biológicos. Es evidente que esta identidad natural de los padres biológicos no siempre coincide con la relación de filiación que quedó plasmada legalmente en un Registro Civil.

Lo que en definitiva se pretende en esta investigación es, una vez desglosado ese amplio contenido del derecho a una única identidad, ofrecer soluciones legales que den respuesta a los conflictos actuales que existen en nuestra sociedad en torno a ese elemento integrador; el derecho de toda persona, no sólo a estar inscrito desde su nacimiento en un Registro Civil, con una filiación legal, sino, de igual forma, el de poder conocer sus verdaderos orígenes biológicos y genéticos. Para ello, entendemos necesario descomponer todas y cada una de las formas de maternidad que en la actualidad están presentes en nuestro sistema jurídico.

Hoy en día es una realidad que la filiación, entendida como el nexo de unión existente entre un hijo y su progenitor o progenitores, ya no está basada exclusivamente en el tradicional hecho biológico derivado de una pura concepción natural de tipo sexual. Existen figuras como la adopción o los nacimientos derivados de la utilización

de técnicas de reproducción humana asistida (TRA) que no parten de esa filiación biológico-sexual. Podemos afirmar que, actualmente, la institución jurídica de la filiación descansa de igual forma en una esencia claramente intencional o volitiva. Se es padre o madre por la simple intención de serlo. Únicamente un consentimiento libre y consciente es suficiente para convertirnos en padres o madres.

Es por lo anterior por lo que, en nuestra sociedad actual, la tendencia mayoritaria nos dirige a una determinación de la filiación basada en una intención de tipo procreacional. Independientemente de que en España sólo se reconoce legalmente la filiación biológica y la derivada de la adopción[1], el simple deseo de la persona de querer convertirse en progenitor, se está viendo materializado a través de las nuevas formas de maternidad y paternidad que la ciencia y los avances científicos en materia de bioética están permitiendo.

Somos conscientes de que un gran número de personas, que por circunstancias varias de la propia vida no nacieron con la información relativa a su verdadero origen, necesitan o desean dar respuesta a preguntas tales como: ¿De dónde provengo? ¿Quiénes son mis padres? ¿Y mis antepasados? ¿Tengo hermanos? Todas estas cuestiones, en apariencia sencillas para la mayor parte de nosotros, encuentran un vacío preocupante en algunas personas. La legislación actual no les ampara de una forma completa y absoluta y, en consecuencia, no disponen en todas las situaciones de cauces efectivos que les ayuden a encontrar las respuestas.

Nuestro ordenamiento jurídico logró un avance incuestionable a raíz de la importantísima inclusión del artículo 180. 5 de nuestro Código Civil (CC)[2]. Este tuvo acceso a nuestro ordenamiento con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional[3] (artículo 12). Fruto de lo anterior, ya es una realidad jurídica en España la existencia de una norma específica que concede ese reconocimiento normativo y expreso a los hijos adoptados. En el supuesto de requerirlo, gozan de un amparo legal para poder ejercitar este derecho a saber con amplias

[1] Artículo 108 CC: "*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, sí como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*".

[2] Hay que tener en cuenta que, tal y como veremos más adelante, este artículo ha sido reformado con ocasión de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia por la que modifica el artículo 12 de la Ley de Adopción Internacional y se introduce un apartado 6º al artículo 180 del CC.

[3] Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional. BOE. núm. 312, de 29 de diciembre (RCL 2007, 2383).

coberturas legales. Es posible poder conocer la identidad de los progenitores biológicos en temas de adopción. Cuestión distinta es cómo ejercitar este derecho sin vulnerar otra serie de derechos fundamentales que, de igual forma, amparan al resto de los intervinientes en ese proceso. ¿Merece protección jurídica el derecho a la intimidad de aquella o aquellas personas que en su día decidieron entregar a su hijo en adopción? ¿Hay que proteger el derecho a la intimidad familiar y a la vida privada de los sujetos que decidieron un día convertirse en padres intencionales de un niño entregado en adopción? ¿Dónde queda la promesa de anonimato y confidencialidad que se les ofreció a muchos de esos padres naturales en el momento de renunciar a ese hijo de forma definitiva? ¿Es justa y proporcional la revelación de esas identidades con carácter retroactivo y en todos los supuestos? ¿Se vulnera el principio de irretroactividad de las normas del artículo 9.3 de la Constitución Española?

A pesar de que, desde un punto de vista estrictamente legal, la base de la pirámide está consolidada en materia de adopción, desde un punto de vista práctico, no hay un método totalmente eficaz o pacífico para ejecutar ese derecho. Insistimos en que, frente a ese hijo adoptado que desea conocer la identidad de sus padres biológicos, están los derechos de estos mismos padres naturales pero no legales. En la mayoría de los casos, esas personas (generalmente la madre en solitario) fueron necesariamente informadas acerca de todas las consecuencias legales que la adopción implicaba. De todas ellas hay que destacar la irrevocabilidad que necesariamente llevaba aparejada esa decisión. ¿Cuál es la forma idónea para que ese hijo y esos padres se encuentren? No podemos obviar el dato de que esa renuncia a todos los derechos existentes relacionados con ese hijo, generalmente y hasta el año 2007, iba aparejada de una garantía de confidencialidad y anonimato en relación con la identidad de esos padres.

A pesar de esto, hoy en día, esos mismos padres pueden ver vulnerado su derecho a la intimidad personal. Seguramente poseen una nueva vida y una nueva familia. ¿Es justo para ellos y para sus nuevas familias que esos hijos naturales aparezcan de repente en sus vidas? ¿Es proporcional que ese ataque a su intimidad goce de un amparo absolutamente legal?

Esta situación se complica aún más ante los supuestos derivados de la aplicación del llamado “parto anónimo” o “maternidad desconocida”. Bajo el amparo de la antigua

legislación registral española[4], las mujeres solteras podían optar por este tipo de nacimiento. En este caso, la mujer voluntariamente elegía ocultar cualquier dato relativo a su identidad a la hora de inscribir oficialmente a ese hijo en el Registro Civil. Esto generalmente llevaba implícito la consiguiente adopción de la criatura alumbrada. El problema emergente ante estos supuestos se genera ante la imposibilidad absoluta de que ese hijo, en el futuro, pueda optar por conocer sus orígenes. Esta situación ha supuesto que, en la actualidad, no sólo ha quedado cerrada definitivamente la puerta de acceso a la información sobre la madre. También significa cerrar el camino para llegar a conocer la identidad de otros parientes biológicos.

Además de lo anterior, existen en nuestra sociedad otro tipo de situaciones que, a pesar de no poder equipararse de una forma absoluta a la adopción, comparten con ella el desconocimiento inicial de los datos relativos a los orígenes naturales. Nos referimos a las personas nacidas como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida (TRA) de tipo heterólogo[5], o a los hijos nacidos por el uso de la llamada maternidad subrogada[6] (tanto si se utilizó material genético donado como propio). En estos casos, y a diferencia de la adopción, el reconocimiento legal del derecho a averiguar los orígenes biológicos y genéticos no encuentra ese refrendo legal. Es más, nos encontramos con prohibiciones expresas.

Sin duda alguna, los cambios sociales que se han producido en los últimos tiempos tienen un importante reflejo en las relaciones familiares. En poco tiempo han experimentado una evolución que podríamos calificar de asombrosa[7]. Los importantes avances científicos en materia de genética no han sido fácilmente adaptables a las normas y principios que, hasta ahora, presidían nuestro derecho de familia. La ciencia avanza más rápido que el Derecho. Es necesario amoldar las nuevas situaciones científicas, familiares y reproductivas, a los nuevos tiempos.

No podemos pasar por alto que, precisamente, uno de los más excepcionales cambios producidos en materia de filiación en nuestro país lo constituyó, sin duda

[4]Artículo 47.1 Ley del Registro Civil de 1957 y artículos 167, 181 y 182 del Reglamento del Registro Civil de 1958, los cuales fueron declarados inconstitucionalmente sobrevenidos en aras de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 773/1999, de 21 de septiembre.

[5] Técnicas de reproducción asistida con material genético donado.

[6] Coloquialmente conocida como "*madres o vientres de alquiler*".

[7] Lamm, E: "*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*". Colección de Bioética. Observatori de Bioética i Dret. Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona, 2013, pág.17.

alguna, la institución de la adopción. Asimismo, en España, con ocasión de la proclamación de nuestra Constitución de 6 de diciembre de 1978 (CE), se introdujo un nuevo modelo en las relaciones familiares. Este modelo, no sólo basado en la idea de igualdad entre hombres y mujeres, instauraba la igualdad de derechos de todos los hijos, tanto de los matrimoniales como de los nacidos fuera del mismo (art. 39 CE). Podemos afirmar, por tanto, que esa concreta revolución en materia de familia hoy en día ha culminado. Con ella finalizó un ciclo que supuso muchos años de estudios, propuestas, investigaciones, enfrentamientos doctrinales y jurisprudenciales. Todo ello hasta llegar finalmente al actual y brillante resultado obtenido como consecuencia de las grandes reformas legislativas que asentaron lo que hoy representa una realidad distinta.

Hoy estamos inmersos en otra etapa integradora de esa revolución en materia de filiación. Nos referimos a una revolución reproductiva generada por el uso de esas técnicas de reproducción artificial, cuyo avance y desarrollo ha generado sin duda importantes cambios en materia de filiación. Tampoco debemos obviar los cambios sustanciales que en nuestra sociedad se han generado como consecuencia de la Ley permisiva del matrimonio entre personas del mismo sexo[8]. A este respecto, el legislador reconoció este derecho pero no se detuvo a reformar las consecuencias que esta novedosa situación podía generar en materia de filiación. Esto significa que, en ausencia de regulación concreta, a estos matrimonios entre personas del mismo sexo les serán de aplicación las normas generales de filiación integradoras de nuestro Código Civil.

En periodos anteriores al inicio de la aplicación de las técnicas reproductivas artificiales (década de los setenta), las dudas sobre la paternidad se centraban en un único problema: determinar la filiación en supuestos donde se daba un secretismo en las causas que rodeaban la concepción de un hijo. Esto giraba únicamente en torno a la identidad del progenitor genético. A medida que se fueron descubriendo nuevas técnicas biológicas de prueba[9], se pudo determinar cuál era el nexo paterno de ese embarazo. En estos casos siempre encontrábamos un punto de partida común; una relación sexual para la procreación[10].

[8] Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer Matrimonio. BOE. Núm. 157, de 2 de julio (RCL 2005, 1407).
[9] Prueba genética de ADN (ácido desoxirribonucleico) admitida en nuestro sistema jurídico para determinar la paternidad o maternidad biológica.
[10] Rivero Hernández, F. "*Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida*". Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. Pág. 281 y ss.

En la actualidad, nos enfrentamos a una realidad social completamente distinta; la procreación es posible sin necesidad de relación sexual alguna. Como señala Moro Almaraz "*prescindir de la consideración unitiva de sexualidad y procreación han supuesto un aldabonazo al derecho de sociedades que lo construyeron con influencias cristianas fuertemente enraizadas*"[11].

Es indiscutible que las técnicas de reproducción asistida han aportado factores absolutamente positivos a nuestra sociedad. Esto ha obligado a estar en conexión con un nuevo esquema de filiación. Independientemente de la investigación en el campo de enfermedades congénitas, y de su posible curación, estos avances científicos en materia de reproducción han permitido cumplir el sueño de ser padres no sólo a quienes padecen un problema de fertilidad, sino también a parejas homosexuales que, salvo la adopción, no tenían acceso a la paternidad/maternidad de no ser por estas técnicas. También ha permitido acceder a la maternidad en solitario. Ya no es necesario contar con la figura masculina, de manera física y presencial, para lograr el objetivo de ser madre. Es más, de igual forma, en la actualidad ya es posible incluso la paternidad genética en solitario, sin necesidad de una mujer que contribuya a la procreación de forma natural. Nos referimos a la señalada técnica, no permitida en España, pero sí en muchos ordenamientos jurídicos extranjeros, de la gestación por sustitución.

Esta situación actual diverge absolutamente con la que presidió nuestra sociedad durante siglos. Las mujeres durante años han luchado por lograr el reconocimiento social del derecho a tener relaciones sexuales sin necesidad de reproducción. De ahí la encarecida lucha por permitir los métodos anticonceptivos. Actualmente, se busca y se exige precisamente lo contrario: la posibilidad de ser madres sin relación sexual alguna.

Sobre esta base, en España, y en general en Europa, durante años se luchó por el triunfo de la verdad biológica. Así se plasmó en la Constitución de 1978 en el ya citado artículo 39.2: "*La ley posibilitará la investigación de la paternidad (…).*" Como ya hemos indicado, responder a cuestiones sobre ¿quiénes son nuestros padres? o ¿de dónde venimos?, para la mayor parte de nosotros no supone invertir más de cinco minutos de nuestra vida. Como mucho, y tratándose de una cuestión puramente de tiempo y curiosidad, podríamos tener inquietud por averiguar nuestro árbol genealógico.

[11] Moro Almaraz, M.J. "*Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro*". Bosch. Barcelona.1998. pág. 174.

Para ello, la mayoría encontraríamos un amplio número de fuentes informativas partiendo únicamente de consultas iniciales a nuestros propios familiares.

Los típicos comentarios, que de forma cotidiana han crecido con nosotros y forman parte de nuestras vidas ("ha *sacado el carácter del padre*" o, "*es igual de tozudo que su abuelo*" o, "*tienes los mismos ojos que tu madre*"), significan para otros un misterio imposible de descifrar.

De todo lo anterior deriva la importancia que supuso en España la entrada en vigor de la citada Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional. Con la consiguiente reforma de nuestro Código Civil (artículo 180[12]), ya contamos en nuestro ordenamiento jurídico con la posibilidad legal de poder acceder a la información necesaria sobre los orígenes biológicos de los hijos adoptados. En el resto de los supuestos señalados (técnicas reproductivas heterólogas), la búsqueda de los mismos supone emprender una difícil carrera de obstáculos de gran complejidad que, en la mayoría de los supuestos, resulta sencillamente inviable.

En cuanto a los posibles medios de acreditación de una real, que no ficticia, necesidad de estas personas de completar su identidad y de reconocerse en un rostro determinado, o de acceder a un nombre y unos apellidos concretos, es ya un hecho estadísticamente acreditado el vacío e inestabilidad, tanto emocional como psicológica, que supone desconocer tus antepasados. Esta situación trae aparejado un perjudicial conflicto interior. Lo mismo ocurre ante el conocimiento de que las personas que ejercen social y afectivamente como padres, no lo son desde el punto de vista biológico o genético. Si cualquiera de nosotros se coloca en una de estas situaciones de incertidumbre, seguramente, en algún momento de nuestra vida, nos encontraríamos ante la necesidad de saber algo acerca de nuestros orígenes. Esta importante búsqueda de la realidad personal de cada uno es, sin duda alguna, un pilar fundamental para poder completar la identidad como persona y, en consecuencia, de poder llegar a sentirse plenamente realizado e igual a los demás.

[12] Artículo 180.5 CC: "*Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad, representadas por sus padres, tendrá derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo ese derecho*". Ya se ha indicado que en el año 2015, a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, este artículo originario ha sido modificado, además de introducirse un apartado 6º, tal y como analizaremos más adelante.

Esa necesidad, acreditada en innumerables estudios, es la causa de la búsqueda de un completo desarrollo de nuestra identidad. De hecho, se afirma que los niños que no gozan de ese conocimiento sufren la llamada "*confusión genealógica*".

En aras de resolver estos conflictos, es necesario constatar la distinción formal de las figuras de "progenitor" y "padre". La primera de ellas, se refiere a la persona de quien uno proviene biológica o genéticamente. La situamos, por tanto, dentro de un concepto natural. La segunda, se refiere a la persona que ejerce las funciones parentales y el conjunto de derechos y deberes que se imponen legalmente a esta figura. La situamos, por tanto, dentro de un concepto social y jurídico. Está claro que el niño puede tener unos ascendientes, progenitores genéticos o biológicos, y unos padres sociales o jurídicos que son los ejercen como tales. Esto es lo que se produce en la institución de la adopción. Pero existen otras situaciones que surgen como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida en las que se forman más variantes. El concebido mediante técnicas de reproducción de tipo heterólogo, tiene orígenes biológicos y genéticos distintos. Lo mismo ocurre generalmente en los contratos de maternidad subrogada. Esto significa que hoy en día, como consecuencia de las TRA, el rol jurídicamente relevante es el de "padre". Como señala Lamm[13], "*caer en el extremo de creer que la paternidad legal debe ser a todo trance genética y/o biológica, o todo lo contrario, es olvidar multitud de factores que de forma compleja se entrelazan en el mundo de las relaciones humanas*".

Es evidente la preferencia que debemos otorgar a la realidad social y jurídica del padre. En definitiva, es quien tiene que cumplir la función afectiva, social, educativa, y por tanto, esa realidad debe ser sin duda protegida. Los padres jurídicos y sociales ejercen su cargo voluntariamente y deben hacerlo de forma responsable, procurando desarrollar con plena responsabilidad las funciones propias de esta figura.

Independientemente de esa preferencia y partiendo sin ningún género de duda de esa premisa, ¿sería justo entonces olvidar y obviar la parentalidad biológica y genética? o por el contrario, ¿sería más correcto analizar qué posibilidades legales y jurídicas podríamos encontrar para tener la opción de que, los que lo necesiten y así lo insten, puedan tramitar los cauces legales para formar su identidad personal y llegar a su propia

[13] Lamm, E: "*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*", ob. cit., pág.52.

esencia genética? En resumen, aunque esté claro que prima la paternidad formal, ¿es esta superioridad razón básica para olvidar y anular los vínculos de sangre de un sujeto?

Nuestra respuesta a citada cuestión es absolutamente negativa. Está claro que no debemos obviarlo y así lo defenderemos en el siguiente trabajo. Teniendo como pilar de base ese reconocimiento legal existente para los hijos adoptados, vamos a realizar un análisis de los antecedentes que precedieron a tal reconocimiento, con el fin de poder compararlos con las situaciones derivadas de la utilización de técnicas de reproducción asistida, maternidad anónima y maternidad subrogada. Visto el camino que se siguió con la adopción, decidiremos si es posible extrapolar esas consecuencias a los hijos nacidos a través de técnicas reproductivas artificiales en las que intervino material genético aportado por donante de esperma o de óvulos.

Es evidente que nos vamos a tener que enfrentar con el principal muro que encuentra esta averiguación; la privacidad e intimidad de los propios "padres" biológicos o genéticos (en muchos casos simples donantes de material genético). En conclusión, ¿derecho a la investigación de los orígenes genéticos y biológicos del hijo, o derecho a la intimidad de los "progenitores" naturales o genéticos? Está claro que siendo ambos derechos individuales de la persona, merecen encontrar un punto de conexión y convivencia que suponga la menor vulneración de los mismos para todas y cada una de las partes involucradas.

Estando de forma muy presente esta colisión de derechos, en España, a través de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida[14] (LTRHA) se regula de forma muy concreta la conciliación entre ambos derechos ante situaciones vitales o extremas que puedan vulnerar incluso la protección de la propia vida[15]. ¿Cuántas enfermedades tienen un origen genético? ¿Cuántos tratamientos médicos deben su éxito a la donación de material orgánico familiar? ¿Cuántos males se diagnostican de una forma sencilla por contar con antecedentes similares en la familia? En algunos supuestos puede significar que la información genética concerniente a un

[14] LTRHA, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006 (La Ley 5218/2006).

[15]Artículo 5.5 LTRHA: "*La donación* (de material genético) *será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad (…). 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 conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes*".

paciente sirva para revelar el estado de salud presente o futuro de otras personas y, en concreto, de todos los parientes relacionados por el hecho de compartir el material genético, es decir, los parientes consanguíneos[16]. En todos esos casos, a pesar de ofrecer una solución para solventar el mal previsto, la Ley se encarga literalmente de seguir protegiendo la identidad de los donantes de material genético.

Además de lo anterior, en el estudio de esta materia nos vamos a encontrar también con la necesidad de dar protección a otros derechos fundamentales tales como la integridad física y moral, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la reproducción, el derecho a la intimidad, la posibilidad de conocer los orígenes biológicos, el derecho a la vida privada y familiar, no sólo de los padres sino también de los hijos etc… Todos ellos, es evidente, que en ocasiones van a resultar absolutamente contradictorios unos con otros.

Entendiendo actualmente los derechos fundamentales como principios básicos del ordenamiento jurídico, no debemos olvidar el importante papel que juega el Estado y su obligación de contribuir a que éstos encuentren cumplimiento, otorgándoles la mejor de las posibles tutelas[17].

Es por todo ello por lo que creemos necesario estudiar, buscar y alcanzar conclusiones justas para la protección que el sistema legal español debe proporcionar al cumplimiento del derecho de las personas que deciden conocer sus orígenes biológicos o genéticos, en todas y cada una de las situaciones; ya provengan de técnicas de reproducción asistida, de procesos de adopción, de maternidad subrogada, de progenitores que optaron por un desarrollo de la paternidad o maternidad en solitario etc… De igual manera, tendría que proporcionarse esta protección a los hijos de mujeres que en su día, optaron por acogerse al parto anónimo. Hay un reclamo social en obtener soluciones jurídicas ante ese explosivo choque que experimenta el derecho a la intimidad de los progenitores biológicos o genéticos, y el derecho a saber de los hijos.

Los conflictos de derechos humanos son el resultado de la pluralidad de los derechos protegidos al mismo nivel por instrumentos internacionales. El artículo 8 de la

[16] Romero Coloma, A.M. "*Identidad genética frente a intimidad*". Diario La Ley, Nº 7199, Sección Tribuna, 18, jun. 2009, Año XXX, págs. 1-13.
[17] Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril. Voto particular. Magistrado, Jiménez de Parga.

Convención de los Derechos del Niño de 1989[18], protege el derecho al respeto por lo privado y por la vida familiar.

De igual forma, en aras de buscar soluciones justas y viables que puedan formar parte en un futuro de nuestro ordenamiento jurídico, vamos a buscar un equilibrio justo y pendular en relación con cada una de las situaciones a analizar. Es necesario encontrar las vías adecuadas para que el ejercicio de este derecho a saber no violente de una forma agresiva e innecesaria al resto de personas implicadas.

Con el fin de alcanzar este objetivo, analizaremos de forma individualizada las distintas formas de maternidad existentes en nuestro sistema. Es evidente que habiendo sido ya otorgado por el legislador español el reconocimiento expreso de este derecho en materia de adopción, así como de filiación natural biológica, tendremos que valernos de esta consolidación y utilizarla como base para descifrar, en la medida de lo posible, qué debe hacer el legislador para proteger al resto de afectados.

La cuestión parte del hecho de que nuestra legislación impone el respeto al anonimato de los donantes de gametos. Los hijos nacidos a partir de esperma u óvulos donados no pueden acceder a la información relativa a la identidad de sus progenitores genéticos. Fijándonos en las legislaciones de otros países, son muchos los que en la actualidad han decidido levantar el anonimato de los donantes de gametos en aras de respetar el derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de sus progenitores. Como veremos, lo anterior descansa en la exigencia de dar cumplimiento a varios instrumentos internacionales que reconocen este derecho como parte integrante del derecho a la identidad de toda persona.

En este punto, entendemos de obligado cumplimiento realizar un estudio minucioso de la figura reproductiva de la gestación por sustitución. Teniendo en cuenta la expresa prohibición que nuestra Ley de TRHA de 2006, en su artículo 10, impone respecto a la misma, creemos conveniente pronunciarnos respecto a la posible concesión de viabilidad de la maternidad subrogada en España. El conflicto principal se produce como consecuencia de que, aunque se trate de una técnica no permitida en nuestro país, un gran número de ciudadanos españoles acuden anualmente a otros estados con el fin de lograr su sueño de ser padres. Dada la disparidad de regulaciones existentes a nivel mundial, es sencillo acceder a la misma a través del llamado “turismo reproductivo”. El

[18] Aprobado por Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

problema surge cuando esos padres regresan a España con sus hijos. Los conflictos registrales que se generan son de compleja solución. Así está ocurriendo en la actualidad, siendo cada vez más alta la llamada que muchos sectores están haciendo al legislador con el fin de que se regule en nuestro país esta técnica reproductiva.

En definitiva, partiendo de los antecedentes y motivos que llevaron al legislador español a reconocer ese derecho a los hijos biológicos y a los adoptados, el presente trabajo, independientemente de que exija un estudio de los antecedentes relativos a este tipo de maternidades, requiere un análisis más extenso, conciso y detallado de la parte correspondiente a las técnicas reproductivas artificiales. Es ahí en realidad donde se encuentra el verdadero conflicto. Serán, por tanto, los dos capítulos dedicados a estas técnicas los que más desarrollo requieran dentro de esta investigación.

En definitiva, procuraremos descifrar la pertinencia, o no, de que los hijos nacidos como consecuencia de estas técnicas reproductivas asistidas puedan acceder a la identidad de sus progenitores biológicos y genéticos, partiendo de los supuestos ya reconocidos en nuestra legislación de los hijos naturales y de los adoptados.

En consecuencia, vamos a dividir el presente trabajo en los siguientes capítulos:

I.- El derecho a la identidad.

II.- La filiación natural biológica y la libre investigación de la paternidad.

III.- La adopción: Reconocimiento y fundamentación del derecho del hijo adoptado a conocer sus orígenes biológicos.

IV.- Las técnicas de reproducción asistida y la búsqueda de los orígenes biológicos y genéticos (TRHA I)

V.- Especial tratamiento de la gestación por sustitución (TRHA II).

VI.- Conclusiones.

CAPITULO I

El DERECHO A LA IDENTIDAD

1.- Concepto

Históricamente la regulación de los derechos esenciales del hombre se ha asentado sobre los valores de igualdad y libertad. Hoy en día, aparecen vinculados a la consideración del hombre como persona o, lo que es lo mismo, a la dignidad humana. El reconocimiento de la personalidad y de la igualdad desde el mismo momento del nacimiento de la persona, se entienden como conceptos previos a la adquisición de la capacidad de obrar. El artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, establece que "*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (…)"*. De la misma forma, su artículo 6 recoge que "*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*".

La igualdad sustancial de todos los seres humanos se reconoce, tanto en el ámbito internacional como en el interno, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. Independientemente de esto, esa igualdad, coexiste con la necesidad de todo ser humano de ser distinto de los demás, de ser uno mismo, de afirmar su propia individualidad y de poder realizar y garantizar el desarrollo de su propia personalidad.

Este derecho a la identidad se ha venido configurando tradicionalmente en la realidad jurídica a través del elemento identificador del "nombre"[19]. El nombre otorgado a la persona inmediatamente después de su nacimiento, es la máxima expresión de su identidad personal. Esta relevancia del nombre[20], en relación a los efectos de individualización de la persona, ha derivado en la falta de consideración de la identidad como un derecho autónomo. A pesar de lo anterior, en los últimos tiempos, esto ha

[19] Salvador Gutiérrez, S: "*Derecho a la Identidad*". La Ley, Actualidad Civil, Sección Doctrina, LXXI, tomo núm. 4, La Ley 2350/2001, pág. 1.

[20] Señala Linacero de la Fuente, M., que el nombre se encuentra entre los derechos básicos o fundamentales de la persona. El nombre encuentra su razón de ser en la necesidad de individualizar a cada uno de los miembros de la sociedad. Esto permite su identificación personal. Matiza la autora que la exigencia ineludible que impone la sociedad para designar cada sujeto de forma individual, responde a múltiples efectos: fiscales, políticos, administrativos. Es por ello por lo que el nombre juega un papel fundamental para cada persona: "*Derecho a la identidad personal: el nombre y los apellidos*", en "*Derecho Civil IV. Introducción al Derecho Civil*". Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 439.

tomado un rumbo bien distinto como consecuencia de la proclamación de la Convención de los Derechos del Niño[21], adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 11 de noviembre de 1991. Es a través de este instrumento internacional cuando comienza a reconocerse el derecho del niño a su propia identidad.

La legislación española es vaga en normas que reflejen este derecho como tal. No obstante, tal y como analizaremos más adelante, existen, además de citada Convención, varios instrumentos internacionales que vinculan a nuestro Estado y forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Antes de entrar en el análisis jurídico, vamos a construir una correcta definición de lo que entendemos por derecho a la identidad. Para ello, vamos a partir de la base de que todos los hombres y mujeres tenemos reconocido ese citado derecho a la igualdad en dignidad y derechos. En ese camino hacia la búsqueda de la igualdad, nos surge la inevitable necesidad de gozar de elementos diferenciadores que nos permitan distinguirnos de los demás y conseguir nuestra propia personalidad individualizada.

Partiendo de lo anterior, vamos a defender el concepto de identidad que Fernández Sessarego conceptúa: "*La identidad comprende el aspecto estático; signos distintivos biológicos así como las condiciones legales o registrales del sujeto: nombre, sexo, filiación etc… (…) y un aspecto dinámico, que es el conjunto de características y rasgos de índole cultural, político y moral de la persona*"[22].

Dentro de los llamados elementos estáticos podemos identificar el nombre otorgado a la persona, la fecha y lugar de nacimiento y el estado filiatorio[23]. Se les considera estáticos porque, generalmente, son datos de las personas inmodificables o invariables. Este aspecto configura la "*verdad personal*" de cada uno. En cuanto a los elementos dinámicos de la identidad, podemos considerar las creencias personales, la cultura, los rasgos propios de la personalidad de cada individuo, la ocupación, la ideología etc… Estos elementos se arrojan y se dirigen al mundo exterior y permiten a los demás identificar al sujeto dentro de la comunidad en la que vive. Es evidente que estos aspectos dinámicos son de creación propia. Por ello, pueden variar dependiendo de

[21] BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.
[22]Fernández Sessarego C., "*Derecho a la identidad personal*". Astrea. Buenos Aires, 1992, pág. 113.
[23] Señala Zannoni, E., que el concepto de la identidad filiatotia, como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir por sí mismo la proyección dinámica de la identidad: en "*Adopción plena y derecho a la identidad personal. La "verdad biológica": ¿nuevo paradigma en el derecho de familia*? LL, 1998-C, pág. 1179.

las vivencias personales de cada uno: constituyen, en definitiva, la "*verdad exterior*" del propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico o profesional de cada individuo[24].

A raíz de todo lo anterior, podemos afirmar que la identidad personal es un derecho del que gozan todas las personas por el simple hecho de serlo. La identidad es todo aquello que hace que cada uno sea "uno mismo" y no "otro". Se compone del conjunto de atributos y características que permiten la individualización del sujeto en sociedad. En este sentido, comprende una serie de derechos distintos según el sujeto del que se trate y las circunstancias que le rodeen[25]. La identidad supone que a cada uno se le defina en su verdad personal, sin desfiguraciones, alteraciones o falseamientos[26].

Señala Martín Bernal que "*la identidad es el conjunto de caracteres por los cuales el individuo define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes*"[27]. La persona, como ser humano, tiene necesidad de afirmar su propia individualidad distinguiéndose de los demás. Tiene un derecho a la identidad personal y a saber cuál es su procedencia[28]. Esa identidad personal, que debe ser respetada por su interés social, puede considerarse un bien jurídico susceptible de protección.

Es evidente que, como punto partida, todo niño debe ser registrado desde su nacimiento. Su inscripción es necesaria como diligencia de prueba de su propia existencia, y de su realidad como parte integrante de la sociedad. Como individuo forma parte del todo. Su identidad es lo que le caracteriza y le diferencia de los demás. El primer paso para dar eficacia constitutiva a esa identidad es la inscripción oficial del nacimiento en el Registro Civil. Esta acción de registro tradicionalmente ha venido siendo impuesta con carácter prioritario a los propios padres del recién nacido. Lo anterior ha sido recientemente modificado con ocasión de la nueva Ley 20/2011 del

[24] Cerutti, M.C, Plovanich, C: "*Identidad Personal*" Lerner, Revista de la Facultad de Córdoba, vol. 6, núm. 1, 1998, pág.4.
[25]Meléndez García S. E., "*El reconocimiento al derecho a la identidad*". http://www.monografias.com/trabajos97/reconocimiento-al-derecho-identidad. Consultado el 4 de agosto de 2014.
[26] Autores como De Cupis, Sessarego, Cifuentes, Zabala de González o Ferrer, coinciden en esta concepción de la identidad personal: En Cerutti, M.C, Plovanich, C: "*Identidad Personal*", ob. cit., pág.4. De igual forma, este concepto de identidad es defendido por Ordás Alonso, M., en "*El derecho a la identidad genética versus el anonimato en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida*". Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-Mercantil, núm. 1, Parte Comentario, Cizur Menor, 2016, pág. 1.
[27] Martín Bernal, J. M: "*Identificación del nacido. Historia y estado actual*". Colex, 1994, pág. 10.
[28] Vidal Prado, C. "*El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)*". Revista Jurídica de Navarra, núm. 265/282, 1996. http://www. Navarra.es/appsext/descargarfichero/default.aspx? Consultado el 16 de febrero de 2012.

Registro Civil[29] (LRC), de 21 de julio, a través de la cual se traslada esta obligación registral a los centros hospitalarios donde se producen los nacimientos. La inscripción supone el reconocimiento inmediato de la existencia del niño por parte del Estado. Esto le permitirá preservar sus orígenes y las relaciones de parentesco que le unen a sus padres biológicos[30].

La inscripción en el Registro Civil y la concesión de la nacionalidad, proporcionan al recién nacido la capacidad jurídica y, por tanto, le reconocerá una serie de derechos y obligaciones que, entre otros, le permitirán acceder a los diferentes servicios necesarios para desarrollarse. Nos referimos a servicios tan básicos como los relativos a la educación y la sanidad. Esta identidad permite a los menores ser protegidos y amparados legalmente, no sólo por sus padres, sino por el propio Estado, que será quien deba procurarles las medidas de protección y bienestar vigentes.

La identidad es el modo de ser de cada persona, proyectada a la realidad social. Este derecho implica atribuciones jurídicas a las personas con aptitud suficiente para ser titulares de derechos y obligaciones. Como señala Meléndez García, este reconocimiento, realizado sobre la base de una concepción ontológica del ser humano, constituye el fundamento para que la persona pueda desenvolverse plenamente dentro del proceso de interacción social, implicando a su vez, la obligación de respetar esta esfera subjetiva por parte del Estado y de los particulares[31]. En consecuencia, todo individuo tiene derecho a ser reconocida e identificado por los demás como titular de una identidad propia e inconfundible. Esto significa que toda persona tiene derecho a ser y a sentirse como quien realmente es, y no como otra[32].

Como ya hemos indicado, este derecho se encuentra compuesto de otros derechos innatos como son el derecho a tener un nombre propio, unos apellidos, un sexo, una fecha de nacimiento, una nacionalidad y, de igual modo, un derecho a conocer la propia historia filial de cada uno. Su reconocimiento como derecho aislado e independiente de otros está tutelado ampliamente, no sólo por la jurisprudencia

[29] La nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (RCL 20111432), contempla en su artículo 46 la obligación de comunicación de los nacimientos a los centros sanitarios en los que tengan lugar. Deberán comunicarlo, junto con el certificado médico correspondiente, a la Oficina Registral competente.
[30] http://www.humaniun.org/es/derecho-identidad. Humaniun, Ayuda a los Niños. Consultado 5 de agosto de 2014.
[31] Meléndez García S, E: "*El reconocimiento al derecho a la identidad*". http://www.monografias.com/trabajos97/reconocimiento-al-derecho-identidad. Consultado el 4 de agosto de 2014.
[32] Fernández Sessarego, C., "El *Derecho a la identidad personal*", ob. cit., pág. 4.

española, sino también por la europea. En este sentido, debemos manifestar que la Corte de Casación Italiana, a través de su sentencia de 22 de junio de 1985, fue pionera en sistematizar una doctrina tutelar del derecho a la identidad, en el siguiente sentido: "*cada sujeto tiene un interés generalmente considerado merecedor de tutela jurídica, de ser representante en la vida de relación con su verdadera identidad*"[33].

La identidad personal contempla el derecho a exigir la fiel representación de la personalidad de las personas. Se trata de un derecho personalísimo que permite identificar a cada cual según sus peculiaridades, preservando su dignidad y posibilitando la concreción de un orden social respetuoso. Dentro de este derecho se incluye el derecho a conocer los orígenes biológicos. Es indudable que nuestra filiación, biológica y genética, forma parte de nuestro ser y supone, en gran medida, que seamos quienes realmente somos[34]. La búsqueda de nuestros orígenes, tal y como analizaremos en los próximos capítulos, es un requisito absolutamente indispensable para el desarrollo correcto de la personalidad de una persona.

En nuestro ordenamiento jurídico es habitual que el derecho a conocer los orígenes biológicos se tramite a través de la interposición de acciones de filiación. Existen supuestos en los que, el demandante de la acción, en realidad ya sabe con certeza quien es su progenitor natural. A través de esta acción no está buscando su origen sino únicamente pretende determinar una filiación legal de forma oficial[35]. Por el contrario, en los casos de hijos adoptados o de nacidos mediante técnicas reproductivas, la disociación entre la identidad y la filiación es absoluta[36]. Su filiación quedará definitivamente determinada a favor de los padres de adopción al ser estas las personas que prestaron su consentimiento a la técnica reproductiva. En definitiva, en estos supuestos, la identidad genética queda excluida del sistema de acciones de filiación[37].

---

[33] Fernández Sessarego, C., "El *Derecho a la identidad personal*", ob. cit., pág. 14.

[34] En este sentido, Krasnow, A, entiende la identidad "*como un camino que se inicia con la concepción y termina con la muerte, siendo el primer eslabón de esta cadena la verdad genética":* En "*El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo*". La Ley, Ed. Argentina, 2007, pág. 6.

[35] Ordás Alonso, M:"*El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida*", ob. cit., pág. 2.

[36] Señala Fama, V., que la identidad personal está formada de dos componentes. Por un lado, la identidad individual, y por otro, la identidad cualitativa. La primer de ellas se vincula con "*características concretas que tienen que ver con el nacimiento, territorio y biografía particula*r", es decir, con hechos. La segunda, en cambio, no es un hecho que implica la idea de "*identificarse con*", sino que se estructura en términos de elección y voluntad con la "*identificación con ciertos valores de la vida*". En "*El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nació*n", Lecciones y Ensayos, núm. 90, 2012, pág. 174.

[37] Ordás Alonso, M:"*El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida*", ob. cit., pág. 2.

La búsqueda de los orígenes se contempla como un requisito propio del individuo para desarrollar su personalidad. Esto plantea en algunos la cuestión de si en realidad nos encontramos ante un verdadero derecho a la identidad genética. Cuando nos referimos a la identidad, estamos hablando de un presupuesto jurídico innato de la persona. Si lo entendemos de esta forma, es decir, como un elemento constitutivo del individuo que se refleja en el momento de nacer, y marca las propias relaciones familiares, no se trataría puramente de un derecho subjetivo. Esto significa que si lo contemplamos como un elemento constitutivo de la personalidad, no podría entrar en colisión con los derechos de otra persona[38].

Como veremos más adelante, son muchos los autores que identifican este derecho como una extensión del derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, reflejado en el artículo 10 CE. De igual forma, otros lo encuadran en el derecho a la integridad moral o, incluso, en el derecho a la intimidad del hijo, utilizando para ello una versión absoluta positivista de este derecho[39].

Flores Rodríguez, establece que "*en la identidad del niño convive un factor psicológico o sociológico con un factor estrictamente jurídico. La identidad se constituye como un conjunto de caracteres, de calidades, tanto de carácter biológico como de otra naturaleza referidos a su personalidad, extremos todos ellos que permiten la individualización de un sujeto en sociedad*"[40].

En definitiva, la identidad del individuo está íntimamente unida a su propio ser y al concreto y específico desarrollo de su personalidad. Constituye una condición fundamental de su existencia y permite definirlo como persona. Esa identidad une a la

[38] De esta manera lo entienden, entre otros, Cifuentes, S, En "*El pretendido derecho a la identidad biológica y verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido*". La Ley, 2001, pág. 1; Galera, E.L., En "*El origen del adoptado y el derecho a la intimidad de la familia biológica*". Ponencia presentada en las II Jornadas Interdisciplinarias de Adopción, Mendoza, octubre 2004, pág. 2.

[39] Es cierto que este derecho no está reconocido como tal en nuestra Constitución de 1978 pero, para autores como Garriga Gorina, M., este derecho recibe el amparo de la dignidad de la persona y por lo tanto puede entenderse proclamado en aras del art. 10 CE: en "*La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencia*l". Revista Doctrinal Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 247. En este sentido, Barberá Fraguas, M., opina que el derecho a conocer los orígenes es un derecho de la persona y que hay que facilitarlo pero, únicamente tendrá que ser instado por propia iniciativa del interesado. La autora, considera contraproducente que esto se fomente. Entiende que en algunas ocasiones la idea parte de la propia Organización relacionada con la adopción. Teniendo en cuenta el concepto de que es una persona, aplicando el sentido común, se comprende que se pueda crear problemas en el adoptado, que se descentre y que dificulte la propia adaptación a la familia de adopción: en "*La adopción: cuestión jurídica. Problema humano*". Boletín Aranzadi, civil-Mercantil, núm. 32, Parte Boletín, Pamplona, 2002, pág. 8.

[40] Flores Rodríguez, J: "El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia". La Ley, Derecho de familia, noviembre de 2014, pág. 2.

persona con una rama familiar y así le asigna su pertenencia a una familia. Con la inscripción del nacimiento en el registro Civil esta pertenencia se oficializa y le vincula, no sólo con una línea parental, sino con una historia determinada.

Lo anterior significa que la identidad de la persona constituye una condición esencial para la existencia y definición de la propia persona[41].

Debido a lo anterior, el derecho a conocer los orígenes biológicos está íntimamente ligado a la exigencia de una real identificación de la persona en el momento del nacimiento. Para cerciorar ese derecho a saber sobre los verdaderos orígenes biológicos de un sujeto, es absolutamente necesario que la persona sea en realidad ella misma. Es importante que en el momento exacto en que se produce el nacimiento, la identificación del recién nacido sea protegida con la aplicación de métodos técnicos garantistas. Si la identificación inicial es errónea en el momento del nacimiento, el derecho a la identidad no estará asegurado. Es por ello que los recién nacidos, tal y como se recoge en el artículo 8 de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1989, tienen el derecho a ser debidamente identificados desde el momento del nacimiento. Este derecho a ser correctamente identificado forma parte del derecho a la identidad de las personas y, tal y como se verá más adelante, ha sido desarrollado a partir de las distintas normas autonómicas que se han ido dictando en relación con esta materia.

Insistimos en que el derecho a la identidad, tradicionalmente, no ha sido configurado como un derecho propio, específico y aislado de otros. Independientemente de esto, la importancia que ha suscitado en los últimos años ha provocado que los nuevos dictados legislativos vayan considerándolo como tal. De igual forma ha ocurrido en relación con el derecho a conocer los orígenes biológicos.

De acuerdo a lo anterior, vamos a recoger la normativa relativa a este derecho a la identidad de las personas.

2.- <u>Normativa relativa al derecho a la identidad</u>

Dadas las considerables diferencias de tratamiento, encontramos necesario distinguir entre la normativa estatal española, la autonómica y la internacional.

[41] Flores Rodríguez, J: “El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia”. La Ley, Derecho de familia, noviembre de 2014, pág. 2.

2.1) Normativa Estatal

En nuestra legislación nacional, el reconocimiento del derecho a la identidad como derecho independiente y expreso, ha seguido un camino lento e inconcreto. Debido a lo anterior, este derecho ha ido tradicionalmente unido de forma inequívoca a su máximo exponente: el "nombre"[42].

La Constitución Española de 1978 (CE) recoge una lista de derechos y libertades pero, entre los mismos, no reconoce de forma expresa el derecho a la identidad. El Tribunal Constitucional no ha desligado el derecho a la identidad del nombre pero ha tenido ocasión de referirse al mismo desde la perspectiva de la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dentro del marco de aplicación de la Ley 1/1982, de 5 de mayo[43], de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen.

Como veremos más adelante, en España, el derecho a la identidad ha sido configurado como consecuencia de un previo reconocimiento normativo a nivel internacional. Este reconocimiento parte de la Convención de Naciones Unidas de 1989, sobre los Derechos del Niño[44]. De ahí que, algunas de nuestras leyes nacionales se limiten a hacer una remisión genérica de los derechos del menor, aludiendo especialmente a esta Convención. Es el caso, por ejemplo, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor[45].

Independientemente de esto, el derecho a la identidad, entendido desde su parcela relativa al derecho a conocer los orígenes, no está específicamente encuadrado entre los derechos fundamentales de nuestra Constitución Española[46]. Autores como Ordás Alonso, se preguntan si nuestro Texto Constitucional posee una lista cerrada de derechos fundamentales o, si por el contrario, es posible entender que dentro del artículo 10 relativo a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, permite ampliar el número derechos que pueden ser calificados de fundamentales. Entiende la autora que

[42] La norma esencial en esta materia fue el art. 54 de la LRC de 1957. La nueva LRC 20/2011, de 21 de julio, recoge los presupuestos básicos para su imposición en el art. 51.
[43] Sentencias del T.C. 104/1986, de 17 de julio/ 85/1992, de 8 de junio.
[44] Esta Convención es parte integrante del ordenamiento jurídico español, estando en vigor desde enero de 1991.
[45] BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.
[46] Otras constituciones sí recogen este derecho de forma expresa. Es el caso de la Constitución Política del Perú (art. 2.1), o la Constitución Federal Suiza: En Ordás Alonso, M:"*El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida"*, ob. cit., pág. 6.

entre la doctrina es habitual encuadrar este derecho a conocer los orígenes dentro del artículo 10 CE. Lo anterior responde a que difícilmente puede entenderse que una persona que desconoce sus orígenes pueda desarrollar su personalidad correctamente[47]. Así lo entendemos nosotros.

Con independencia de esto, debemos tener en cuenta que la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad son derechos que arrancan como punto de partida al Título I de la CE "*De los Derechos y Libertades Fundamentales*". Ahora bien, a pesar de lo anterior, no forman parte de los Capítulos que lo integran. De ahí que no pueda otorgársele amparo, a no ser que sea vulnerado junto con otro de los derechos que sí gozan de esa protección constitucional. Estos son los relativos a los preceptos comprendidos entre el artículo 14 a 29 CE[48]. Por esta razón, algunos autores manifiestan que se ha tratado de relacionar el derecho a conocer los orígenes con otros derechos que específicamente sí constan entre los señalados. Es el caso del derecho a la igualdad, contemplado en el artículo 14 CE. Se entiende que el conocimiento del origen biológico no puede concederse a unos y negárseles a otros dependiendo de la forma de nacimiento[49]. A fin de cuentas, creemos que ellos deberían ser los últimos afectados puesto que no participaron en la decisión de su forma de nacer.

Otros autores integran el derecho a conocer los orígenes en el artículo 15 CE, relativo al derecho a la integridad. Compartimos está afirmación desde el momento en que entendemos que privar a una persona de conocer sus orígenes significa obligarle a que prescinda de una parte de su integridad moral. Autores como Ordás Alonso o González Pérez de Castro, manifiestan que en muchas ocasiones la imposibilidad de conocer los orígenes biológicos perjudica la integridad psíquica de la persona[50].

De igual forma, puede afirmarse que el derecho a conocer los orígenes biológicos se puede encuadrar en una vertiente positiva del derecho a la intimidad del artículo 18 CE. El contenido de este derecho fundamental lleva implícita la facultad de

---

[47] Ordás Alonso, M:"*El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida"*, ob. cit., pág. 7.

[48] Alegre Martínez, M.A*:" El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona*". RGD, núm. 604-605, pág. 215.

[49] Rivero Hernández, F: "De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odiévre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)". Actualidad Civil, 2003, pág. 154; Ruiz Sánchez, A: "El anonimato del donante en los supuestos de reproducción asistida". Derecho y Salud, núm. 23, Extraordinario XXII Congreso, 2013, pág. 154.

[50] González Pérez de Castro, M: "*La verdad biológica en la determinación de la filiación*". Dykinson, Madrid, 2013, pág. 245; Ordás Alonso, M:"*El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida"*, ob. cit., pág. 9.

exigir a los Poderes Públicos que tomen los cauces pertinentes para que las personas puedan conocer aspectos básicos de su propia vida personal y familiar, dando cumplimiento a la formación de su identidad[51]. En contra de lo anterior, puede razonarse que el derecho a la intimidad del progenitor biológico goza, en una posición negativa, de igual protección en este artículo, en el sentido de evitar injerencias injustificadas del Estado o de terceros en los aspectos privados de su vida propia y familiar[52].

En este sentido, cobra un protagonismo inequívoco el artículo 39.2 CE que recoge el principio de la libre investigación de la paternidad. Autores como Romero Coloma entienden que el Texto constitucional debe proteger a todos por igual[53] y, en el caso de no ser así, debería contemplarse de forma expresa. Contra esta opinión, está establecida la interpretación del T.C, que a través de la sentencia 273/2005, de 27 de octubre[54], realizó sobre este precepto. Entendió que el artículo 39.2 CE tiene como finalidad descubrir la verdad con un fin claro: hacer efectiva la obligación de los padres de asistir a sus hijos, hecho. Para ello esto lleva aparejad necesariamente el establecimiento previo de la filiación legal[55].

Durante años, el hecho de reconocer el derecho a la identidad como un derecho independiente y propio del ordenamiento jurídico español, se intentó a través de su aceptación en leyes estatales. Varios fueron los infructuosos intentos:

---

[51] Verda y Behamonte, J.R:" "*Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italianas sobre reproducción asistida*)". Diario La Ley, enero 2005, pág. 5; Ballesteros de los Ríos, M: "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes*". Revista Doctrinal Aranzadi, civil-Mercantil, núm. 17, 2008, pág. 8; Romero Coloma, M.A: "*La identidad Genética y la Intimidad. Un conflicto de derechos*". Actualidad Jurídica Aranzadi, 2009, pág. 2; Ruiz Sánchez, A: "El anonimato del donante en los supuestos de reproducción asistida". Derecho y Salud, núm. 23, Extraordinario XXII Congreso, 2013, pág. 154.

[52] González Pérez de Castro, M: "*La verdad biológica en la determinación de la filiación*", ob. cit., pág. 243.

[53] Romero Coloma, M.A: "*La identidad Genética y la Intimidad. Un conflicto de derechos*", ob. cit., pág. 2.

[54] Esta sentencia ha marcado un referente en materia de acciones de filiación puesto que resolvió sobre la inconstitucionalidad del art. 33 CC, introducido por la reforma de 1981, en la que se vulneraba el derecho a la igualdad ante la Ley del progenitor no matrimonial, cuando faltaba la posesión de estado. Finalmente, este criterio jurisprudencial ha sido adoptado con rango de Ley a través de la reforma legislativa del art. 33 introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

[55] En este sentido se expresan, Bercovitz Rodríguez-Cano, R: "*Porteros, garajes y madres desconocidas*". Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-Mercantil, 1996, pág. 3; González Pérez de Castro, M: "*La verdad biológica en la determinación de la filiación*", ob. cit., pág. 243; Cobacho Gómez, J.A, Iniesta Delgado, J. J: "*Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida*". Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 147.

.- En el año 1992, el Grupo Parlamentario Popular presentó una Proposición de Ley[56] en la que se contemplaba expresamente el derecho a la identidad del recién nacido. Esta proposición, en su artículo 1, recogía expresamente que "*Todo niño recién nacido tiene derecho al reconocimiento de su personalidad y a ser identificado inmediatamente después del parto mediante procedimientos de registro que garanticen de forma fehaciente y contrastable su identidad y su relación de filiación respecto de su madre*". En su Exposición de Motivos se contemplaba que "*Al objetivo de garantizar el derecho de todo recién nacido a la identidad, evitando la posibilidad de cambios de niños, desaparición misteriosa de recién nacidos o dudas sobre su identidad y filiación, procede conferir rango legal a las garantías necesarias para que tal derecho sea eficaz*".

Esta propuesta pretendía otorgar un reconocimiento expreso del derecho a la identidad para dar congruencia, tanto al artículo 4 de dicha Convención de los Derechos del Niño, como al contenido del artículo 39.4 de nuestra Constitución de 1978, que establece la obligación de proteger y velar por los derechos de los niños de acuerdo a los acuerdos internacionales. La parlamentaria del Grupo Popular proponente, Sra. García-Alcañiz, manifestó literalmente que "*La identidad es la determinación de un conjunto de signos biológicos y morfológicos que distinguen a un individuo de todos los demás. Es decir, es el conjunto de caracteres biológicos y no biológicos por los cuales el individuo define su personalidad y se distingue de los demás. El derecho a la identidad es el primer derecho humano del cual derivan todos los demás. Hoy por hoy, con la normativa vigente el derecho a la identidad no está garantizado*".

A pesar de lo anterior, la propuesta fue rechaza, por 154 votos en contra, y 110 a favor. Se entendió que era simple en contenido[57] y que no se remitía ni al Código Civil ni a la Ley del Registro Civil, recomendando su vinculación de forma absoluta. Se propuso como fórmula adecuada una inclusión de este derecho a la identidad en citados cuerpos legales, para su posterior desarrollo reglamentario[58].

[56] Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 225, de 18 de marzo de 1992.
[57] La réplica en contra, entre otros, la realizaron la parlamentaria del Grupo Socialista, Sra. Renau I Manén, y el parlamentario del Grupo del Centro Democrático y Social, Sr. Souto Paz.
[58] Sesión Plenaria, núm. 219, fue celebrada el 18 de marzo de 1992.

.- Dando cumplimiento a la anterior recomendación, el Grupo Popular volvió a presentar propuesta a través de la Proposición de Ley de Reforma del CC (art. 30) y de la LRC (art. 44). De nuevo esta propuesta fue rechazada por 47 votos[59].

.- La tercera Proposición de Ley se limitó a instar una reforma de la LRC de 1957, respecto a la identificación del recién nacido. Se proponía básicamente incluir en el parte médico de nacimiento la huella dactilar del niño. En Sesión Plenaria de 22 de febrero de 1994 volvió a rechazarse. En esta ocasión el motivo principal fue que, al tratarse de la inclusión de un nuevo requisito técnico de identificación, pero no de una regulación amplía del derecho a la identidad como tal, resultaba excesivo el cauce propuesto a través de una reforma legislativa[60].

.- La cuarta propuesta del Grupo Parlamentario Popular fue debatida en la Sesión del Pleno de día 15 de junio de 1994[61]. Se instaba la modificación de la LRC, en sus artículos 42, 44, y de Reglamento, en su artículo 85. Nuevamente fue rechazada.

Visto lo anterior y como venimos señalando, a pesar de los intentos, nuestro ordenamiento jurídico únicamente se limitaba a recoger expresamente como único dato de identidad, el nombre. Así se ha venido produciendo en nuestra legislación registral. Dando cumplimiento a la obligación del Estado Español de garantizar la inscripción del nacimiento del menor, recogida en el artículo 7[62] de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas de 1989[63], los artículos 40 y 41 de la Ley sobre el Registro Civil, de 8 de junio de 1957[64], recogen la obligación de inscribir los nacimientos en los que concurran los requisitos del artículo 30 del Código Civil[65]. Esto significa "*nacimiento con vida y pleno desprendimiento del seno materno*"[66]. Dicha inscripción da fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y de la filiación del inscrito. Son estos datos los que comienzan a configurar la identidad del individuo. A su

[59] Sesión Plenaria de 16 de marzo de 1993: En Garrido- Lestache Cabrera, A: "*Identificación del Recién nacido y el nuevo Código Penal*". III Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 24-26 octubre de 1996. http://www.aeds.org/congreso3.php

[60] Así lo expresó el parlamentario del Grupo Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, Sr. López Garrido.

[61] Boletín Oficial de las Cortes Generales de 16 de mayo de 1994.

[62] Artículo 7 de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989: *"El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir la nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"*

[63] Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

[64] BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957.

[65] Artículo 30 CC: "*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*".

[66] El artículo 30 CC ha sido reformado por la nueva Ley 20/2011 del Registro Civil. (Disposición Final tercera). BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

vez, el artículo 53 del mismo cuerpo legal, señala que las personas son designadas por su nombre y apellidos. El artículo 54 de esta Ley Registral ordena que en la inscripción de nacimiento se indique el nombre que se da al nacido. Es por ello que, desde el mismo momento del alumbramiento, se empieza a configurar nuestra identidad con datos tan relevantes, personales y distintivos como son el propio nombre (ninguna persona puede carecer de nombre), los apellidos y la fecha de nacimiento.

Por su parte, el Reglamento de la Ley del Registro Civil (RRC), de 14 de noviembre de 1958[67], señala en su artículo 12 que "*las menciones de identidad consisten, a ser posible, en los nombres y apellidos, el nombre de los padres, el número de documento nacional de identidad, la naturaleza, la edad, el estado, el domicilio y la nacionalidad*". Este cuerpo legal, en su artículo 167[68], establece que en la inscripción, además de los datos ya señalados (nombre, apellidos, fecha, hora, lugar de nacimiento y sexo), conste la identidad de la madre. Es en su artículo 170.3, en el que se resalta la importancia de que conste en la inscripción de nacimiento la identidad de los padres, cuando estuvieren determinados legalmente.

En esta materia es importante resaltar las Órdenes Ministeriales de 15 de noviembre de 1996 y de 10 de noviembre de 1999, de Modificación del Modelo Oficial del Cuestionario para la Declaración de Nacimiento y Registro Civil. En la primera de ellas, se exigía el respeto de un espacio reservado para plasmar las huellas de la mano del recién nacido. En la segunda, además de eliminarse la referencia marginal relativa al parto anónimo, prevista en la anterior redacción del párrafo 2º del artículo 167 RRC, se introdujeron en el cuestionario dos cuadros destinados a recoger las huellas dactilares de hijo y madre.

Con independencia de lo anterior, la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil[69], mantiene en esencia esta regulación registral relativa a los datos que deben constar en la inscripción de nacimiento. En su texto original contempló, a efectos de vigencia, una "*vacatio legis*" de tres años con el fin de poder lograr adecuar todo el sistema existente relativo a los Registros Civiles a las nuevas exigencias normativas.

[67] BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.
[68] Este artículo fue reformado como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad otorgada en la STS de 21 de septiembre de 1999, relativa a los artículos de la legislación registral española permisivos con la figura del parto anónimo, en virtud de los cuales se podía ocultar la maternidad. (art. 47 de la LRC de 1957). Esto daba cumplimiento a la exigencia del art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que respeta el derecho a conocer los orígenes biológicos, dentro del derecho a la vida privada y familiar.
[69] BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

Aunque la Ley de 1957, durante estos años ha dado muestras de una evidente calidad técnica y de su gran capacidad de adecuación a los tiempos, es lógico que las transformaciones habidas en nuestro país exigieran un cambio normativo en profundidad, con el fin de acomodar los aspectos más valiosos de la institución registral a nuestros tiempos. Es un hecho constatado que la actual realidad política, social y tecnológica es completamente distinta a la de entonces[70].

Hay que indicar que, llegado el día de entrada en vigor de esta Ley, 22 de julio de 2014, el Gobierno la pospuso por un periodo de dos años más; hasta el 15 de julio de 2015. Una vez más, llegada la fecha indicada, el plazo quedó ampliado hasta el día 30 de junio de 2017[71]. Independientemente de esto, algunos preceptos de la misma han sido modificados y puestos en vigencia con ocasión de la entrada en vigor de otras normas recientemente publicadas y vigentes. Es el caso de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil[72].

Esta nueva Ley del Registro Civil ha introducido reformas relativas a la inscripción del nacimiento y la organización del Registro Civil. Se le ha otorgado un carácter estrictamente personal y tecnológico. Merece mención especial el Título V, relativo a los hechos inscribibles. Respecto al nacimiento, se mantienen los criterios generales señalados y se ordena la remisión de los datos del recién nacido a través de un documento oficial expedido y enviado al Registro por los responsables de los centros sanitarios (arts. 45 y 46 LRC)[73]. A cada nacido se le abrirá un registro individual y le será asignado un código personal.

---

[70] Preámbulo de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

[71] Como decimos, esta nueva Ley del Registro Civil, en principio, debió entrar en vigor en fecha 22 de julio de 2014. Sin embargo, el Gobierno, a través de *Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia del Registro Civil*, en su Disposición Adicional Decimonovena, acordó posponer la entrada en vigor del texto, hasta el 15 de julio de 2015, con el consiguiente inicio de enmiendas y propuestas de modificación sobre el propio texto de la Ley (BOE de 5 de julio de 2014). Llegado el momento, una vez más, se ha establecido la prórroga de entrada en vigor posponiéndola al 30 de junio de 2017, a excepción de algunas de los preceptos que han sido modificados a través de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en al Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (en materia de inscripción de nacimiento y defunción) que entraron en vigor como consecuencia de su publicación: Artículos 44, 45, 46, 47, 49, 64, 66, 67.

[72] BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015.

[73] El artículo 42 de la Ley del Registro Civil de 1957, en relación a la inscripción de nacimiento, recoge que "*la inscripción se practica en virtud de declaración de quien tiene conocimiento cierto del nacimiento. Esta declaración se formulará entre las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al nacimiento, salvo los casos en que el Reglamento señale un plazo superior*". A su vez, el artículo 44 del mismo cuerpo legal establece que "(…) *en todo caso, el médico, comadrona o ayudante técnico sanitario*

Esta Ley, en sus artículos 50 y siguientes, reconoce expresamente el derecho a tener un nombre. El nombre y apellidos se configuran como un elemento de la identidad del individuo derivado del derecho de la personalidad y, como tal, se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género, se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno, permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos[74]. El nuevo carácter electrónico del Registro Civil no significa alterar la garantía de la privacidad de los datos contenidos en el mismo. Aunque el Registro Civil está excluido del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal[75], se presta una especial protección a los datos, en tanto contengan información que afecte a la esfera íntima de la persona. Los datos protegidos sólo pertenecen a su titular y únicamente a él le corresponde autorizar que sean facilitados. Así se contempla expresamente en el artículos 44.4, 2º párrafo, en el que se recoge que "*(…) en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último*". De igual forma, en el artículo 83.1.a), establece el acceso restringido para los casos de las filiaciones adoptivas[76]. Es precisamente ese artículo 44, en relación con el 49 del mismo texto legal, el que trata de la inscripción de nacimiento y filiación. Se exige que en esa inscripción deba constar el hecho del nacimiento, fecha, hora, lugar del mismo, así como la identidad del niño (nombre y apellidos), su sexo y, en su caso, la filiación del inscrito.

A efectos de identificación del recién nacido, podemos resaltar que nuestro sistema registral vigente ha resultado insuficiente desde el momento en que todos los

---

que asista el nacimiento estará obligado a dar inmediatamente parte escrito del mismo al encargado del Registro. En defecto del parte, el encargado, antes de inscribir, deberá comprobar el hecho por medio del médico del Registro Civil o por cualquier otro procedimiento reglamentario".

[74] Esta prevalencia del apellido paterno sobre el paterno, ya fue suprimida con ocasión de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, por la que se modificaba el orden de apellidos a través de la reforma del artículo 109 CC., y en el que se permite a los padres, de común acuerdo, decidir sobre el orden de los mismos.

[75] Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (RCL 1999, 3058).

[76] Artículo 44.4 de la Ley 20/2011 del Registro Civil: "*En los casos de filiación adoptiva, se hará constar la resolución judicial que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringido prevista en la presente Ley*"/ Artículo 83.1.a): "*A los efectos de la presente Ley, se consideran datos especialmente protegidos: a) La filiación adoptiva y la desconocida*".

datos identificadores de la propia persona, que se aportan en la inscripción, y que acompañan al sujeto, son absolutamente externos al mismo[77]. Ninguno de ellos se refiere a una parte física e inseparable del individuo[78]. Esto podría poner en peligro el principio de exactitud que rige en el Registro Civil. Se podrían encontrar divergencias entre lo inscrito y el propio sujeto. No olvidemos que hoy en día, el dato relativo al sexo del sujeto puede ser modificado registralmente, a tenor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas[79]. En aras de proteger el derecho a la identidad del individuo entendemos necesario un sistema de identificación técnico-biológico que nos proporcione siempre una identificación real que vaya en concordancia con lo inscrito. Algunas de esas técnicas suponen un examen biológico de huellas dactilares o de una muestra de ADN[80] realizado en el momento inmediatamente posterior al parto, y cuyos resultados quedarán plasmados en un documento.

En este sentido, el artículo 46 LRC de 2011, establece que la dirección de los hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios comunicará en el plazo de setenta y dos horas a la Oficina del Registro Civil que corresponda cada uno de los nacimientos que hayan tenido lugar en el centro sanitario. De igual manera, se obliga al personal sanitario que asista al nacimiento que adopte, bajo su responsabilidad, las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que establezcan de forma indubitada la relación de filiación materna, incluyendo, en su caso, las pruebas biométricas médicas y analíticas que resulten necesarias para ello, conforme a la legislación reguladora de las historias clínicas. En todo caso, se tomarán las dos huellas plantares del recién nacido junto a las huellas dactilares de la madre para que figuren en el mismo documento. En la inscripción que del nacimiento se practique en el Registro Civil, se hará constar la realización de dichas pruebas. El centro sanitario conserva la información relacionada con las mismas, sin

[77] Salvador Gutiérrez, S. "*Derecho a la identidad"*, ob. cit., pág. 1469.
[78] Garrido-Lestache Cabrera, A. "*Sistema de identificación del recién nacid*o". http:// www.Garrido-Lestache.org/?id=4. Consultado el 7 de agosto de 2014: A lo largo de la historia se han intentado buscar fórmulas y métodos físicos para garantizar la identificación de las personas. Entre ellos, algunos fueron burdos y nada éticos: En el Código de Ammurabi (40 siglos antes de Cristo), se proponía cortar las orejas a los delincuentes para facilitar su identificación. Esta costumbre fue resucitada en La Habana (Siglos XVI y XVII) y en Francia (Siglo XVIII), antes de marcarles con la flor de Lis. En otras ocasiones, como métodos de identificación idóneos en las casas Reales o Dinastías se constataban señales morfológicas particulares o marcas en la piel para permitir la identificación con el transcurso de los años. Otra técnica de identificación fue el uso del tatuaje o sistemas antropométricos o dentarios o la poroscopia.
[79] BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007 (BOE-A-2007-5585).
[80] Ácido desoxirribonucleico en el que consta nuestra identidad genética, única e irrepetible.

perjuicio del traslado de esta información a los archivos definitivos de la administración correspondiente cuando proceda.

A pesar de una exigencia estatal de identificación del recién nacido, en aras de respetar su derecho a la identidad, no se ordena una exigencia que contemple en esa inscripción el real binomio madre-hijo. Simplemente se ordena que en la inscripción conste que se ha cumplido con el requisito de identificar al bebé en los términos previstos. La prueba de identificación será custodiada en el hospital, por lo que en el registro seguirán constando únicamente datos externos del recién nacido. En cuanto al dato de exigencia de la toma de la huella plantar del bebé encontramos que la Ley no es garantista. Como veremos más adelante, esa huella plantar del recién nacido no ha resultado para los expertos[81] segura en aras de una correcta identificación. El paso del tiempo y el uso de calzado pueden llegar a causar variaciones. Los expertos en sanidad recomiendan la toma de la huella dactilar del bebé, o la toma de sangre del cordón umbilical, en contraste con una muestra de sangre del perineo de la madre. Una prueba de ADN, en caso de duda biológica, resulta reveladora en un 99,99%.

En los artículos 44 y 45 de esta nueva norma se indica que las inscripciones de nacimiento se practicarán en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmada por el declarante o declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrico-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento hospitalario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de inclusión en el parte facultativo Se exige a los hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios que comuniquen a la Oficina del Registro Civil cada uno de los nacimientos que hayan tenido lugar en el centro sanitario. A su vez, el artículo 47 establece que, para los casos en que el alumbramiento haya tenido lugar fuera de centro sanitario, o para las situaciones en que los obligados a promover la inscripción, por cualquier causa, no lo hubieren hecho, se les dará un plazo de diez días para realizar la comunicación oficial del nacimiento.

Todos estos artículos han sido reformados, en relación con el texto original de la Ley, a través del artículo 2.1 de la nueva Ley 19/2015, de 13 de julio, de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil[82].

[81] Entre los expertos en la materia se encuentran Antonio Garrido- Lestache Cabrera o Manuela Arranz.
[82] BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015.

A través de esta misma Ley de 2015, se ha reformado el artículo 48 de la nueva LRC que establece que, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España, se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. De esta forma, la nueva legislación respeta el alcance jurisprudencial obtenido en relación con el anterior artículo 47 de la LRC de 1957, reformado como consecuencia de la Sentencia del T.S, de 21 de septiembre de 1999 que declaró inconstitucionalmente sobrevenidos algunos preceptos de la Legislación Registral del momento al contravenir el derecho a la investigación de la paternidad (art. 39 CE), así como el derecho a conocer los orígenes biológicos, reconocido en Instrumentos internacionales ratificados por España (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950).

En materia de identidad, además de la Ley del Registro Civil, hay que mencionar la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica[83]. El apartado 3 del artículo 15 ha sido modificado de igual forma por la Ley 19/2015, de 13 de julio, quedando regulado de la siguiente forma:

"*Cuando se trate del nacimiento, la historia clínica incorporará, además de la información a la que hace referencia este apartado, los resultados de las pruebas biométricas, médicas o analíticas que resulten, en su caso, necesarias para determinar el vínculo de filiación con la madre, en los términos que se establezcan reglamentariamente*".

A su vez, ha sido reformado el artículo el artículo 17.1 y 2 (segundo párrafo):

"*1. Los centros sanitarios tienen obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial.*

No obstante, los datos de la historia clínica relacionados con el nacimiento del paciente, incluidos los resultados de las pruebas biométricas, médicas o analíticas que en su caso resulten necesarias para determinar el vínculo de filiación con la madre, no

[83] BOE núm. 274, de 15 de enero de 2002.

se destruirán, trasladándose una vez conocido el fallecimiento del paciente, a los archivos definitivos de la Administración correspondiente, donde se conservarán con las debidas medidas de seguridad a los efectos de la legislación de protección de datos.

2. (…) los datos de la historia clínica relacionados con las pruebas biométricas, médicas o analíticas que resulten necesarias para determinar el vínculo de filiación con la madre del recién nacido, sólo podrán ser comunicadas a petición judicial dentro del correspondiente proceso panal, o en caso de reclamación o impugnación judicial de la filiación materna".

A todo lo anterior hay que añadir que en el verano de 2015 entró en vigor la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia[84]. Esta norma realiza modificaciones, entre otras, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero. En el texto, no se hace mención alguna al derecho del recién nacido a ser correctamente identificado, ni al derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos. La única alusión que se hace a la identidad obra en el Capítulo I dedicado al "*Ámbito e interés superior del menor"*.

Hablando de los derechos del menor incluye:

"Artículo 2.Interés superior del menor (…).

2.d) La preservación de su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como a la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad".

En el artículo 3, se realiza una remisión genérica a la asunción de los derechos del menor reconocidos en los distintos instrumentos internacionales:

"*Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente de la Convención de derechos del Niño de Naciones Unidas y de la Convención de derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social*".

[84] BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

De igual forma, en el mismo mes, entró en vigor la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia[85]. Ha sido precisamente a través de esta norma por la que se han introducido en nuestro sistema jurídico importantes modificaciones relativas, entre otras, a la figura de la adopción.

En cuanto a la parcela integrante del derecho a la identidad, relativa al derecho a conocer los orígenes biológicos, ya hemos hecho mención del originario artículo 180.5 CC, que recogía literalmente que "*Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho*". Pues bien, este artículo ha sido uno de los que precisamente ha sufrido modificación como consecuencia de la entrada en vigor de esta Ley 26/2015, de 28 de julio. La nueva redacción del artículo 180.5, así como la del 6º párrafo que se añade al mismo, queda de la siguiente manera:

"5. *Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan, relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como a la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho al que se refiere el apartado siguiente.*

6. Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo ese derecho.

A los efectos, cualquier Entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen".

[85] BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

Analizando lo anterior, se desprende que el actual legislador ha querido reforzar esa norma expresa que permitió el acceso de los hijos adoptados a la identidad de sus progenitores biológicos. En primer lugar, se introduce en nuestro sistema la obligación de las Entidades Públicas de conservar la información relativa al expediente de adopción durante cincuenta años[86], no sólo de la identidad de los progenitores naturales, sino de la historia médica del menor.

En segundo lugar, a través de este refuerzo legislativo, se obliga a las Entidades Públicas a garantizar este derecho pero, de igual forma, se exige al resto de entidades privadas que colaboren con las primeras y con el Ministerio Fiscal.

Tal y como hemos expuesto, el original artículo 180.5 CC fue introducido por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional.

El artículo 12 de dicha Ley recogía lo siguiente:

"*Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan loe menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública de Protección de Menores u organizaciones autorizadas para tal fin.*

Las entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular, la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia.

Las entidades colaboradoras que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor".

Este artículo también ha sido reformado por esta Ley 26/2015, de 28 de julio. En su redacción final se elimina la exigencia de que los datos a proteger atañen únicamente a Entidades Públicas "Españolas" o de "protección de menores" (Se

[86] Ese plazo de cincuenta años responde a la exigencia del Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción, realizado en Estrasburgo, el 27 de noviembre de 2008.

suprimen ambos términos), ampliando, por tanto, el ámbito de aplicación a cualquier Entidad Pública de forma general.

Otra de las reformas que se añade, es la ampliación de la función de mediación y asesoramiento a los "organismo acreditados" que intervengan en el proceso de adopción. La generalidad de esta Ley de 2015 ha sido suprimir el concepto de "entidades colaboradores de adopción internacional" por el de "organismos acreditados para la adopción internacional". A su vez, en este caso, tanto para la adopción nacional como para la internacional, se sustituye el término "padres" por el de "representantes legales". De esta forma se amplía, por tanto, la posibilidad de que no sólo los padres legales puedan solicitar la información relativa a los orígenes del menor durante su minoría de edad, sino que cualquiera que esté representando legalmente al menor podrá hacerlo.

Como veremos detalladamente en el capítulo dedicado a la adopción, esta Ley 26/2015, de 28 de julio, ha supuesto una innegable importancia al haber recuperado para nuestro sistema jurídico la extinguida figura de la "adopción abierta". Esto, a pesar de que la institución de la adopción en España se conceptúa como irrevocable, con plena ruptura de los vínculos con la familia de origen y la plena incorporación del menor a su nueva familia, con absoluta equiparación en derechos a la natural. Esto significa que, en algunos supuestos, y mediando la correspondiente resolución judicial, se podrá establecer un régimen de visitas y comunicación entre el adoptado y alguno o algunos de los miembros de familia natural, a pesar de su nueva filiación legal adoptiva.

Estas, por tanto, son las normas expresas nacionales que reconocen el derecho de los hijos adoptados a saber y a conocer sus orígenes biológicos. Como vemos, a pesar de que nuestra legislación estatal no cuenta con una norma concreta, sí posee estas normas especiales que reconocen el derecho a saber la identidad de los progenitores naturales en casos de adopción.

En la actualidad, como consecuencia del reconocimiento, tanto internacional como nacional, del derecho a conocer los orígenes biológicos, las Comunidades Autónomas han ido dictando normas procurándose adecuarse a esa exigencia estatal.

2.2) Normativa Autonómica

Como punto de partida, teniendo en cuenta que estamos tratando la figura del derecho a la identidad de las personas, y que este trabajo versa principalmente sobre uno

de sus factores constituyentes (el derecho a conocer los orígenes biológicos), entendemos necesario analizar la normativa relativa a la correcta identificación del recién nacido. Con una exacta identificación desde el mismo instante de su llegada al mundo, su identidad quedará preservada y protegida durante toda su vida.

a) <u>Especial tratamiento de la identificación del recién nacido</u>

Si desde la perspectiva estatal no hay un reconocimiento explícito del derecho a la identidad como tal, las Comunidades Autónomas se han mostrado especialmente sensibles al reconocimiento de este derecho en el marco de las competencias exclusivas que les son propias conforme a sus respectivos Estatutos de Autonomía, concretamente en materia de protección de menores. Las legislaciones autonómicas han ido dictando una serie de normas de carácter general con el fin de dar cabida a este derecho. En algunas de ellas encontramos incluso un reconocimiento expreso del derecho a la identidad. En otras, al igual que ocurre con la LO 1/996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se limitan a reconocer de forma genérica los derechos de menor, remitiéndose a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

Entendemos absolutamente necesaria la existencia de una protección de calidad de esta identificación del recién nacido. La misma, debe estar asegurada y garantizada por la normativa española nacional y autonómica, al entender que una correcta identificación del individuo asegura su propia identidad y le permite vivir como quién realmente sabe que es. Como hemos señalado anteriormente, la nueva Ley del Registro Civil de 2011 contempla en su artículo 46 la exigencia de prueba indubitada biométrica que constate la verdadera identificación del recién nacido.

¿De qué sirve acceder al derecho a conocer tus orígenes biológicos, y a saber quiénes fueron tus antepasados, cuando tus propios datos de identidad pudieron ser alterados al nacer y, por tanto, ser erróneos?

Desde muy antiguo, siempre reservado al punto de vista legal y en especial al sucesorio, se ha querido garantizar la identidad del recién nacido desde el mismo momento del parto. El problema durante siglos fue encontrar un método de identificación que permitiera garantizar la identidad del menor sin lugar a errores. La identificación del menor en las maternidades de todo el mundo se ha venido haciendo principalmente a través de la huella plantar. Este sistema estaba reservado para neonatos

puesto que únicamente es útil durante los primeros meses de vida. Básicamente podía cumplir con la función de poder distinguir al bebé del resto de los niños con los que compartía clínica de maternidad.

Resulta fundamental para el estudio de esta materia, aplicar los resultados de investigación de Garrido Lestache[87]:

Fuera de los hospitales, en la vida civil ordinaria, el método de identificación descansa en la huella dactilar. La falta de un sistema fiable de identificación aleja la fe registral de la plena identidad. Los documentos oficiales del Registro Civil, si no van acompañados o descansan en un dato biológico irrepetible del inscrito, en realidad pueden ser aplicados a cualquier persona que comparta con la persona inscrita edad aproximada y mismo sexo. El problema central en el método de identificación de los recién nacidos se generó por la dificultad existente a lo largo de años para lograr una impresión correcta y fiable de la huella dactilar de niños tan pequeños. Al ser las crestas de los neonatos tan reducidas, era muy difícil obtenerlas y posteriormente tratarlas e interpretarlas. Fue en Argentina, país a la cabeza de la identificación por dactiloscopia, donde se promulgó la Ley de Identificación del Recién Nacido. En 1995, el Profesor Corzo, con el método grafo papilar, creó la fotografía de los diez dedos de recién nacido, para su identificación.

El sistema universal de identificación es la dactiloscopia. Las huellas dactilares se forman a los ciento veinte días de la gestación. Son idénticas a lo largo de toda la vida de la persona, aunque vayan creciendo en tamaño. Son inalterables incluso por enfermedad o voluntariedad. Estas huellas son por tanto únicas e irrepetibles. Cada falange cuenta con al menos cien marcas distintas. Se puede decir que las huellas dactilares son nuestro documento nacional de identidad y en las yemas de nuestros dedos llevamos escrita nuestro nombre antropológico desde el momento en que nacemos, hasta que morimos[88].

Una vez superado el factor tecnológico generado por esa dificultad de poder plasmar la huella de los recién nacidos, era necesario crear un documento identificativo

[87] Médico, especializado en pediatría y en técnicas de identificación humana: Garrido- Lestache Cabrera, A. "*Sistema de identificación del recién nacid*o". http:// www.Garrido-Lestache.org/?id=4. Consultado el 7 de agosto de 2014.

[88]Garrido- Lestache Cabrera, A. "*Sistema de identificación del recién nacid*o" http:// www.Garrido-Lestache.org/?id=4. Consultado el 7 de agosto de 2014.

del bebé, que comportase este dato biológico, único e irrepetible, con señas inequívocas, no sólo de su propia identidad, sino también de la madre.

La identificación debe garantizar la posibilidad de confirmar la relación del recién nacido con su madre biológica durante la estancia en el centro hospitalario en que se produzca el nacimiento. Los hospitales deben aplicar sistemas y protocolos que aseguren el binomio madre-hijo[89]. Los objetivos de una adecuada identificación y custodia de los recién nacidos son varios[90]:

.- Evitar intercambios del recién nacido en la sala de partos.

.-Evitar intercambios de del recién nacido en los nidos o en las salas de hospitalización de obstetricia.

.- Permitir la verificación de forma rápida de la identidad del recién nacido en caso de duda.

.- Permitir la comprobación de la identidad del recién nacido y de su madre en el momento del alta hospitalaria.

.- Evitar consecuencias de tipo legal al personal sanitario ante posibles intercambios de recién nacidos.

A lo largo de los tiempos, hemos tenido noticias de casos en los que hubo intercambio de bebés en los hospitales. Analizando esas situaciones, en la mayoría de ellos el error se produjo en la sala de partos, especialmente en hospitales en los que se celebraron partos simultáneos, en los que su personal sanitario no extremó las medidas de precaución recomendadas. Para evitar esto, como ya hemos indicado, existen diversos sistemas biológicos de identificación de recién nacidos. Los más aceptados son la muestra de sangre del cordón para ADN y la huella dactilar, mediante tinta o con sistemas biométricos. A pesar de esto, estos sistemas biológicos no aseguran el respeto a la verdadera identificación del recién nacido a no ser que vayan acompañados de un sistema de custodia o salvaguarda. El primer sistema de salvaguarda descansa en evitar en la medida de lo posible la separación física entre la madre y el recién nacido.

Un sistema relativamente útil, empleado en los hospitales españoles, es la colocación a la madre, previa al parto, de una pulsera con un código. En el mismo

[89] Ortiz, J, Rodríguez-Miguélez, J: "*Identificación y custodia del recién nacido*". Asociación Española de Pediatría, 2008, pág. 1. http://www. Se-neonatla.es/Portals/0/Artículos/4.pdf.
[90] Ibídem, pág. 1.

momento del parto se le pone otra al recién nacido en el tobillo con el mismo código identificador, así como en la pinza que se coloca en el cordón umbilical del bebé[91]. Este código identificador también debe constar en la pegatina que se adhiere al partograma. En el caso de que al mismo tiempo se estén realizando partos simultáneos al mismo tiempo, la recomendación es que se utilicen estos utensilios identificadores con diferentes colores.

En el caso de partos múltiples o triples, se utilizarán tantas pulseras y demás elementos identificadores, como hijos nazcan. De esta forma, en caso de parto gemelar, la madre llevará dos pulseras con dos códigos distintos.

Cuando la madre sale de la sala de partos, así como en cualquier momento que deba producirse separación física entre esta y el bebé, se recomienda comprobar que el código coincide con el que porta el bebé en su pulsera. De igual manera, debe hacerse en el momento en que reciban el alta hospitalaria.

Gracias a lo anterior, los casos de errores en la identificación de recién nacidos, no intencionados[92], han sido bastante excepcionales[93].

---

[91] Ortíz, J, Rodríguez-Miguélez, J: "*Identificación y custodia del recién nacido*", ob. cit., pág. 2.

[92] Así ocurrió en el mediático caso, ocurrido en el año 2009, en el que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número tres de Las Palmas de Gran Canaria, a través de la sentencia de fecha 23 de marzo de 2009 (Rec. Nº 146/2005) condenó a la Consejería de Sanidad (Servicio Canario de Salud) por el daño moral ocasionado como consecuencia del intercambio de dos niñas (una de ellas gemela de otra que permaneció junto a su madre biológica) nacidas en el Hospital Nuestra Señora del Pino, en 1973. En el año 2001, una dependienta de un comercio, ante la sorpresa del gran parecido que guardaban dos de sus clientas, decidió reunirlas. Veintiocho años después de su nacimiento, ambas se dieron cuenta de que eran hermanas y comenzaron la investigación de los hechos. La sentencia determina que un error del personal sanitario de hospital provocó que una de las dos gemelas fuera intercambiada en la sala de incubadoras por otra niña, nacida tres días antes. Este hecho supuso un gran perjuicio para las cinco personas afectadas; las dos gemelas, las dos madres, y la niña intercambiada que se crio como gemela de otra con la que no guardaba ningún parecido físico, y al lado de una madre ajena. A través de la sentencia de referencia, la gemela separada de su madre fue indemnizada en concepto de daños morales con 360.000 euros. A su vez, la gemela que permaneció junto a su madre biológica y las otras dos afectadas (la otra madre y la hija separada de ésta) fueron indemnizadas con 180.000 euros. Este asunto causó una gran polémica, hasta el punto de que la escritora norteamericana, Nancy L. Segal (psicóloga y experta en gemelos) escribió un libro narrando la historia: "*Someone Ese´s Twin: The true story of babies switched at birth*", Prometheus Books, New York, 2011. http://www.elmundo.es/elmundo/2009/03/31/espana/1238508455.html.

[93] No incluimos en esta excepcionalidad los casos conocidos como "*niños robados*" que desgraciadamente se produjeron en nuestro país en multitud de maternidades, durante las décadas comprendidas entre los años 60 y 90, y que en la actualidad están generando una importante alarma social por la envergadura del asunto. En relación a este tema, también nuestra reciente legislación está adoptando medidas, resultantes de esa dura experiencia. En el Preámbulo de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa, en su apartado IV, se recoge que "*En cuanto a la seguridad en la identidad de los recién nacidos, se ha tenido en cuenta la alarma social causada por el drama de los "niños Robados" para lo que la Ley incide en la seguridad de identificación de los recién nacidos y la determinación, sin ningún género de duda, de la relación entre la madre y el hijo a través de la realización, en su caso, de las pruebas médicas, biométricas y analíticas necesarias". También se han*

Para evitar lo anterior, algunas de las Comunidades Autónomas que tienen asumidas competencias en materia de sanidad o de protección de menores, establecieron para los nacimientos en centros hospitalarios un documento de identidad infantil que recoge las huellas dactilares del recién nacido. Como ya hemos hecho referencia, a través de las Órdenes Ministeriales de 15 de noviembre de 1996, y de 10 de noviembre de 1999, de Modificación del Modelo Oficial del Cuestionario para la Declaración de Nacimiento en el Registro Civil, se ordenó incluir en la parte final del modelo oficial del cuestionario, un apartado en el que se recogieran las huellas dactilares de la mano del nacido y, finalmente, con ocasión de la segunda de las Órdenes, dos apartados en los que quedaran plasmadas las huellas dactilares, tanto del hijo como de la madre. Así se ejecuta la competencia que las autoridades y cámaras legislativas tienen atribuidas en materia de sanidad para dictar normas concretas de identificación del recién nacido; para garantizar, por medios físicos, la identidad de éste.

Sin embargo, esto no puede generalizarse dado que ese apartado reservado a las huellas dactilares, únicamente deberá ser complementado cuando la legislación autonómica de la comunidad autónoma en la que ha nacido el niño le obligue a ello. En mayor o menor medida, las legislaciones autonómicas existentes en España, recogen el derecho del menor a ser identificado.

Hay que hacer mención en este punto a las "*Recomendaciones de la Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva"*[94], publicadas por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, en el año 2011. En el punto 3.3.4.2 se trata la "*Identificación del Recién nacido*". Este documento expresa como uno de los objetivos de una guía de buena salud sexual y reproductiva, garantizar el derecho de las personas recién nacidas a estar debidamente identificadas desde el momento de su nacimiento. Para ello entiende necesario establecer las medidas necesarias para esa correcta identificación así la regularización de un registro único de la persona nacida con entidad propia en el mismo momento del nacimiento. En esta Estrategia se recomienda:

1.- Garantizar la verificación de forma rápida de la identidad del recién nacido en caso de duda.

---

multiplicado los controles para el caso de fallecimiento de los nacidos en centros hospitalarios tras los primeros seis meses de gestación".
http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427063522?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content .Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DBalance_del_Servicio_de_Informacion_a_afectados_por_la_posible_sustraccion_de_recien_nacidos.PDF

[94] http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/ENSSR.pdf. (págs. 111-114).

2.- Asegurar la comprobación de la identidad del bebé y de su madre en el momento del alta.

3.- Aplicar modernización tecnológica, en la medida de lo posible, que facilite la identificación, la recogida de datos y su explotación para lo que sería aconsejable la adecuación de un registro único de partos y nacimientos con la finalidad de disponer de una fuente de información única y fiable.

4.- Es recomendable la existencia de equipos, embolsados y sellados, que incluyen una pulsera para colocar en la muñeca de la madre, una pulsera para el tobillo o muñeca del recién nacido, una pinza de cordón con una pequeña etiqueta y una pegatina para colocar en el partograma. Los diferentes elementos comparten el mismo número o código de barras. La identificación de la huella dactilar de la madre junto con la identificación de la huella plantar del neonato no ha mostrado una buena fiabilidad al nacimiento".

Es evidente que se está logrando un avance en técnicas de identificación del recién nacido. Las Comunidades Autónomas españolas están implantando mejoras tecnológicas que aseguren una mayor fiabilidad en la correcta identificación. En junio de 1996, la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid puso en marcha una iniciativa[95] que apartaba la tradicional identificación del bebé a través de la huella plantar. Según los resultados de ese plan piloto, las huellas dactilares otorgan una fiabilidad de identificación del 80%, frente al 25% que arroja la huella plantar. Garrido Lestache, quien intervino en esta investigación, recogió 5.000 huellas dactilares de bebés con el fin de demostrar a las autoridades sanitarias y policiales que este tipo de huellas permanecen intactas frente a las del pie que, con el paso del tiempo, se alteran con el crecimiento y la adaptación del calzado.

En virtud de lo indicado, apostamos por la exigencia de imponer a nivel nacional la técnica de identificación neonatal de la gota de sangre. Únicamente, a través de esta vía, podremos garantizar la fiel identificación de la que, en realidad, parte todo el estudio relativo al derecho a la identidad de la persona.

[95] Criado, A: "*La huella dactilar es tres veces más fiable que la del pie para identificar bebés*". http://elpais.com/diario/1999/06/19/madrid/929791464_850215.html. Consultado el 7 de septiembre de 2014.

b) <u>Regulación concreta de las Comunidades Autónomas en materia de identificación del recién nacido, así como del derecho a la identidad.</u>

En relación a la regulación que nuestras Comunidades Autónomas, hay que indicar que algunas de ellas se han limitado a normar las reglas de identificación del recién nacido. Otras, además de lo anterior, se han dedicado a concretar su normativa específica relativa al derecho a la identidad de forma global, y al derecho a conocer los orígenes biológicos de forma especial.

Hay que destacar que es tendencia en nuestras autonomías proponer y ofertar el procedimiento de la mediación como cauce para resolver los conflictos derivados de esta cuestión.

Haciendo un desglose de lo anterior, destacamos lo siguiente:

1.- <u>LA RIOJA</u>:

En el caso de la Comunidad de La Rioja, aunque la vigente Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja[96] no es tan explícita[97], en la derogada Ley 4/ 1998 de 18 de marzo, del Menor de la Comunidad Autónoma de La Rioja[98], constaba este derecho de forma más específica. Su artículo 9[99] consideraba incluidos dentro del derecho a la identidad del menor el nombre, la nacionalidad, el derecho a conocer la ascendencia familiar mediante las acciones de filiación (en cuanto a la filiación adoptiva garantiza el secreto de los expedientes) y el derecho del niño a ser correctamente identificado en el momento de su nacimiento.

2.- <u>CATALUÑA</u>:

El derecho catalán, en esta materia, ha sido de suma importancia, convirtiéndose, en nuestra opinión, en una referencia.

En la Comunidad Autónoma de Cataluña existe un reconocimiento expreso del derecho a la identidad. El proceso legislativo en relación con la protección del menor se

[96] BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2006.
[97] Artículo 9 Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de la Rioja (vigente): "En los centros o servicios, públicos o privados, en los que se produzcan nacimientos se establecerán las garantías necesarias para la inequívoca identificación de los recién nacidos".
[98] BOE núm. 79, de 2 de abril de 1998.
[99] Artículo 9 Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor de la Comunidad Autónoma de la Rioja (derogada): "*Derecho a la identidad y a la nacionalidad*". Comprende como derechos mínimos: El derecho a un nombre, a una nacionalidad y a conocer su ascendencia familiar mediante el ejercicio de las acciones de filiación. No obstante, la Ley garantiza el secreto en los expedientes que conducen al establecimiento de una filiación adoptiva. También reconoce el derecho a ser correctamente identificados al tiempo de su nacimiento.

basa en el reconocimiento de los derechos individuales y colectivos de los menores previstos tanto en la Constitución Española (CE) de 1978, como en los acuerdos y tratados internacionales, en especial en la Convención de Naciones Unidas de 1989.

En cuanto a la legislación relativa a menores, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, y de Regulación de la Atención Especial a los Adolescentes con Conductas de Alto Riesgo Social[100], fue modificada por la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y Adolescentes[101].

La normativa relativa a la adopción que figuraba en dicha Ley de 1991, fue modificada, primeramente, por la Ley 9/ 1998, de 15 de julio, del Código de Familia Catalán[102] y, posteriormente, por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y Familia[103].

El artículo 235-49 CC catalán recoge:

"*Derecho a la información sobre el propio origen*".

1.- *El adoptado tiene derecho a ser informado sobre su origen.*

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

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

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

5.- Los derechos reconocidos en los apartados 2 y 3 deben ejercerse sin

[100] BOE núm. 146, de 19 de junio de 2002.
[101] BOE núm. 207, de 30 de agosto de 1995. Vigente hasta el 2 de julio de 2010.
[102] BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998.
[103] BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

detrimento del deber de reserva de las actuaciones.

Por su parte, el artículo 235-50 de este Código catalán recoge el contenido relativo a la obligación de los padres adoptantes, en relación con su hijo de adopción, de su deber de comunicarle su realidad personal: "*Los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés del menor*"[104].

A su vez, la Ley 14/ 2010, de 27 de mayo, de Derechos y Oportunidades en la Infancia y Adolescencia[105], ha supuesto un notable avance en la materia. Regula, en sus artículos 3.4 y 4.1, la necesidad de adecuación de la normativa a los tratados y acuerdos internacionales, y entre otros, al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es en su artículo 30 donde hace una mención concreta al derecho a la identidad. En el apartado 1 de este precepto se recoge que "*los niños y adolescentes tienen derecho a su identidad personal y sexual, y a tener un nombre y una nacionalidad, desde su nacimiento"*. De igual forma, en el apartado 2 establece el derecho de los niños y adolescentes a conocer su origen genético, y a sus padres y parientes biológicos. De igual forma, en el apartado 3, se les reconoce el derecho a solicitar de las Administraciones Públicas competentes la documentación que les permita acreditar su identidad.

De igual forma, hay que mencionar que, la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña, fue derogada con ocasión de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado[106]. En su artículo 2.1. d), esta norma prevé expresamente la mediación en materia de filiación, adopción o acogida, así como las situaciones que surjan entre el hijo adoptado y su familia biológica, o entre familia biológica y adoptantes, en el ejercicio del derecho a conocer los orígenes biológicos.

Recientemente, ha resultado de indiscutible importancia la entrada en vigor del Decreto 169/2015, de 21 de julio, por el que se establece el Procedimiento para facilitar el Conocimiento de los Orígenes Biológicos[107]. El objeto de este Decreto ha sido regular el procedimiento que proporcione la ayuda necesaria a las personas adoptadas

[104] La fijación del origen biológico del adoptado no comporta el establecimiento de una filiación respecto a sus padres biológicos sino que, exclusivamente se limita al derecho de poder conocer su propia historia: en Tamayo Haya, S: "*La cuestión de la pluriparentalidad: de la lógica sustitutiva a la lógica adicional*". Ponencia presentada al XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, Mar de Plata, octubre 2012.
[105] BOE núm. 156, de 28 de junio de 2010.
[106] BOE núm. 198, de 17 de agosto de 2009.
[107] DOGC núm. 6919, de 23 de julio de 2015 (en vigor desde el 12 de agosto de 2015).

que inician la búsqueda de sus orígenes. A través de sus artículos 1.1, 1.2 y 3.1, se encarga a las Administración Pública catalana la tarea de orientar, apoyar, acompañar y, si procede, mediar en ese proceso de búsqueda. De igual forma, se les exige tomar las medidas pertinentes y conservar los datos sobre los menores adoptados con el fin de poder garantizar su derecho a conocer los orígenes biológicos.

A través de sus artículos 3.2 y 5.1, se recoge que la información relativa a los orígenes podrá incluir la identidad de los progenitores y de los elementos necesarios de la historia personal y familiar del adoptado, así como sus antecedentes culturales y sociales. Para ello, se añade que, habrá de contar con la edad y condiciones de madurez del niño para proporcionar la información correspondiente. Para esto se incluye la intervención profesional (artículo 5.2).

El Capítulo II de este Decreto, se dedica al procedimiento de búsqueda de los orígenes biológicos. A través de su artículo 6 se da legitimación a los mayores de edad y emancipados para acceder al expediente de referencia. Se les permite realizar este derecho tanto ante entes públicos como privados que dispongan de la información. En el artículo 7.1 se otorga la competencia para tramitar los procedimientos de búsqueda a la Generalitat de Cataluña.

Hay que destacar que en el artículo 10, se determinan los datos que van a quedar excluidos en el proceso. De esta forma, se hace referencia a los datos de localización de la persona buscada, a menos que se obtenga su autorización de forma expresa. De igual forma, se excluyen los datos personales de los profesionales que intervinieron en el procedimiento de adopción, o de separación respecto de sus progenitores. Por último, quedan excluidos los datos relacionados con terceras personas ajenas a la historia personal del interesado.

En este decreto se hace alusión a un procedimiento confidencial de mediación en el que se prestará el acompañamiento técnico necesario para poder conocer a las razones de la separación que sucedieron en su día, aclarar las posiciones enfrentadas y, en el caso de que proceda, poder preparar el encuentro (artículo 14).

En el caso de que haya conflicto entre los interesados, se podrá solicitar el procedimiento de mediación general, acorde a la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado.

3.- <u>PAÍS VASCO</u>:

Esta Comunidad ha sido destacada en tomar medidas en relación con la identificación de los recién nacidos. A través del Acuerdo del Parlamento Vasco, de fecha 6 de marzo de 1998[108], se aprobó la Proposición no de Ley sobre la identificación de recién nacido. Esto suponía una experiencia innovadora en relación con las tradicionales técnicas de identificación del recién nacido (pulsera identificadora y huella plantar del bebé). Se estimó que estos métodos existentes eran insuficientes. Por ello, después de un periodo de experiencia en el Hospital de Cruces de Bilbao, propusieron combinar el método de la pulsera con la identificación de ADN. Este método consiste en la extracción de una gota de sangre del cordón umbilical tras la separación de la madre y el neonato. La gota se plasmaría en un papel especial y se cubriría con un plástico adhesivo transparente en presencia del padre, madre o ambos. De esta forma el Servicio Público Vasco se convertía en el primero de España, y de Europa, en adoptar estas medidas[109].

La anterior Proposición de Ley fue iniciativa del Grupo Parlamentario Izquierda Unida. Después de un largo debate, en sesión de 20 de febrero de 1998, se aprobó la propuesta en la que se instaba al Gobierno Vasco a que, en un plazo no superior a seis meses, realizara una evaluación de esa experiencia habida en el Hospital de Cruces. El Gobierno Vasco elaboró un informe a través del Departamento de Sanidad sobre el "*Plan de implantación de la identificación del recién nacido en Osakidetza a través del ADN*", el cual fue remitido en fecha 15 de julio de 1998 al Parlamento Vasco.

En este Plan de Implantación se estableció que la identificación del recién nacido debe realizarse en la misma sala de partos mediante la combinación de las dos técnicas:

1) <u>Pulsera de identificación</u>: En todos los casos se debe realizar la identificación del recién nacido mediante la puesta de una pulsera homologada cuya colocación debe permitir la identificación del niño en primera instancia durante la etapa de ingreso postnatal.
2) <u>Identificación mediante huella de ADN</u>: Esta técnica se realiza tomando

[108] Boletín núm. 156, de 6 de marzo de 1998, sobre el Derecho a la Identificación del Recién Nacido. Pág. 13657.http://www.parlamento.euskadi.net/BASIS/izaro/webx/cm-bopvc/DDW?Wboc-clave=,05110201021619980306013657&R=N. Consultado el 10 de abril de 2012.
[109] http://elpais.com/diario/1998/07/16/sociedad/900540003_850215.html. Consultado el 26 de agosto de 2015.

una muestra de sangre del cordón umbilical en el momento de la separación del bebé (será necesario el consentimiento de los padres)[110]. Esta muestra se deposita en un papel de filtro adhesivo rotulado previamente en el que se ha fijado un recuadro en la historia clínica (antes destinado a la huella plantar). Esta muestra se recubre y sella con un adhesivo transparente sobre el que se rubrica una firma. Todo este proceso se realiza en la misma sala partos en presencia de los padres del recién nacido. En el caso de que el nacimiento se haya producido a través de cesárea se debe mostrar a la madre el recién nacido y la prueba de su identificación.

El objetivo de esta prueba es la posibilidad de identificación de la persona, a través del contraste entre esta muestra y su ADN, en los casos en que se produzca duda al respecto. Esto significa que únicamente se acudirá a esta prueba de contraste, de forma excepcional (al igual que ocurría en relación con la valoración por experto de las huellas dactilares). Esto indica que, en ningún caso, estas pruebas de contraste de ADN servirán para informar sobre paternidades o maternidades o, para estudiar códigos genéticos. Esto procesos deberán llevarse a cabo según los trámites establecidos respectivamente.

La Propuesta de puesta en marcha de este Plan se estableció para el mes de octubre de 1998. A su vez, La Dirección de Asistencia Sanitaria, en fecha 22 de septiembre de 1998, dictó una Instrucción dirigida a los hospitales del Servicio Público de Salud entre las que se encontraban las siguientes instrucciones:

.- Los Hospitales deben garantizar que los recién nacidos permanezcan en todo momento junto a su madre durante el ingreso hospitalario, salvo en casos excepcionales en que esté médicamente indicada la separación.

.- Se acordó que a partir del 1 de octubre de 1998, previo consentimiento informado, se realizará en la red de hospitales de Osakidetza la identificación mediante el método de la huella de ADN a todos los recién nacidos. Este método sustituye a la huella plantar y sólo en los casos en los que no se preste el consentimiento a la

[110] En este Plan de Implantación se informa de que, en relación con la experiencia habida en el Hospital de Cruces de Bilbao, de los 3.200 nacimientos celebrados en el año 1997, únicamente hubo 3 negativas, achacadas a la cuestionable información que sobre esta prueba de identificación recibieron los familiares. Ante esta negativa se acudió a la identificación tradicional del recién nacido a través de la técnica de la huella plantar. Hay que indicar que durante los primeros meses del proyecto experimental en Cruces, no se tomaron los consentimientos necesarios para la extracción de la muestra por lo que se vulneró el Artículo 22 del Convenio Europeo de Bioética de 1997 y fue necesario adoptar medidas para salvaguardar esta ausencia.

extracción de la gota de sangre, se mantendrá este método.

.- Se mantendrá paralelamente el sistema de identificación de pulseras.

.- La muestra de sangre deberá custodiarse de forma especial, separada de la historia clínica de la madre. Será destruida pasados tres años.

En junio de 2014, el Departamento de Salud del Gobierno Vasco y Osakidetza ha puesto en marcha un protocolo para reforzar la seguridad de los recién nacidos y minimizar el riesgo de separación del bebé de sus progenitores. Se aboga por que todos los cuidados, exploraciones y pruebas necesarias se hagan "a pie de cama", sin separar a la madre del recién nacido. En el caso de que, por la exigencia en sí de la propia prueba, debe realizarse en otro lugar o, en definitiva, implique algún tipo de traslado, la madre, padre, u otro familiar del recién nacido acompañarán en todo momento a este en la realización de la misma.

En relación con el derecho expreso a conocer los orígenes biológicos, la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar[111], en su artículo 5.3, establece que en el supuesto en el que las personas adoptadas deseen ejercer su derecho al acceso a la información de su filiación biológica[112], podrán acceder a un procedimiento confidencial de mediación, conforme se señala en el artículo 84 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia[113].

4.- <u>ANDALUCÍA</u>:

A través de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor[114], se reconoce expresamente el derecho a la identidad. En el Título I, Capítulo II, artículo 5 se recoge:

1. "En los centros de atención sanitaria en los que se produzcan nacimientos se

[111] BOE núm. 212, de 3 de septiembre de 2011.
[112] En este sentido hay que destacar que, en mayo de 2015, la Diputación de Guipúzcoa ha aprobado un programa de pautas para que los adoptados puedan conocer sus orígenes biológicos. Para ello se requiere que el expediente de adopción esté en manos de la Administración Pública. Al tiempo, se proporciona, de manos del Departamento de Asuntos Sociales de la Diputación, el acompañamiento psicológico necesario, así como un servicio de mediación correspondiente. La Diputación ha informado de que en la última década, 345 personas solicitaron la búsqueda. De ellas, 150 fueron hijos adoptados, 23 madres que buscaban a sus hijos y 83 fueron descendientes de adoptados que querían saber quiénes eran sus ascendientes. En este programa se recalca que, en relación con los encuentros celebrados entre parientes, "*la satisfacción ha sido en general alta y la mayoría ha continuado en contacto*". http:// www.elmundo.es/pais vasco/2015/05/21/555e188e46163ffa248b459.html. Consultado el 11 de enero de 2016.
[113] BOPV núm. 59, de 30 de marzo de 2005.
[114] BOE núm. 150, de 24 de junio de 1998.

establecerán las garantías necesarias para la inequívoca identificación de los recién nacidos.

2. Cuando quienes se hallen obligados legalmente a promover la inscripción del nacimiento de un menor en el Registro Civil no lo efectúen, las Administraciones Públicas de Andalucía adoptarán las medidas necesarias para lograr tal inscripción".

Por su parte, el Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, por el que se regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo, y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad[115], recoge en su artículo 10 la identificación de los menores de edad:

"1. Las personas menores de edad, ingresadas en centros sanitarios, tienen el derecho a que se respete su identidad y se garantice su identificación, mediante el uso de su nombre y de elementos externos de reconocimiento, a lo largo de todo el proceso asistencial.

2. En todos los centros hospitalarios existirá un procedimiento normalizado con plenas garantías para la identificación de los niños y niñas recién nacidos durante su permanencia en el ámbito sanitario.

3. Finalizado el parto se procederá, en presencia de una persona-testigo, a la aplicación de un sistema de identificación madre-hija o hijo, y que estará compuesto por los elementos externos de identificación. En el supuesto de ser necesario, se empleará un sistema de registro de pruebas biológicas.

4. En el momento del alta de la persona recién nacida se realizará la comprobación sistemática de la identidad de la misma, mediante los elementos colocados externamente".

La Junta de Andalucía, a través del Servicio Andaluz de Salud (Servicio de Obstetricia) ha editado el "*Documento de Información clínica específica para la recogida y conservación de muestras sanguíneas destinadas a la identificación del recién nacido*"[116], en el que se prevé, primeramente, un espacio reservado para la etiqueta identificativa. Seguidamente, se informa de que "*Los hospitales del Servicio*

[115] BOJA núm. 244, de 16 de diciembre de 2005.
[116]http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/hinmaculada/web/servicios/tcg/documentos/consentimientos%20informados/OBSTETRICIA/Muestra%20sangre%20RN.pdf

Andaluz de Salud garantizan la identificación del recién nacido a través de varios procedimientos que se aplican de forma simultánea:

.- Colocación de pulseras identificativas para la madre y el recién nacido.

.- Emisión de una tarjeta de identificación.

.- Toma de muestras sanguíneas de la madre y el recién nacido.

En el propio documento se informa que la extracción de la muestra se utilizará únicamente ante la existencia de una duda genética en la relación materno-filial. La toma de la misma deberá hacerse en el propio paritorio, ante la presencia de un testigo. Estas muestras se conservarán en condiciones adecuadas en el propio hospital y serán destruidas en el plazo de un año. En ningún caso se les dará uso con el fin de averiguaciones de paternidad u otros fines distintos. Para la toma de muestra se debe prestar consentimiento expreso y, ante la negativa, se llevarán a cabo los métodos identificativos restantes (pulsera, tarjeta, huellas et…).

De esta forma Andalucía cuenta con un sistema de alta garantía[117] en lo que respecta al derecho del recién nacido a ser correctamente identificado.

En materia de derecho a conocer los orígenes biológicos, la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía[118], en su artículo 1.1.f), establece la mediación como cauce para los conflictos que puedan surgir entre la familia adoptante, el hijo adoptado, y la familia biológica en la búsqueda de orígenes biológicos.

5.- <u>MURCIA</u>:

La Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia en la Región de Murcia[119], a través de su artículo 7 reconoce expresamente el derecho a la identidad del niño. En el párrafo primero recoge que "*Todo niño deberá ser registrado desde su nacimiento y tendrá derecho a un nombre y a una nacionalidad*". En el párrafo segundo establece que "*Las maternidades públicas y privadas de la Región de Murcia dispondrán de*

[117] A pesar de este sistema garantista con el que cuenta Andalucía, en diciembre del año 2013, hubo un caso de intercambio de bebés en el Hospital Materno-Infantil de Málaga. En el mismo momento del parto, la madre pudo tener en sus brazos a su hija recién nacida. Una vez en la habitación del hospital, la madre veía a la niña distinta. Le extrañó que en el paritorio le había parecido que la niña guardaba un gran parecido con su otro hijo. En la habitación, en cambio, le pareció que el bebé al que estaba amamantando era distinto. Fue en el momento de cambiar el pañal, cuando descubrió el error. Le habían entregado un niño en vez de a su hija. http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/12/11/andalucia/1386779843_207173.html.
[118] BOJA núm. 50, de 13 de marzo de 2009.
[119] BOE núm. 131, de 2 de junio de 1995.

constatados sistemas de identificación de los recién nacidos y sus padres biológicos, al objeto de preservar el derecho infantil a la identidad y evitar, por consiguiente, su intercambio y su tráfico ilícito".

Actualmente los hospitales murcianos[120] se han sumado a la técnica de la gota de sangre del bebé y de la madre. Además de los medios relativos a pulseras identificativas, pinza umbilical, igualdad de código y tarjeta identificativa del bebé, esta Comunidad Autónoma ha optado por el avance de la muestras de ADN por su alto grado de garantía en la identificación.

6.- <u>MADRID</u>:

En la Comunidad de Madrid, la materia relativa la identificación del recién nacido se trata a través de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia. En su artículo 11 recoge "*Todos los niños, niñas y adolescentes de la Comunidad de Madrid tienen derecho: a) A ser correctamente identificados en su nacimiento, de acuerdo con los métodos más avanzados y precisos, mediante un documento de identificación infantil que se entregará, inmediatamente tras el alumbramiento, al padre o a la persona designada por la madre (…)*".

Ese documento de identificación infantil debe ser expedido con las condiciones y requisitos que reglamentariamente se determinan por el centro sanitario en el que haya tenido lugar el parto. Esta obligación deriva de la regulación relativa a los pacientes sanitarios del artículo 23 de la Ley de Autonomía del Paciente, y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica[121].

En esta Comunidad se ha optado por un sistema de identificación que potencia la importancia de las de huellas dactilares. Aboga por un documento de identificación infantil en el consta la identificación del niño y sus huellas dactilares, así como las de su madre. De esta manera, Madrid se ha colocado a la cabeza de esta materia, dando una mayor protección al menor.

En cuanto a la fiabilidad de la técnica identificativa de las huellas dactilares, vamos a hacer referencia a un estudio realizado en el Hospital Universitario de

[120]Programa de Seguridad del Paciente en la Región de Murcia. http://www.murciasalud.es/pagina.php?id=183163&idsec=4974
[121] BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

Fuenlabrada de Madrid en el año 2009[122]. Este estudio constó de tres fases:

1.-Recogida aleatoria de 30 muestras dactilares de madres e hijos, durante los días 1 y 30 de septiembre de 2009, impresas en una sola hoja de papel blanco con un tampón comercial de tinta. Las huellas maternas fueron tomadas del dedo índice. Las huellas de los recién nacidos fueran tomadas de los dedos índice y medio, o de la palma de la mano. Las muestras fueron tomadas de ambas manos y en el mismo paritorio, después del nacimiento.

Estas huellas fueron enviadas a la Comisaria General de la Policía Científica (Sección de Identificación Lofoscópica) de Madrid, con el fin de analizar su calidad y validez para identificar al recién nacido y vincularlo con su madre.

2.- A partir de marzo de 2010, además de la huella dactilar, se comenzó a realizar la identificación materno-filial a partir de las extracciones de sendas muestras de sangre, de madre e hijo. Esas muestras fueron plasmadas en el mismo documento con el fin de, en el caso de ser necesario, pudiera realizarse un estudio de ADN. Durante los días 1 y 31 de marzo de 2010, se recogieron en el paritorio las muestras de sangre relativas a 10 parejas de madres e hijos (20 muestras), seleccionados de forma aleatoria.

En este caso, esas muestras fueron enviadas a un laboratorio de biología molecular de Barcelona con el fin de averiguar si era posible identificar a esos recién nacidos en relación con sus verdaderas madres biológicas.

3.- En el mes de junio de 2010, la Policía Científica de la Comunidad de Madrid, realizó una visita al Hospital con el fin de que analizara 20 muestras de huellas dactilares tomadas por las propias matronas del centro en el momento correspondiente a los nacimientos. A los niños se les tomaron las huellas del dedo índice y medio de la mano derecha, y a las madres las del dedo índice de la misma mano. Las muestras se realizaron utilizando el medio usual utilizado por el hospital, un escáner digitalizado con lector de huellas. Se pretendía descifrar si esas muestras gozaban de calidad suficiente en la función identificadora[123].

Los resultados de este estudio, consistente en el estudio lofoscópico realizado por la Policía científica de las huellas dactilares (60 muestras), junto con el estudio del

[122] Sanz Díaz, M.C, Espinal Ramón, M.I, Domínguez Luna, A, Fernández Muñoz, S, Cardesa Sabio, F, Hernández Prieto, M: "*La identificación del recién nacido: asignatura pendiente*". Matronas Profesión, 2012, pág. 68. Original-identificación-vol.13-3-4-pdf.

[123] Sanz Díaz, M.C, Espinal Ramón, M.I, Domínguez Luna, A, Fernández Muñoz, S, Cardesa Sabio, F, Hernández Prieto, M: "*La identificación del recién nacido: asignatura pendiente*", ob. cit., pág. 68.

laboratorio de biología molecular, respecto a las muestras de sangre y ADN (30 muestras), arrojaron las siguientes conclusiones:

.- De las 30 muestras de huellas dactilares, plasmadas con papel y tampón de tinta: 13 fueron identificables, 9 carecían de valor identificativo completo y 8 fueron identificables a pesar de su deficiente calidad técnica.

.- De las 30 muestras de huellas dactilares tomadas a través de escáner digital, ninguna de ellas tenía un valor identificativo de calidad.

.- De las 30 muestras de sangre, el laboratorio concluyó que ninguna de ellas había sufrido contaminación y en la totalidad de los casos analizados se respondía a la relación biológica entre la madre y el correspondiente hijo. El contenido de ADN en cada muestra había sido suficiente para poder realizar la identificación plena.

En conclusión, el resultado de este estudio determina que la recogida de huellas realizadas en los paritorios por profesionales no preparados para ello, arroja la duda de si en España realmente se está garantizando la identificación real del recién nacido. La toma de huellas de un recién nacido plantea más problemas que en caso de adultos puesto que los bebé realizan movimientos involuntarios además de un reflejo palmar y restos sanguíneos que derivan en una plasmación borrosa. En contra de lo anterior, la identificación del recién nacido a través de la extracción de muestra de sangre y ADN se ha mostrado factible y segura. El ADN de una persona permanece inalterable en el tiempo y es único e inmutable. Permite una custodia y conservación aún en situaciones desfavorables. Su análisis es rápido y arroja una gran exactitud.

Tal y como ya hemos expuesto anteriormente, en esta línea favorable a la identificación a través de muestras de ADN, se han postulado las Comunidades Autónomas de País Vasco y Andalucía.

Con independencia de lo anterior, seguimos sin tener legislación nacional que marque pautas de calidad sobre las exigencias necesarias para una correcta identificación biológica de la persona que le permita desde su nacimiento contar con una identidad única a salvo de errores.

Por otro lado, a través de la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid[124], en su artículo 8.d) se remite a la mediación como cauce de acercamiento para la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica en la

[124] BOE núm. 153, de 27 de junio de 2007.

búsqueda de orígenes del adoptado, al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores, de acuerdo con lo previsto en la legislación estatal en esta materia.

7.- <u>GALICIA</u>:

La Ley 3/1997, de 9 de junio, de la Familia, la Infancia y la Adolescencia[125] realiza en primer lugar una genérica remisión a la Constitución Española y a la Convención de Naciones Unidas de 1989. Es en su artículo 8 en el que recoge que "*A los efectos de la presente Ley se consideran como derechos de la infancia y de la adolescencia sujetos a una especial protección y tutela por los poderes públicos de Galicia los siguientes: (…) c) El derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad. Los poderes públicos habrán de adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para velar por el cumplimiento de este derecho y para garantizar al niño o a la niña o al adolescente o a la adolecente la preservación de su identidad. En este sentido los centros sanitarios, públicos o privados, en que se produzcan nacimientos o se operen técnicas de reproducción asistida dispondrán de las garantías suficientes para asegurar la inequívoca identificación de los recién nacidos o concebidos*".

8.- <u>CANTABRIA</u>:

La Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y la Adolescencia[126], derogó la anterior Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y la Adolescencia[127] al amparo de la necesaria adaptación en materia de menores a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y con la intención de asumir los tratados internacionales d los que España es parte, en especial la Convención de Naciones Unidas de derechos del Niño den 1889 y el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993.

Esta Ley de 2010 incorpora los principios básicos del contenido de la anterior de 1999, pero con la intención de incorporar los avances adquiridos por la experiencia vivida con ocasión de la misma.

De esta forma, en el Capítulo II dedicado a los "*Derechos Específicos"*, en su artículo 15 reconoce expresamente el "*Derecho a la Identidad*":

[125] BOE núm. 165, de 11 de julio de 1997.
[126] BOE núm. 19, de 22 de enero de 2011.
[127] BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1999.

1.- "*Dentro del marco legislativo vigente, que reconoce a las personas menores el derecho a la identidad, la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria realizará las siguientes actuaciones:*

a) Establecer las garantías necesarias para la inequívoca identificación de la persona menor en el centro sanitario en el que se produzca el nacimiento".

b) Adoptar las medidas necesarias para la inscripción en el Registro Civil, después de su nacimiento, en los casos en los que quien tienen la obligación real de promover tal inscripción no lo hagan.

c) Prestar la asistencia y protección apropiadas cuando sea privado ilegalmente de alguno o todos los elementos de su identidad".

A su vez, en el Capítulo III dedicado a la "*Acción protectora de las Administraciones Públicas*", en su artículo 40, recoge los "*Derechos Específicos de las Personas Menores Protegidas*". Establece que "*las personas menores sujetas a medidas de protección serán titulares de los derechos reconocidos en esa Ley con carácter general, en el resto del ordenamiento jurídico, y especialmente de los siguientes derechos*:

l) A acceder a su expediente, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representados por sus padres, madres o tutores, y a conocer los propios orígenes no teniendo otras limitaciones que las derivadas de la necesidad de mantener el anonimato de las personas denunciantes de la situación de desprotección y de respetar la legislación vigente en materia de adopción".

En cuanto al derecho del nacido a ser identificado en el momento de su nacimiento, el Decreto 23/2007, de 1 de marzo, de Derechos de la Madre, el Padre y el Recién Nacido, en Relación con el Nacimiento en el Ámbito Sanitario[128], en el artículo 2.3.c), dentro de los derechos de la madre, relacionados con la intimidad, recoge el derecho de ésta a tener al recién nacido a su lado desde el momento del nacimiento y durante toda la estancia hospitalaria, siempre que la salud de ambos lo permita. A su vez, en el artículo 3.b relativo a los derechos del recién nacido le reconoce el derecho a no ser separado de su madre en ningún momento, salvo causa justificada o a estar desde

[128] BOC núm. 54, de 16 de marzo de 2007.

el momento del nacimiento en compañía de su padre o persona que lo sustituya, en el caso de que la madre no esté en condiciones de hacerlo. En el artículo 5 se establece que el recién nacido tiene derecho a ser correctamente identificado desde su nacimiento para lo cual, las maternidades dispondrán de contrastados sistemas de identificación de los recién nacidos y sus padres biológicos, al objeto de preservar el derecho infantil a la identidad y evitar, por consiguiente, su intercambio y su tráfico ilícito.

En esta Comunidad, el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, en el año 2014, reforzó el sistema de identificación de recién nacidos al igual que ya hicieran comunidades como el País Vasco o Andalucía. Ha insertado la incorporación del sistema de "*gota de sangre*", consistente en la recogida de muestras sanguíneas del cordón umbilical del bebé y del periné de la madre[129]. Este método sustituye al de identificación del recién nacido a través de la impresión de las huellas dactilares de los dedos índice y medio de la mano derecha que, como ya vimos, se mantiene en la Ley del Registro Civil.

Para la toma de las muestras de sangre debe contarse con el consentimiento del interesado. Estas se incorporan al documento, en el que figura el número de la historia clínica, el número de paritorio o quirófano en el que se produjeron el parto o la cesárea correspondiente, fecha y hora del parto, número de orden en el libro de registro de partos y firma de la matrona que realizó la toma de la muestra en el momento del nacimiento.

Con tal fin, el hospital cuenta con un kit de identificación del recién nacido que consta de la pinza umbilical, dos pulseras (una para la madre y otra para el recién nacido) y tres etiquetas adhesivas en color. Todos estos elementos poseen el mismo código de barras. Las pegatinas serán plasmadas en el partograma, en la historia del recién nacido y en el libro de registro de partos.

Con esta medida se garantiza el vínculo biológico entre la madre y el hijo y, en ningún caso serán utilizadas para investigación de la paternidad.

De acuerdo a lo anterior, el Hospital Cántabro ha suscrito una de las recomendaciones sobre la identificación del recién nacido en España de la Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, del Ministerio de Sanidad, Política Social e

[129] http://www.eldiariomontanes.es/cantabria/201505/11/valdecilla-refuerza-sistema-identificacion-20150511000959-v.html. Consultado el 11 de mayo de 2015.

Igualdad, publicada en 2011[130].

La Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria[131], no recoge expresamente la posibilidad de utilizar esta vía para facilitar el encuentro entre el hijo adoptado y su familia biológica, o, de igual forma, respecto a los posibles conflictos que puedan surgir entre la familia adoptante, el hijo o la familia biológica. Sin embargo, a través de los artículos 4 y 21, podríamos encuadrar esta materia, al referirse a materias disponibles para las partes involucradas.

9.- <u>COMUNIDAD VALENCIANA</u>:

Actualmente, la legislación valenciana, pionera en la materia, es una de las más comprometidas y respetuosas con el derecho a la identidad y, por ende, con el derecho a conocer los orígenes biológicos.

En Valencia, la Ley 7/1994, de 5 de diciembre[132], de la Generalitat, de la Infancia, se recogía una mención genérica de los derechos del menor. En su artículo 3, se recogía que "*La protección integral de la infancia, la prevención de riesgos y la defensa y garantía de sus derechos reconocidos por la Constitución y por los acuerdos internacionales que velan por su efectividad, constituyen una responsabilidad indeclinable de todos los agentes que interviene en la atención a la infancia y son los principios rectores de la actuación de los poderes públicos y de las relaciones del adulto con el niño*".

Esta Ley fue derogada con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia[133], de la Comunitat Valenciana. Se aconsejaba la adaptación de la situación del menor a los cambios introducidos por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor. A su vez, se instaba una adaptación al Convenio para la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, celebrado en La Hay en fecha 29 de mayo de 1993.

Esta Ley, en su Título II, recoge la Carta de Derechos del Menor de la Comunitat Valenciana. Dedica su Capítulo I al reconocimiento genérico de los derechos

[130] http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/ENSSR.pdf, págs. 111-114. Consultado el 12 de mayo de 2015.
[131] BOE núm. 99, de 26 de abril de 2011.
[132] BOE núm. 21, de 25 de enero de 1995.
[133] BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008.

fundamentales y libertades públicas del menor. En su artículo 7.1 establece que "*Los niños y adolescentes gozarán, en la Comunitat Valenciana, de los derechos que la Constitución Española y los Tratados Internacionales firmados por España reconocen a las personas por el mero hecho de serlo y, en especial, de los derechos reconocidos en la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, sin que pueda darse discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra condición personal, familiar, económica o social*".

Una novedad importante es que esta Ley, en su artículo 10, incluido en el Capítulo II dedicado a los "*Derechos Genéricos de la Infancia y Adolescencia*" reconoce de forma expresa el derecho a la identidad:

"1. Todo menor tiene derecho a una identidad, a un nombre digno y a una nacionalidad. A tal efecto, en los centros sanitarios y hospitales donde se verifiquen nacimientos deberán establecerse las garantías suficientes para la inequívoca identificación de los recién nacidos".

En su artículo 11 se reconoce el derecho al conocimiento de los propios orígenes. A tal fin la Ley establece que la Generalitat garantizará el derecho de los menores que hayan sido adoptados a conocer sus propios orígenes, en los términos establecidos en la legislación específica que regula la materia.

Además de lo anterior, a través de su artículo 36.2, esta norma se ha encargado de reconocer el derecho del recién nacido a ser correctamente identificado en el momento de su nacimiento. No determina un método concreto sino que se limita a recomendar la utilización de los instrumentos de identificación que a tal efecto garanticen este derecho.

Hay que destacar que, uno de los avances más importantes en relación con el derecho a conocer los orígenes biológicos, tuvo ya lugar con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Valencia[134]. A pesar de no haber llegado todavía a nuestro ordenamiento jurídico la Ley de Adopción Internacional de 2007, ya se contempló el problema derivado de los hijos adoptados que buscaban sus orígenes naturales. De esta forma, el Preámbulo de esta Ley recoge literalmente que, "(…) el

[134] BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2001.

incremento de los últimos años de la demanda de búsqueda de sus orígenes biológicos por lo hijos adoptados aconseja la mediación, como marco idóneo para canalizar el posible encuentro (…)". En este sentido, las Cortes Valencianas adoptaron, el 16 de febrero de 2000, el acuerdo unánime de que el Gobierno Valenciano facilite al máximo la información necesaria a las personas y familias que traten de conocer su identidad real biológica. La mediación preparará a las partes para realizar el posible encuentro.

En el artículo 13.1.b), se recoge expresamente la mediación como cauce para realizar el posible encuentro entre el hijo adoptado y su familia de origen.

10.- <u>CASTILLA Y LEÓN</u>:

Especial nombramiento dispensa la regulación de esta Comunidad. La Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción y Atención a la Infancia[135], en su artículo 14, ya reconoce expresamente el derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes biológicos. El artículo 45.k) contempla el derecho del menor a conocer su historia personal y familiar y el derecho a acceder al expediente correspondiente[136]. En su artículo 108, refiere los servicios de mediación familiar con el objeto de poder hacer efectivo ese derecho.

Entre otras disposiciones concernientes a la defensa de ese derecho, se encuentra el Decreto 37/2005, de 12 de mayo por el que se regulan los procedimientos administrativos en relación con la adopción de menores.

Hay que destacar la importancia del Decreto 58/2014, de 11 de diciembre[137], por el que se aprueba el Catálogo de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma. En su Código 24.4, se regula de forma especial el Servicio de Mediación para el encuentro entre personas adoptadas y sus familiares. De igual forma, es de interés la Orden FAM 1990/2005, de 10 de noviembre, en la que se regula la habilitación y autorización de profesionales, y la inscripción y autorización de entidades para dispensar los servicios de asesoría y de mediación en el ejercicio del derecho de las personas adoptadas a conocer los propios orígenes.

---

[135] BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2002.

[136] En esta Comunidad se proporciona el servicio de mediación y asesoramiento, especializado en la búsqueda de orígenes biológicos de las personas adoptadas. A través de la Administración se proporciona información sobre la solicitud, trámites correspondientes y actuaciones necesarias a llevar a cabo para entrar en el servicio. http://www.tramitacastillayleon.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionesElectronica/es/Plantilla100Detalles/1251181054765/_/1264142153693/Tramite. Consultado el 3 de enero de 2015.

[137] BOCyL núm. 239, de 12 de diciembre de 2014.

A pesar de que en esta Comunidad su Ley1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar[138], por su época de entrada en vigor (anterior a la Ley de Adopción Internacional de 2007), no recoge expresamente la utilidad de este cauce en materia de derecho a conocer lo orígenes biológicos, tampoco descarta, en virtud de la amplitud de su artículo 1, que pueda ser utilizado como vía ideal para solventar conflictos entra las partes o, incluso, como opción para fomentar el encuentro.

11.- <u>CASTILLA LA MANCHA</u>:

La Ley 5/2014, de 9 de octubre de Protección Social y Jurídica de la Infancia y Adolescencia de Castilla la Mancha[139], a través de su artículo 91, obliga a la Administración a la conservación de toda la información relativa a los orígenes del menor adoptado, en especial, la correspondiente a la identidad de sus padres, y la historia médica del menor y de su familia. Establece, para el encuentro entre el hijo y sus familiares biológicos, un proceso confidencial de mediación de carácter previo, con el fin de analizar la situación en la que se encuentra de las partes y la actitud que cada parte demuestra a un posible encuentro.

Con el anterior propósito se ha dictado la Ley 1/2015, de 12 de febrero del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar[140] (que deroga la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar). En su artículo 3.c), se regula la necesidad de mediación ante conflictos familiares derivados del ejercicio del menor de conocer sus orígenes biológicos.

Sin duda, esta Comunidad ha tenido presente en sus normas la importancia el derecho a la identidad y del derecho del hijo adoptado a poder conocer su verdadera historia.

12.- <u>CANARIAS:</u>

A través de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores[141], realiza una formulación genérica de los derechos del menor. En su artículo 3 recoge *"Derechos de los menores: 1. Los menores gozarán de los derechos individuales y colectivos que les reconoce la Constitución, los tratados, convenios y pactos internacionales ratificados por el Estado Español, especialmente en la*

[138] BOE núm. 105, de 3 de mayo de 2006.
[139] BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2015.
[140] BOE núm. 148, de 22 de junio de 2015.
[141] BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1997.

Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 y la Cara europea de Derechos del Niño, así como en las restantes normas del ordenamiento jurídico".

La Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias fue modificada con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 3/2005, de 23 de junio[142]. Es en su artículo 3, en el que reconoce expresamente la vía de la mediación como cauce adecuado para los conflictos que pudieran surgir entre los adoptantes, adoptado y su familia biológica en la búsqueda de los orígenes biológicos.

Lo anterior resulta interesante al recoger este derecho de los hijos adoptados con antelación a la aprobación a nivel nacional de la Ley de Adopción Internacional de 2007.

13.- <u>ASTURIAS</u>:

La Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor[143], en su artículo 7, reconoce y garantiza los derechos del menor a través de una remisión a la Constitución, al resto del ordenamiento, y a los acuerdos y tratados internacional, especialmente a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

El Decreto 46/2000, de 1 de junio por el que se desarrolla el reglamento de Acogimiento Familiar y Adopción, perdió vigencia como consecuencia de las nuevas regulaciones internacionales y nacionales en materia de adopción. Fruto de lo anterior, de dictó el Decreto 14/2010, de 3 de febrero de primera modificación del Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores[144].

Al igual que ocurre con muchas de las Comunidades Autónomas, En el Principado de Asturias, a través de su Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar, concretamente en su artículo 3.d), se propone la mediación para solventar los posibles conflictos relacionados con los hijos adoptados y sus familias biológicas.

14.- <u>ISLAS BALEARES</u>:

La Ley 7/1995, de 21 de marzo, de Guarda y Protección de los Menores Desamparados[145], en su Exposición de Motivos, hace referencia a la configuración general de la protección de los menores del artículo 39 CE y hace remisión a la

[142] BOE núm. 177, de 26 de julio de 2005.
[143] BOE núm. 94, de 20 de abril de 1995.
[144] BOPA núm. 34, de 11 de febrero de 2010.
[145] BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1995.

Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

El Decreto 40/2006, de 21 de abril, regula el procedimiento de acogimiento familiar, de adopción, y de determinación de la idoneidad de adoptantes y acogedores[146].

A su vez, la Ley 14/2010, de 9 de noviembre, de Mediación Familiar de Islas Baleares, en su artículo 4.f) contempla la mediación para solventar conflictos que deriven de "*cuestiones relativas a la adopción o al acogimiento*". Desarrollando lo anterior, el artículo 5.g) de dicha norma, otorga legitimación para solicitar la mediación a "familias adoptantes, hijos adoptados y familias biológicas". Está claro que las cuestiones derivadas del ejercicio de la búsqueda de sus orígenes biológicos, por parte de los adoptados, podrán solventarse a través de la figura de la mediación.

15.- <u>ARAGÓN</u>:

La Ley 12/2001, de 2 de julio de la Infancia y la Adolescencia[147] se encarga de la protección de los menores. Esta Ley fue desarrollada por el Decreto 188/2005, de 26 de septiembre de Procedimiento Administrativo de la Adopción Nacional e Internacional, el cual fue íntegramente derogado por el Decreto 190/2008, de 7 de octubre[148].

En esta Comunidad, lo más sorprendente en relación con el derecho del menor a conocer los orígenes biológicos, se produjo con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 9/2011, de 24 de marzo de Mediación Familiar[149]. En su artículo 5.g), a pesar de establecer que la mediación será objeto de aplicación ante conflictos derivados del ejercicio del hijo adoptado a conocer sus orígenes biológicos de su familia de origen, añade literalmente "*Salvo en supuestos debidamente justificados, en los que esté en peligro la vida o integridad física o moral de la persona adoptada, no se podrá facilitar la identidad de los padres biológicos hasta que no se disponga de su autorización expresa*". Esto provoca que se deje en manos de los padres biológicos la decisión de poder acceder a su identidad.

Lo anterior es absolutamente contradictorio, no sólo con el artículo 180.6 CC, sino de igual forma con la regulación prevista en la citada Ley de Adopción

[146] BOIB núm. 62, de 29 de abril de 2006.
[147] BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2001.
[148] BOE núm. 174, de 23 de octubre de 2008.
[149] BOE núm. 115, de 14 de mayo de 2011.

Internacional y con los Instrumentos internacionales ratificados por España y que forman parte de nuestro derecho interno en virtud del artículo 96 CE.

16.- EXTREMADURA:

En Extremadura la protección de los menores está regulada en base a la Ley 4/1994, de 10 de noviembre de Protección y Atención a Menores.

El Decreto 142/1996, de 1 de octubre, regula el régimen jurídico y el funcionamiento y habilitación de Entidades colaboradoras en materia de adopción internacional.

A través del Decreto 5/2003, de 14 de enero[150], se regulan las medidas sobre el acogimiento y la adopción familiar, así como los criterios de valoración de los adoptantes y acogedores. En Extremadura se ofrecen a través de la Junta, servicios post-adopción para los posibles conflictos a ayudas que puedan requerir las familias.

17.- NAVARRA:

En materia de protección de menores, la Ley Foral 12/2005, de 5 de diciembre, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia[151], se limita a recoger, en su artículo 18, el derecho del recién nacido a ser correctamente identificado con plenas garantías. Esta Ley derogó el Decreto Foral núm. 90/1986, de 25 de marzo, en materia de adopción.

2.3) Reconocimiento internacional del derecho a la identidad

a) Instrumentos internacionales:

Como ya hemos indicado, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre[152], aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, declara en su artículo 1 que "*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*". Como decíamos anteriormente, precisamente por esta igualdad de todos los seres humanos, surge la necesidad de tener un elemento diferenciador que nos haga diferentes del resto. De esta forma, el artículo 6 de dicha Declaración protege el derecho de toda persona "*al reconocimiento de su personalidad jurídica*". Este Instrumento recoge la concepción de Rousseau sobre la igualdad de todos en el nacimiento y la preexistencia de los derechos humanos respecto al Estado.

[150] DOE, núm. 14, de 1 de febrero de 2003.
[151] BON núm. 149, de 14 de diciembre de 2005.
[152] http://www.un.org/es/documents/udhr/

Ya se ha dejado constancia de que el ser humano tiene su propia individualidad y aspira a ser uno mismo, distinto y diferente de los demás. El medio por el que se obtiene lo anterior es la identidad, entendida como el conjunto de caracteres por los cuales el individuo define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes.

Una de las principales cuestiones que se han planteado desde el inicio del proceso del reconocimiento de los derechos del hombre, ha sido establecer precisamente cuáles deberían ser esos derechos. Los derechos humanos no son una propiedad exclusiva de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, ni, por otro lado, en ella se encuentra una relación de números clausus. A pesar de establecer una lista concreta, no recoge de forma expresa ni el derecho a la identidad ni el derecho a poseer un nombre. Consecuencia de lo anterior es que, evidentemente, esta lista se ha ido ampliando con ocasión de la promulgación de otros instrumentos internacionales. Señala García de Enterría que "*Ante todo, el reconocimiento internacional de ciertos derechos y libertades como fundamentales tiende a configurar un estándar mínimo de protección de toda persona y a imponer el respeto de esos mínimos esenciales a todos los ordenamientos jurídicos nacionales. En segundo lugar, cual sea el contenido de ese estándar mínimo es una cuestión de carácter histórico*"[153]. Citada ampliación se ha logrado como consecuencia de la firma de Pactos internacionales de Derechos Humanos. Esto es lo que sucedió en la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, en la que se consideró que el niño "*necesita protección y cuidados especiales, por su falta de madurez física y mental*". Se les reconocen una serie de derechos entre los que se encuentra el derecho a tener un nombre desde su nacimiento.

No debemos pasar por alto lo establecido en el "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", dictado por el Consejo de Europa, en Oviedo, el 4 de abril de 1997. En su artículo 1, dispuso que las partes 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 la aplicación de la biología y la medicina".

De igual manera se hizo a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

[153] García de Enterría, E: "*El sistema europeo de protección de los derechos humanos*". Civitas, Madrid, 1979.

Políticos y, destacadamente, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. Estos instrumentos internacionales, en virtud del artículo 96[154] de nuestra Constitución Española de 1978, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.

El artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966[155], ordena que "*Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre*".

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989[156], dispone en su artículo 7 que los Estados parte quedan obligados a garantizar que el niño "*será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*". Es, por tanto, este precepto el que, además de señalar el derecho a tener un nombre, recoge literalmente el derecho a conocer a los padres.

De igual forma, el artículo 8 de la Convención establece lo siguiente:

"1. Los Estados partes 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 partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

En consecuencia, ya contamos con un instrumento legal expreso, vinculante para los Estados firmantes[157], que aunque se refiera únicamente a los derechos del niño,

---

[154]Artículo 96 de la Constitución Española de 1978: "Los *Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional*".

[155] Ratificado por España el 27 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril de 1977)

[156] Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York 20 de noviembre de 1989. BOE 313, de 31 de diciembre de 1990. (BOE-A 1990-31312).

[157] Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989: "*La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General en fecha 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño*".

recoge en esencia la protección obligada del derecho a la identidad[158]. El vocablo "niño" es entendido como el menor de dieciocho años de edad[159], salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. El hecho de que sólo se refiera al niño no es impedimento para poder entender que este derecho sea reconocido a todo ser humano. La razón de esta referencia exclusiva al menor descansa en que es un sujeto que "por su falta de madurez física y mental", necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". No es óbice para que este derecho no sea reconocido a todo ser humano. Enfatiza en la figura del niño por ser este un ser vulnerable y encontrase en una etapa fundamental para su desarrollo.

Esta Convención es el instrumento legal que nos ha señalado algunos de los elementos integradores del concepto de identidad; nombre, nacionalidad y padres concretos. No sólo está formada por estos sino que, de igual forma, están presentes otros elemento integradores del mismo como son la cultura, raza, lengua, etnia, religión, recuerdos personales o ámbito social. Junto a todos estos no debemos olvidar que la identidad de cualquier persona está formada de igual manera por su aspecto físico, su imagen etc…

A través de esta Convención surge el derecho a la identidad como derecho sustantivo independiente de los demás elementos integradores del ser humano. Este derecho a la identidad propia descansa en lo que podemos denominar la identidad genética o biológica.

---

[158] Para Ordás Alonso, M., no está claro que estos artículos 7 y 8 de la Convención de Naciones Unidas de 1989 establezca el derecho del niño a conocer los orígenes genéticos. Entiende que, realidad, a lo que se refiere exactamente es al derecho a conocer a su padres y a ser cuidado por ellos. El término "padre" que utiliza el precepto puede ser interpretado tanto como padre biológico o como padre formal. Al establecer "y a ser cuidado por ello", la autora interpreta que el precepto no se refiere tanto a un mero derecho a conocer los orígenes por el simple deseo de saber, sino a un conocimiento dirigido a determinar una filiación legal de la que deriven los correspondientes derechos y obligaciones: En "*El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida*", ob. cit., pág. 4. En relación al artículo 7 de la Convención, la sentencia del T.S, de 22 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3492), entiende que proclama que el niño desde su nacimiento tienen derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; en consecuencia, que para hacer realidad ese derecho es imprescindible establecer la filiación. En contra de lo anterior, Rivero Hernández, F., defiende que lo que quiere preservar el Convenio en realidad, es el derecho a la identidad del hijo y al conocimiento de sus padres. Establece que, independientemente de los términos imprecisos que cada estado firmante debe regular, lo importante es que se reconoce la identidad del niño como un derecho sustantivo y autónomo: En "*De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odiévre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)", ob. cit.*, pág.6.

[159] Artículo 1 de la Convención.

Prueba de que en la identidad se encuentran incluidos estos elementos característicos de las personas, es el hecho de que exista el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, núm. 57, de Estrasburgo, de 1 de febrero de 1995[160]. En él se obliga a los Estados miembros a promover las condiciones necesarias para permitir que los individuos que pertenecen a esas minorías mantengan y desarrollen su cultura, así como a que preserven los elementos esenciales de su identidad, entendiendo por tales la religión, la lengua, las tradiciones y el patrimonio cultural.

En lo que se refiere al ámbito europeo es de obligada cita, por la importante relevancia que ha dado al derecho a la identidad, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), del Consejo de Europa. En fecha 4 de noviembre de 1950, se firmó en Roma la Convención Europea para la salvaguardia de los derechos fundamentales y libertades. Se trata del correlativo europeo del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de la ONU. España lo ratificó en fecha 4 de octubre de 1979. Esta Convención ha sido completada con la adición de protocolos adoptados entre los años 1952 y 1994. El propio Convenio prevé un mecanismo de control a través de cuatro órganos: Secretario General del Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En realidad, este Convenio no realiza ninguna mención expresa al derecho a la identidad pero, como veremos, el TEDH, a través del artículo 8, lo ha entendido reconocido[161].

En el caso de España, el artículo 10.2 CE, establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de acuerdo a los tratados y acuerdos suscritos por España en la materia. Esto se entiende con referencia a las interpretaciones que realiza el TEDH. En la Convención Europea se hace constar en el preámbulo que los Estados parte expresan su propósito de asegurar la garantía colectiva de ciertos derechos enumerados en la Declaración Universal. Entre ellos, no se hace mención expresa al derecho a la identidad. Esto, en principio, implicaría que el derecho a la identidad estaría excluido de los mecanismos de protección de los derechos humanos establecidos en la Convención de Roma. La cuestión descansa, por tanto, en descifrar si debe reconocerse un derecho

[160] En España entró en vigor el 1 de febrero de 1998 (BOE núm. 20, de 23 de enero de 1998).
[161] Ordás Alonso, M: *El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida*", ob. cit., pág. 6.

no declarado expresamente en ningún artículo de la Convención. En relación con lo anterior, habrá que analizar si en tales supuestos ha de darse una interpretación restrictiva de la Convención que favorezca a los Estados o, si por el contrario, hay que dar una interpretación extensiva favorable a los derechos de los individuos. Es aquí donde cobra protagonismo la interpretación extensiva que de la Convención ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de resolver los supuestos planteados.

Además de los anterior, hay que tener en cuenta que el propio Convenio, en su artículo 60, establece que ninguna de las disposiciones podrá ser interpretada de forma restrictiva en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidas "*conforme a la Leyes de cualquier alta parte contratante o en cualquier otro Convenio en el que éste sea parte*".

Como decimos, en relación con el derecho a la identidad, aunque no haya encontrado una ubicación expresa en el Convenio, ha encontrado acogida en el artículo 8. Su redacción, basada en conceptos puramente indeterminados ha permitido a los órganos encargados de la aplicación del Convenio[162] (Comisión Europea de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos) realizar una brillante labor de interpretación.

Este art. 8 CEDH ha tenido una importante aplicación casuística pormenorizada con el fin de precisar qué es lo que debe entenderse por "vida privada".

El TEDH, a través de las reflexiones realizadas en relación con este precepto, ha sido fundamental en la formación y desarrollo del propio concepto del derecho a la identidad.

Este artículo recoge que:

1.- "*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2.- No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico de país, la defensa del orden y

[162] Salvador Gutiérrez, S: "*Derecho a la Identidad*", ob. cit., pág. 4.

prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás"

El TEDH en reiteradas sentencias ha implicado directamente el llamado derecho a la identidad dentro de este concepto de "vida privada". Esto lo realiza a los efectos de determinar aquellas acciones u omisiones concretas que atentan contra ese derecho reconocido en el Convenio. El concepto de "vida privada", tal y como veremos a lo largo de este trabajo, ha sido de aplicación preferencial por parte del TEDH en la mayor parte de los conflictos surgidos en relación con el derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos. Esto incluye los conflictos derivados de los nacimientos a través de las técnicas de reproducción asistida. De igual forma, esta interpretación, tal y como se verá más adelante, ha sido fundamental para solventar conflictos judiciales relativos a la gestación por sustitución.

El concepto de "privado"[163] ha venido siendo considerado como la esfera de la vida familiar y el domicilio, la integridad familiar y espiritual, el honor o la buena fama, la imagen, el derecho a disponer del propio cuerpo, el derecho a la muerte, al derecho a la vida sexual, el derecho a la identidad y a una filiación única, el derecho a la identidad y a conocer los orígenes biológicos etc.

Por tanto, el artículo 8 CEDH es el precepto que concede asiento convencional al derecho al respeto de la vida privada y familiar. Tiene como objetivo esencial impedir la injerencia arbitraria de las autoridades públicas de los Estados en la esfera personal y familiar del individuo. Se ha entendido que este artículo debe ser interpretado y aplicado a la luz de las concepciones actualmente existentes en el espacio europeo, en relación con los nuevos cambios en materia de familia, no sólo relativos al matrimonio, sino a situaciones familiares de facto donde sus miembros conviven de forma análoga.

De acuerdo a lo anterior, el TEDH ha demostrado que la mera existencia de vínculo biológico o genético no es por sí mismo suficiente para merecer la protección del artículo 8 y, de igual manera, la ausencia de dicho vínculo, no excluye la existencia del concepto de familia. Dada la falta de definición expresa de los conceptos de "vida privada" o de "vida familiar" el Tribunal, al establecer el límite entre ambos, ha hecho surgir la aparición de un único derecho: "el derecho al respeto de la vida privada y

[163] Morenilla Rodríguez, J. M: "*El derecho al respeto de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*". Jurisprudencia del TEDH. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, Madrid, 1993, págs. 289-333.

familiar"[164]. En la medida en que no existe un consenso europeo en el margen de apreciación del mismo, el TEDH estudia a través de esta interpretación la competencia o grado de injerencia que los Estados, a través de sus soberanías nacionales, pueden alcanzar. Este margen de apreciación debe aplicarse en consonancia a la existencia de un interés general en un estado democrático.

b) <u>El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a la identidad</u>.

Dentro de las sentencias emitidas por el TEDH, relativas al bien jurídico de la identidad[165], es importante destacar algunos de los asuntos que han tenido relevancia internacional y que han versado en la aplicación del art. 8 CEDH:

a) Así en el **<u>caso Marckx contra Bélgica</u>**[166], el TEDH, a través de la sentencia de fecha 13 de junio de 1979, declaró contraria a la CEDH la desigualdad sufrida por la demandante y su hija ilegítima en relación al acceso de los derechos sucesorios. Se entendieron vulnerados los artículos 14 y 8 del CEDH, relativos a la igualdad y a la vida privada familiar. El TEDH manifestó que "*El Tribunal no puede dejar en cuenta que en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos de los países miembros del Consejo de Europa han evolucionado y continúan haciéndolo, junto con los más importantes documentos internacionales, hacia el pleno reconocimiento jurídico de la máxima mater semper certa est"*. En esta sentencia hizo notables pronunciamientos: "E*l art. 8 debe aplicarse a la vida familiar de la familia ilegítima de igual forma que a la familia legítim*a". *Al proclamar en el párrafo 1º el respeto a la vida familiar de cada uno, el art. 8 supone en primer lugar que el Estado no puede interferir en el ejercicio de un derecho más que de acuerdo con los términos que estrictamente establece el párrafo 2º del mismo art. (…). Esto significa que cuando el Estado establece en su ordenamiento jurídico el régimen aplicable a ciertos vínculos familiares, tales como los que existen entre una madre soltera y su hijo, debe actuar en todo caso de forma que los interesados puedan desarrollar una vida familiar normal"*. El Tribunal concibió el

[164] Almeida, S: "*Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relaciones de familia*". Cuestiones de Derecho Internacional Privado de Familia (REFJ1001), Red Europea de Formación Judicial. Universidad de Salamanca, 14 de mayo de 2010, pág.1. http://iconline.ipliria.pt/bistream/10400.8/863/1/Resumen_familia-TEDH.pdf.

[165] Entre otras, STEDH, , de 20 de enero de 2011 (caso Haas contra Suiza, TEDH 2011/12); STEDH, de 13 de julio de 2006, (caso Jäggi contra Suiza, PROV 2006, 210705); STEDH, de 12 de enero de 2006 (caso Mizzi contra Malta, TEDH 2006, 4); STEDH, de 6 de julio de 2010 (caso Backlund contra Finlandia, TEDH 2010, 81); STEDH, de 26 de julio de 2011 (caso T.C y H.C. contra Turquía, TEDH 2011, 63); STEDH, de 12 de febrero de 2013 (caso Krisztian Barnabas T. contra Hungría, TEDH 2013, 17); STEDH, de 25 de septiembre de 2012 (caso Godelli contra Italia, TEDH 2012, 84).

[166] STEDH 1979/2, de 13 de junio de 1979.

respeto a la vida privada familiar del art. 8 desde el punto de que la existencia de garantías en los ordenamientos internos nacionales, deben permitir la intervención del menor en su familia desde el mismo momento de su nacimiento.

b) En el **caso Gaskin contra Reino Unido**[167], el TEDH, a través de la sentencia de 7 de julio de 1989, falló a favor del demandante en aplicación del art. 8 CEDH. En este asunto, el Sr. Gaskin, quien durante su infancia fue acogido por distintas familias, pretendió al cumplir la mayoría de edad poder conocer su expediente administrativo. Este expediente se encontraba en poder de los servicios sociales municipales. Ante una serie de infructuosas peticiones, la autoridad local denegó al peticionario su solicitud por entender que la información contenida en el mismo era de carácter reservado. El Tribunal alegó que "*El respeto a la vida privada exige que cualquier persona esté en condiciones de asentar con detalle su identidad como ser humano y que, en principio, la Administración no le impida, sin motivo justificado, conseguir esas informaciones fundamentales*". Se entendió que la posibilidad de acceder al expediente sustituía sus recuerdos. En relación con el reconocimiento directo del derecho a la identidad, el TEDH estimó que se había violado el art. 8 del Convenio al considerar que "*las personas que estén en la situación del demandante tienen un interés primordial, protegido en el Convenio, en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia…*".

Para el Tribunal, "*las personas que se encuentran en la situación del demandante tienen un interés primordial, protegido por el CEDH, en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia y sus años de formación. Sin embargo, hay que tener también en cuenta que el carácter reservado de los expedientes administrativos es muy importante si se quiere disponer de informaciones objetivas y merecedoras de crédito; y que, además, puede ser necesario para proteger a terceras personas. Desde este punto de vista, un sistema como el británico que subordina el acceso a los expedientes al consentimiento de los informantes puede considerarse en principio compatible con el art. 8, teniendo en cuanto el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, cuando no se consigue entrar en relación con el informante o éste niega abusivamente su conformidad, el sistema debe proteger los intereses de cualquiera que pretenda consultar datos sobre su vida privada y familiar, y señor estará de acuerdo con el principio de proporcionalidad*

[167] STEDH 1989/16, de 7 de julio de 1989.

si dispone de un órgano independiente que, en el caso de que un informante no conteste o no dé su consentimiento, pueda tomar la resolución definitiva sobre la cuestión. Ahora bien, no sucedió así en el caso de autos. Por consiguiente los procedimientos seguidos no aseguraron al seños Gaskin el respeto de su vida privada y familiar exigido por el art. 8 del Convenio. En consecuencia el precepto fue violado."

c) En el **caso Odiévre contra Francia**[168], sentencia TEDH de 13 de febrero de 2003, la demandante solicitaba el levantamiento de confidencialidad de la identidad de su madre biológica, la cual en el momento de renunciar a ella instó la ocultación de su identidad de acuerdo a la posibilidad que otorga la legislación francesa relativa al "*accouchement sous X*"[169]. Los intereses enfrentados en este asunto eran, por un lado, el derecho a conocer los orígenes biológicos y el interés vital del niño para su desarrollo, y por otro, el interés de la madre biológica de conservar el anonimato a la hora de dar a luz. Esta maternidad anónima, a diferencia de España, está permitida en Francia actualmente. Se entendió que, en este caso el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 de la Convención no protege únicamente a la demandante sino, de igual forma, a la madre biológica y a sus parientes, incluida la nueva familia, y a los padres adoptivos. Establecía por tanto el Tribunal que estaban en juego intereses de terceros. El TEDH señaló que en este caso el "interés general" descansaba sobre el hecho de que la Ley Francesa con la permisión del parto anónimo, tiene como objetivo evitar abortos clandestinos o abandonos. En consecuencia el Tribunal entendió que el margen de apreciación del que disponen los Estados para garantizar la observancia del art. 8 CEDH no había sido sobrepasado. En consecuencia, falló en contra de la demandante. Esta sentencia fue duramente criticada.

Este caso se ha convertido en un referente a la hora de tratar el derecho a conocer los orígenes biológicos. Es por ello que volveremos a su análisis a lo largo de este trabajo.

d) Otro de los asuntos de interés resueltos por el Tribunal Europeo fue el **caso Mikulic contra Croacia**[170], STEDH de 7 de febrero de 2002. En este caso la demandante demandaba las dilaciones indebidas que se habían producido durante el procedimiento judicial relativo a una demanda filiación paterna. La parte demandante alegó que se la había mantenido en un estado de incertidumbre prolongada sobre su

[168] STEDH 42326/98, de 13 de febrero de 2003.
[169] Parto anónimo con ocultación de la identidad de la madre que renuncia al hijo.
[170] STEDH 78019/2002, de 7 de febrero de 2002.

identidad por la ineficacia de los tribunales internos. Entendía que si el tribunal hubiera decidido prontamente sobre su caso, su relación familiar con su padre se podría haber establecido en una edad más temprana de su vida. El TEDH en numerosas ocasiones[171] ha entendido que los procesos de paternidad entran dentro del ámbito de protección del art. 8 CEDH. Desde su perspectiva, la noción de "vida familiar" no está confinada únicamente a las relaciones con base matrimonial sino que pueden equipararse otras "relaciones familiares de hecho" cuando se dé la constancia suficiente. En este sentido, es cierto que el Tribunal aplicaba este artículo sobre la base de que ya había existido una relación familiar. En el presente supuesto, esto no sucedía puesto que demandante y demandado nunca habían forjado dicha relación. En respuesta a este asunto el TEDH defendió que el art. 8 CEDH no únicamente protege el aspecto relativo a vida familiar sino también al de "vida privada". Esta vida privada incluye la integridad física y psíquica de la persona y puede, a veces, abarcar aspectos de la identidad física y social de una persona. El Tribunal entendió que ese derecho a la vida privada exige que todos puedan ser capaces de establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales, y que el derecho de la persona a tal información, es de gran importancia por sus implicaciones formativas de la personalidad. Por este cauce entendió de aplicación de citado art. 8.

d) En los casos **Mennesson y Labassee contra Francia**[172], el TEDH, a través de sendas sentencias de 26 de junio de 2014, aplicó el art. 8 CEDH en relación con la filiación en nacimientos habidos a través de gestación por sustitución. En ambos casos, los matrimonios Mennesson y Labassee, acudieron a Estados Unidos a celebrar un contrato de maternidad subrogada por el que una mujer gestante alumbró a sus hijas. Hay que decir que en los estados americanos donde celebraron ambos contratos (California y Minnesota) la maternidad subrogada es una técnica permitida. En ambos casos los padres genéticos eran los propios padres comitentes al haber aportado su esperma para la fecundación. A su vez, los óvulos aportados provenían de sendas donantes. Esto significa que la mujer gestante, en realidad, únicamente gestó a las niñas pero no guardaba ninguna relación genética con ellas. Después del nacimiento ambos matrimonios regresaron a Francia con sus hijas. A la hora de solicitar la inscripción de filiación a su favor en el Registro Civil francés, tal y como constaba en el certificado de

[171] STEDH 1984/17, (Rasmussen c. Dinamarca) de 28 de noviembre de 1984/ STEDH 1994/21, (Keegan c. Irlanda), de 26 de mayo de 1994.
[172] STEDH 65192/11 (Mennesson c. Francia), de 26 de junio de 2014/ STEDH 65941/11 (Labassee c. Francia), de 26 de junio de 2014.

nacimiento emitido por las autoridades estadounidenses, el registrador se negó al entender que había mediado un contrato de gestación subrogada no permitido en la legislación francesa.

El TEDH falló a favor de ambos matrimonios al entender que se había vulnerado el art. 8 CEDH. Únicamente entendió la infracción de este precepto en lo relativo al derecho a la vida privada de las menores, pero no al derecho a la vida familiar de los padres. Argumentó que este derecho no había sido vulnerado puesto que los padres y las hijas habían vivido como cualquier otra familia francesa y nada había alterado este hecho. En cuanto a la vida privada de las menores, sí entendió que es Estado francés había sobrepasado el margen de apreciación pertinente. Las niñas ante la denegación de filiación perdían su derecho a la nacionalidad francesa y los derechos sucesorios respecto de sus padres. Además se impedía por cualquier vía burocrática o judicial que la filiación pudiera quedar determinada a su favor puesto que ante la presencia de fraude en Francia queda descartada hasta la posible reclamación de paternidad genética por parte de los padres. Entendieron que esta decisión atacaba el interés superior de las menores y que, ante la defensa del interés público francés (desalentar a otras personas a que recurrieran a esta técnica reproductiva prohibida), y la defensa de los intereses de las menores (respetar su derecho a la identidad en la parcela de una filiación única), había que fallar a favor de este último. Por la importancia de estas sentencias volveremos a su análisis en la parte relativa a la gestación por sustitución.

En definitiva, el TEDH, a través de sus sentencias, ha interpretado el art. 8 CEDH en el sentido de incluir dentro del derecho al respeto por la vida familiar y privada, el derecho a la identidad; el derecho a conocer los orígenes biológicos en el sentido de salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad de cada uno. Así lo ha entendido al establecer de forma reiterada que "*el art. 8 recoge el derecho a la vida privada, y que el derecho a la identidad forma parte del mismo*". "*El respeto a la vida privada exige que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano*"[173].

c) <u>La Unión Europea</u>

La Unión Europea no cuenta con un Convenio propio en el que se recoja un catálogo de los derechos humanos dignos de protección. A pesar de esto, la

[173] SSTEDH 65192/11- 65941/11, de 26 de junio de 2014 (Asuntos Mennesson y Labasse c. Francia).

Instituciones Comunitarias han declarado su sumisión al "*respeto del derecho*" que comprende tanto el respeto a los Tratados y el Derecho derivado, como a los principios generales del derecho; y en especial los derechos fundamentales[174]. En este sentido ha sido labor destacada la del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. A su vez, la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992[175] aprobó la Carta Europea de Derechos del Niño[176] recordando a sus Estados miembros que se adhirieran sin reservas al Convenio de Naciones Unidas para los Derechos del Niño.

Por lo que respecta al derecho a la identidad, el apartado 8, punto 11) recoge que "*Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las cuales se otorgarán al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos, así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros*".

La situación cambió considerablemente con ocasión del Tratado de Maastrich[177] en el que ya se hizo referencia expresa al respeto a los derechos humanos. Lo cierto es que estas disposiciones tuvieron un alcance reducido puesto que no estaban sometidas a un control por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La Resolución de 17 de septiembre de 1996[178], sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea, afirmó que, al igual que se recoge en el Tratado de Maastrich, el respeto y cumplimiento de los derechos humanos es uno de los cometidos principales de la Unión. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales ha sido asumido por la Unión Europea como un principio a garantizar por el Tribunal de Justicia Europeo. Independientemente de lo anterior, la deficiencia más destacada del sistema institucional es la ausencia de un método de evaluación y control de los derechos humanos.

---

[174] Salvador Gutiérrez, S: "*Derecho a la Identidad*", ob. cit., pág. 5.
[175] Resolución – A3-0172/92, de 8 de julio, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño. (DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992).
[176] (LCEur 2000, 3480).
[177] Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 (BOE, de 13 de enero de 1994)- (DOUEC núm. 340, de 10 de noviembre de 1997).
[178] Resolución del Parlamento de la Unión Europea, de 17 de septiembre de 1996, sobre los Derechos Humanos en el Mundo 1995/1996 y la Política de la Unión en Materia de Derechos Humanos.

CAPITULO II

LA FILIACIÓN NATURAL BIOLÓGICA Y LA LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

1.- Cuestiones previas

Podemos definir la filiación como la relación o vínculo que une a una persona con sus dos progenitores, o con uno solo de ellos[179]. Como idea originaria, la filiación deriva del nacimiento de un hijo a través de un puro hecho biológico. Consiste en un vínculo de unión entre una persona engendrada a partir de otra. Como consecuencia de este punto de partida basado en la procreación, nuestro ordenamiento jurídico se encarga de regular la distribución de derechos y obligaciones existentes entre progenitores y procreados o, lo que es lo mismo, entre padres e hijos.

La relación jurídica de filiación, en la mayor parte de los casos, no trae aparejadas grandes complicaciones a la hora de reflejarla de forma oficial en el Registro Civil. Ahora bien, en otras ocasiones, esa determinación puede traer problemas a la hora de fijar el modo de establecerla, determinando en cada caso quién es el padre o quien es la madre del filiado.

En el tratamiento de la institución de la filiación, hasta la creación y aplicación de las técnicas de reproducción de asistida[180] en la década de los setenta, se tomaba como punto de partida únicamente el hecho biológico marcado por un acto sexual. A raíz de una relación íntima entre dos sujetos, el hijo contaba con la determinación legal de una filiación biológica en la que, como mucho, podían derivarse problemas a la hora de constatar si había existido realmente esa relación sexual entre las partes o, si fruto de

[179] Díez Picazo, L:"*Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*". Tecnos, vol. IV, 10ª, ed., 2008, pág. 223.

[180] En opinión de Tamayo Haya, S, la facultad de acudir a las vías legales de determinación de la filiación han traído un cambio en relación con los presupuestos sobre los que tradicionalmente vino conceptuándose la filiación. Matiza la autora explicando que, la distinción entre "*engendramiento*" como dato natural, y "*filiación*" como institución jurídica, arroja que el elemento necesario para determinar la filiación va a variar desde el momento en que será posible determinarla a través de un puro acto de voluntad, alejado ya de la necesidad de relación sexual o vínculo biológico: en "*Problemática jurídica de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida en el seno de las parejas del mismo sexo*", en "*Nuevos retos de la paternidad y maternidad en el siglo XXI*". Comares, 2015, pág. 1 (en prensa).

esa relación afectiva, se había efectivamente engendrado a ese hijo. De lo anterior, podían desprenderse situaciones dirigidas a la necesidad de encontrar los medios probatorios que pudieran acreditar la real existencia de esa relación sexual o, de la misma manera, si fruto de la misma se había generado ese hijo.

La dificultad de lo anterior descansaba, como es evidente, en el factor relativo a la intimidad que por lo general preside las relaciones sexuales. En otros tiempos, en los procedimientos judiciales de filiación, la parte que pretendía la determinación de una filiación a través de la interposición de la correspondiente acción de reclamación de paternidad, debía valerse únicamente, más que de prueba directa del acto sexual, de prueba indiciaria consistente en documentos o testimonios de terceros que poseían información relativa a la existencia de esa posible relación afectiva entre los involucrados. Entre la prueba documental es valiosa la aportación de fotografías, facturas de hotel o pasajes de viajes.

En relación con lo anterior, el establecimiento de la filiación partía de dos singulares premisas:

.- La primera, estaba basada en el hecho de que la maternidad siempre es posible determinarla ("*mater semper certa est"*). Esto descansaba en que, atendiendo al simple hecho del parto, la maternidad quedaba constatada. Tradicionalmente, la mujer que alumbraba era indiscutiblemente la madre de ese hijo. Esta máxima de derecho romano no admitía prueba en contrario. Sin duda, con la aparición de las técnicas de reproducción asistida heterólogas[181], este principio ha entrado en una profunda crisis. El hecho de que, gracias a la tecnología, hoy en día una mujer pueda gestar y alumbrar un hijo partiendo de la previa implantación en su útero de un óvulo aportado por otra mujer, explica el decaimiento de este aforismo. La ruptura del nexo entre lo biológico y lo genético ha supuesto que los roles de madre biológica y madre genética puedan atribuirse a mujeres distintas.

[181] Se ha convertido en opinión común la consideración de que la utilización de este tipo de técnicas ha supuesto la crisis del actual sistema basado en dos tipos de filiación: la natural y la adoptiva. Se entiende necesario introducir una nueva forma de filiación basada en la llamada voluntad procreacional, que descansa en un consentimiento informado. Así lo afirman, entre otros, González Pérez de Castro, M: "*La verdad biológica en la determinación de la filiación*", ob. cit., pág. 251; Kemelmajer de Carlucci, A, Herrera, M, Lamm, E, en "*Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*". Revista de Derecho Privado, Argentina, núm. 1, 2012, pág. 5.; Roca Trías, E:" *Filiación asistida y protección de derechos fundamentales*". Derecho y Salud, núm. 7, 1999, pág. 3. Tamayo Haya, S: "*Problemática jurídica de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida en el seno de las parejas del mismo sexo*", en "*Nuevos retos de la paternidad y maternidad en el siglo XXI*". Comares, 2015, pág. 1 (en prensa).

.- La segunda, consistía en la determinación de la paternidad. Esta venía siendo jurídicamente atribuida al varón que había realizado el acto procreador con la parturienta en un momento probable de la concepción del recién nacido. Esto, en realidad, estaba rodeado de un velo de misterio[182] puesto que la certeza no estaba asegurada. De ahí que el legislador partiera de la valoración de lo razonable a la hora de fijar sus reglas de filiación. Nos referimos a la valoración de la estadística consistente en que lo común es que el esposo sea el padre biológico de los hijos de su esposa. De lo anterior, se llegó a la regla de "*pater vero is est quem nuptiae demostrant*", establecida como la presunción de paternidad del marido. Así lo establece nuestro Código Civil que, en su artículo 116, establece 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"*. El artículo 117 CC permite destruir esa paternidad en los supuestos en que el hijo ha nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Para ello, el esposo deberá realizar una declaración auténtica en contrario, formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Respecto a lo anterior, se exceptúa que el esposo hubiera reconocido la paternidad, expresa o tácitamente, o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado con consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del mismo[183].

Hoy en día, con ocasión del avance de la ciencia y la tecnología, tanto el hecho de la maternidad como de la paternidad, pueden quedar directamente acreditados a través de una sencilla prueba. Nos referimos a la denominada prueba biológica que despeja la incógnita con efecto de acreditación directa. La fiabilidad de esta práctica, consistente en el contraste de las muestras del material genético del progenitor y el hijo, arroja un resultado prácticamente certero[184]. Se trata de la denominada prueba de

[182] Díez Picazo, L:"*Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*", ob. cit., pág. 223.
[183] Estas redacciones de los artículos 116 y 117 CC fueron introducidas por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que reformó el Texto en materia de filiación.
[184] Afirma Lorente López, Mª, C., que la prueba genética juega un papel fundamental en los procesos civiles de filiación puesto que los avances científicos han conseguido que estas pruebas arrojen resultados certeros: en "*La prueba genética y los derechos fundamentales de la persona en los procesos civiles de filiación, paternidad y maternidad*". Revista Doctrinal Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 4.

ADN[185]. El ácido desoxirribonucleico es el tipo de molécula más complejo que se conoce. Es el lugar de nuestro organismo donde reside la información genética[186]. Este material genético es el que se transmite de padres a hijos. Su estructura contiene las instrucciones que necesita un organismo para nacer y desarrollarse a partir de la primera célula. Se organiza en unidades más pequeñas llamadas genes. Fue en el año 1953, cuando Francis Crick y James Watson descubrieron la estructura en doble hélice en la que aparece el ADN. A partir de ese momento el trabajo constante de los científicos ha permitido obtener resultados de enorme valor para la sociedad[187].

En otros tiempos, además de no contar con medios tan avanzados como en la actualidad, España, en materia de filiación, aplicaba una discriminatoria tradición jurídica que partía de la radical distinción de los hijos, dependiendo de la situación civil en la se producía su nacimiento. No se daba el mismo tratamiento jurídico al hijo que nacía dentro del matrimonio de sus padres, que al que nacía fuera de él. Dependiendo de una u otra situación, el otorgamiento de derechos era distinto y, por ende, la institución de la filiación también. Al hijo nacido fuera del matrimonio se le consideraba como "ilegitimo" y al nacido dentro como "legítimo". De este dato partía la distinción de la llamada "filiación legítima" o "filiación ilegítima". La ilegitimidad llevaba aparejada una connotación peyorativa que imputaba a los hijos la forma de procreación "pecadora" de sus padres[188].

La mayor consecuencia que esto llevaba aparejado era la diferencia de organización de una serie de medidas de protección de la familia.

A su vez, dentro de la filiación ilegítima podíamos encontrar subgrupos en los que, además, aparte de estar ya reprochados por haber nacido fuera del matrimonio de sus padres, había que distinguir cuál era el motivo que había llevado a los progenitores a procrear fuera del matrimonio; si esa unión no se podía celebrar por prohibiciones o impedimentos matrimoniales, el reproche de los hijos era aún mayor. Nos referimos a hijos del adulterio o del incesto[189]. La tradición jurídica española denominaba entonces,

---

[185] Acido desoxirribonucleico.

[186] Quesada González, Mª. C: "*La prueba de ADN en los procesos de filiación*". Anuario de Derecho Civil, II, 2005, pág. 1.

[187] http://www.andaluciainvestiga.com/espanol/cienciaAnimada/sites/dna/dna.swf

[188] Díez Picazo, L:"*Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia y Derecho de sucesiones"*, ob. cit., pág. 223.

[189] Opina Durán Rivacoba, R, que ante situaciones como el incesto o aquellas situaciones en las que se daba una negligencia del padre, se ofrecían una serie de soluciones basadas en el "*favor fili*", que aminoraban un fundamentalismo fisiológico, a veces más lesivo que beneficioso. Consistía en reconocer

"hijos naturales" a los que habían nacido de padres habilitados para el matrimonio entre los que no mediaban impedimentos legales, o los "no naturales" en los que si existían esos impedimentos. La discriminación de derechos entre los subgrupos era considerable.

Dejando atrás esta antigua concepción de la filiación, se consiguió implantar en nuestro país un nuevo modelo en el que se olvidó el común y habitual vocablo peyorativo de "bastardos", con el que se identificaba a los hijos no matrimoniales.

.- En nuestro sistema de filiación se implantaron dos principios básicos imperativos:

1.- Se instauró como regla básica la igualdad entre todos seres humanos y la inadmisibilidad de cualquier idea de que lleve implícito las discriminaciones basadas en el origen familiar. Esta línea fue la que acogió nuestra Constitución de 1978. El principio básico que reordena esta organización familiar es sin duda alguna el consagrado principio de igualdad del artículo 14 CE. Nadie puede ser discriminado por razón de nacimiento.

Independientemente de lo anterior, nuestro Código Civil mantuvo y conserva la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial. Esta distinción no afecta ya a los derechos o efectos para con los hijos, sino únicamente se conserva en relación al procedimiento de acceso de cada forma de filiación al Registro Civil. De esta forma, el artículo 108 CC establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. Recoge que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial, dependiendo de si el padre y la madre del niño están casados entre sí. Establece que, tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial, como la adoptiva, surten los mismos efectos.

Por lo tanto, la única diferencia que se contempla en esa distinción es de carácter exclusivamente funcional. La filiación matrimonial quedará determinada por la inscripción en el Registro Civil del nacimiento del niño, junto la certificación del matrimonio de los padres (queda a salvo el acceso a través de una sentencia firma para los casos en que previamente se haya instado la acción de reclamación matrimonial de

---

como padre a quien se hacía cargo de esa familia. Esto significa que, en la órbita jurídica, no es necesario reputar siempre como progenitor al ascendiente carnal. En palabras del autor, "*la verdad biológica sirve como premisa básica, pero no absoluta o excluyente*": en "*El anonimato del progenitor*". Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-Mercantil, núm. 3, Parte Estudio, Pamplona, 2004, págs. 1 y 2.

paternidad y así lo haya determinado un juez). La determinación de la filiación no matrimonial, contemplada en la tradicional redacción del artículo 120 CC, establece que podrá realizarse vía reconocimiento, realizado en documento público, en testamento, o ante el Encargado del Registro Civil, o a través de la tramitación de un expediente iniciado en el Registro Civil. De igual forma, queda abierta la vía de que se determine con ocasión de la sentencia judicial dictada en un procedimiento de reclamación de paternidad extramatrimonial.

Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil[190], se ha reformado este artículo 120 CC. Se añadió un párrafo más al mismo que señala que también podrá determinarse la filiación no matrimonial "*en el momento de la inscripción del nacimiento, por declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil*".

De igual forma, el artículo 119 CC, relativo a nacimientos acaecidos con anterioridad al momento de la celebración del matrimonio, otorga la posibilidad de que la filiación adquiera el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, siempre que el hecho de la filiación quede legalmente determinado.

2.- En la misma línea, otro de los principios constitucionales protagonistas en materia de filiación fue, sin duda alguna, la inclusión del artículo 39.2 de la Constitución Española (CE). En él se establece que los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de la filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

Una novedad importantísima indiscutible fue sin duda alguna la redacción del apartado segundo de este artículo 39 CE. A través de este se instauró el principio constitucional de investigación de la paternidad: "*La ley posibilitará la investigación de la paternidad*".

Con esto se introducía en nuestro sistema la posibilidad de investigar la filiación y, en consecuencia, la opción de desvelar filiaciones antes del todo imposibles. Hasta el momento, en España se impedía la búsqueda de paternidades en defensa de los padres. Se entendía que si se permitían las investigaciones de paternidad, se corría el riego de

[190] BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015.

ver interpuestas numerosas demandas de filiación de carácter injusto, que podían tachar el buen nombre de muchos ciudadanos[191].

La introducción en la CE de los artículos 14 y 39.2, hizo necesaria la implantación de un nuevo sistema siendo necesaria una profunda revisión del derecho de familia en nuestro país. Esta se llevó a cabo a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se reformaba el Código Civil, no sólo en materia de filiación sino, de igual forma, en materia de patria potestad y de régimen económico matrimonial.

Fruto de lo anterior, hoy en día nuestro ordenamiento jurídico reconoce expresamente el derecho de las personas a investigar sus orígenes biológicos. Para ello ha instaurado un régimen de acciones de filiación:

.- Acción de reclamación de filiación:

Se encarga de constatar la determinación de una filiación a través de una sentencia judicial que así lo reconozca. Aquí será necesario distinguir entre si la filiación que se reclama es de tipo matrimonial o no matrimonial, así como si se da la existencia o no de posesión de estado entre el progenitor y el hijo.

.- Acción de impugnación de la filiación:

Esta acción tiene como fin rectificar o eliminar una filiación ya determinada legalmente en el Registro Civil. Se acciona como consecuencia de una falta de paternidad respecto al hijo filiado. De igual forma que en la acción anterior, habrá de estarse a las anteriores situaciones a la hora de interponer la acción correcta.

.- Acción mixta de filiación:

Consiste en la acumulación de ambas en un mismo procedimiento. Primero habrá que determinar si la filiación previamente constatada no es real. Una vez acreditado y acordado lo anterior podrá entrarse a conocer sobre el fondo de la

[191] Como explica Durán Rivacoba, R., como consecuencia de la conducta de los progenitores, los perjuicios recaían en la descendencia. No había en esa época anterior un margen legal para imponer a esos progenitores sus obligaciones y responsabilidades respecto de los hijos que sufrían desagravios como víctimas inocentes, triunfando un axioma de poca seriedad en una cultura moderna y avanzada: en "*El anonimato del progenitor*", ob. cit., pág. 1. En este sentido, al establecer el legislador el requisito de control de viabilidad previo de la demanda de filiación, lo que implica la aportación de un mínimo indicio de prueba sobre la relación sexual, Lorente López, Mª, C., entiende que el legislador ha querido desincentivar a personas poca escrupulosas que interpongan acciones de filiación con el objeto de conseguir otros intereses distintos que no descansen en la búsqueda de la verdad biológica: en *"La prueba genética y los derechos fundamentales de la persona en los procesos civiles de filiación, paternidad y maternidad"*, ob. cit., pág. 2.

reclamación de filiación respecto a la persona pretendida como progenitor real. Como hemos dicho, se pueden acumular ambas acciones con el fin de, previamente impugnada con éxito la filiación legalmente determinada en el Registro Civil, se rectifique con ocasión de la estimación de la acción de reclamación de paternidad instada.

El anterior sistema desvela que en nuestro país ya es un hecho consagrado la protección del derecho a conocer los orígenes biológicos de las personas. Esto significa que, por lo que se refiere a los supuestos relativos a la filiación biológica o natural, España ya cuenta con un sistema de reconocimiento legal expreso. A pesar de lo anterior, existen algunas cuestiones en su reglamentación que reflejan que ese derecho no puede entenderse como absoluto.

Nos referimos a que, en nuestra regulación relativa a estas acciones se contemplan una serie de controles y premisas que podrían calificarse de limitativos de ese derecho. Así veremos que ocurre en algunos supuestos de hecho. En conclusión, podemos entender que, los problemas que pueden limitar el derecho a conocer la verdadera filiación biológica de una persona, y por lo tanto, vulnerar en parte su ejercicio, son los siguientes[192]:

1.- El principio de control previo de viabilidad de las demandas de filiación.

2.- La negativa del demandado a someterse voluntariamente a la prueba biológica.

3.- La legitimación y los plazos de caducidad impuestos en relación con las acciones de filiación.

Entendemos necesario tratar las anteriores cuestiones de una forma desglosada.

2.- Limitaciones legislativas al derecho a la investigación de la paternidad en nuestro sistema de filiación natural

2.1.- Principio de control previo de viabilidad de las demandas de filiación

Nuestro Código Civil otorga regulación a las correspondientes acciones de filiación, a través de sus artículos 131 y siguientes. De igual forma, en relación con los

[192] Lorente López, Mª. C: *"La prueba genética y los derechos fundamentales de la persona en los procesos civiles de filiación, paternidad y maternidad"*, ob. cit., págs. 2, 3 y 5.

procesos de paternidad y maternidad, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), dedica a esta materia sus artículos 764 y siguientes.

Hay de señalar que, con ocasión de la entrada en vigor de la citada Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, se ha producido una reforma legislativa relativa a la filiación. Fruto de la anterior, han quedado modificados varios artículos del Código Civil. Destacamos la reforma del artículo 9, en sus apartados 4, 6 y 7. Estos preceptos, relativos a la ley aplicable en relación con la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza o por adopción, así como en materia de protección de menores, se adecúan al contenido del Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación, en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

De igual forma, tal y como veremos más adelante, en el apartado relativo a las acciones de filiación, quedan modificados los artículos 133, 136, 137 y 138.

Centrándonos ya en el requisito relativo al control de viabilidad previo de las demandas de filiación, como ya hemos expuesto anteriormente, partimos siempre de supuestos en los que antecede una relación sexual. El artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prácticamente reproduce el contenido del derogado[193] artículo 127 CC, establece este principio ya consagrado de los procedimientos de filiación. Este artículo fue implantado con el objeto de instaurar un sistema equilibrado[194] entre los intereses que se pretenden hacer valer en el procedimiento judicial. La valoración del principio de prueba tiene un inevitable componente subjetivo de apreciación que se encomienda al prudente arbitrio judicial, a través de un pronunciamiento razonado y no arbitrario, que finalmente dará lugar a la admisión o inadmisión de la demanda[195].

Su contenido literal recoge 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*".

Con este requisito el legislador ha pretendido claramente desalentar a posibles litigantes cuyos intereses reales no descansan en la investigación de la verdad biológica.

[193] El art. 127 CC fue derogado con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
[194] Ruiz Moreno, J. M:"*El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad*". La Ley, Madrid, 2000, pág.93.
[195] Ibídem. pág. 98.

Este es el objetivo principal de estos procedimientos de filiación pero, por el contrario, pueden darse situaciones en las que las intenciones de los litigantes descansen en otro tipo de intereses. En este sentido, el T.S., a través del Auto de 4 de febrero de 2015[196], recoge que el reconocimiento de la libre investigación de la paternidad genera el riesgo de la tramitación en procesos inspirados en propósitos no merecedores de protección jurídica. En relación con una demanda de acción de reclamación de paternidad, el Tribunal expresó en su fallo que "*La jurisprudencia, en el cumplimiento de la función que le atribuye el artículo 1 del Código Civil, ha entendido que la norma actualmente contenida en el artículo 767, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto impone un requisito de procedibilidad, ha de ser objeto de interpretación flexible, pues no trata de condicionar la admisión de la demanda a una prueba anticipada de los hechos en los que la misma se funde, ni siquiera a la inicial demostración de su verosimilitud o apariencia de buen derecho- como se exige para el otorgamiento de una medida cautelar- sino establece un instrumento-en forma de exigencia de principio de prueba, que está destinado a preservar la seriedad de este tipo de procesos; y que sin embargo, no se considera deficientemente utilizado por el hecho de que, finalmente, la demanda no resulte estimada*".

En este sentido, estamos de acuerdo en que, el control de viabilidad previo de la demanda de filiación, no puede consistir, de ninguna manera, en una prueba absoluta que busque la plena convicción de juzgador sobre la petición instada en la demanda. Para lo anterior, ya existen fases procedimentales concretas en la que se instaura el mecanismo contradictorio de la fase probatoria[197].

Hay que destacar que ha sido una práctica común necesaria durante las últimas décadas que, junto a la demanda, se acompañen como prueba documental fotografías[198], facturas de hotel, reservas de viajes y, sobre todo, el anuncio previo de la realización de prueba testifical en el plenario. En este aspecto, es usual que se anuncien los datos de identificación personal de los testigos propuestos sobre los que se interesa testimonio. De igual forma, es recomendable que se ofrezca información relativa a los hechos de los que pueden ser conocedores estos sujetos. Otra forma habitual de cumplir con ese anuncio testifical, se realiza a través de declaraciones notariales[199], realizadas por los

[196] (PROV 2015, 43487).
[197] Artículos 281 y ss. de la LEC.
[198] SAP de Málaga núm. 9/2014, de 3 de enero (PROV 2014/277887)
[199] SAP de Asturias núm. 7/2015, de 20 de enero (PROV 2015, 69915)

testigos propuestos, consistentes básicamente en recoger por escrito los hechos de los que son conocedores.

Otra opción cada vez más más utilizada es la aportación de pruebas biológicas realizadas por laboratorios privados. Es evidente que estas serán admitidas con la demanda de filiación, aunque esto no impide a las partes y al propio juez encargado del asunto, instar las correspondientes pruebas biológicas ante el Instituto de Medicina Legal, adscrito a los juzgados.

El juez decide sobre la admisión de la demanda si entiende que hay acreditado un principio mínimo de "*posibilidad de prueba*" de relación sexual entre los implicados, en el momento de la concepción de la persona respecto a la que se insta la demanda.

Independientemente de lo anterior, este control previo de viabilidad de la demanda, en la práctica real, no es estricto ni inflexible, salvo excepciones muy concretas. Como decimos, a pesar de esta flexibilidad generalizada que se da a la aplicación de este principio, recientemente el T.S, ha fallado a favor de la falta de admisión de la demanda de paternidad, en relación con algunos asuntos de gran repercusión mediática e institucional[200], por razón de la persona demandada.

Lo cierto es que, con independencia de las anteriores excepciones, hoy en día está jurisprudencialmente asentado que bastará con el ofrecimiento de la realización de determinada prueba[201], con el fin de reiterarla en el momento procesal oportuno. En nuestros tiempos, lo usual ya se ha convertido en anunciar en la demanda la solicitud de la prueba pericial biológica.

---

[200] Uno de estos asuntos de referencia es relativo a la interposición de una demanda de paternidad contra el Monarca, Juan Carlos I de Borbón, por un ciudadano español. El T.S, dictó Auto desestimando la admisión de la demanda alegando que no se acompañaba a la misma ningún principio de prueba. Lo anterior, fue acordado a pesar de que se acompañaban una serie de cartas enviadas a la Casa Real, así como una prueba de ADN parcial, realizada por un perito criminalista. En este caso, a pesar de solicitarse la realización de la prueba biológica, el T.S. determinó la inadmisión de la demanda por no aportarse principio de prueba. Con posterioridad, se interpuso recurso de amparo ante el T.C, que desestimó el mismo alegando que el recurrente no había agotado debidamente los medios de impugnación en la vía judicial, precisando que debía haber interpuesto antes el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 241. De la Ley del Poder Judicial. Además de lo anterior, se da un dato añadido; por la vecindad civil del demandante, era de aplicación el Código Civil Catalán, que no exige este control de viabilidad previo para la admisión de las demandas de filiación. El recurrente anunció su intención de acudir al TEDH. Europa Press: "*El Constitucional rechaza la demanda de paternidad de Solá contra el rey Juan Carlos*". Publicado el 15 de mayo de 2015. http://www.publico.es/politica/constitucional-rechaza-demanda-paternidad-sola. html.

[201] Señala Ocaña Rodríguez, A., que la prueba biológica, desde luego, nunca va a ser impertinente. No es inútil desde el momento en que puede lograr el resultado apetecido. Se refiere a los hechos alegados y controvertidos. Podrá en todo caso ser superflua o abundante, motivo nunca suficiente para excluirla: En "*La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 sobre filiación, desde una perspectiva procesal*". PJ, núm. 36, 1994, pág. 129.

Entendemos la lógica de lo anterior. En realidad, el principio de prueba al que se refiere el artículo 767.1, debe ser valorado por el juzgador de instancia.

Pensemos, por ejemplo, en casos de personas adultas, de treinta o cuarenta años[202], que deciden interponer la acción de reclamación de paternidad contra el que piensan que es su padre. En este supuesto podrían existir dos cuestiones que, de no ser por la flexibilidad otorgada a este principio de prueba, impediría a muchas personas acceder al procedimiento. Pensemos en casos en que la madre de esta persona ya adulta ha fallecido, está ausente o sencillamente no quiere que su hijo interponga dicha acción judicial, y en consecuencia no presta su colaboración. ¿Qué principio de prueba podría aportar ese hijo que refleje una posibilidad de relación sexual o efectiva llevada a cabo treinta años atrás? Sin duda la posibilidad probatoria sería excesivamente complicada.

Hoy en día la tecnología es muy avanzada. La toma de fotografías es una práctica reiterada en nuestra sociedad. Fotografiar todos los momentos de nuestra vida es un hecho normal. Contamos con numerosos medios tecnológicos, telemáticos y de comunicación que hacen que la difusión de nuestras fotografías sea muy sencilla. Por el contrario, hace treinta o cuarenta años, esto era mucho más remoto en uso. Entendemos que sería una labor altamente complicada para estas personas, hacerse con pruebas sentimentales relativas a tantos años atrás. La solución a estos supuestos descansa precisamente en la posibilidad jurídica de que, en la demanda, se anuncie la solicitud de la prueba biológica, sin perjuicio de ratificar su petición en el momento procesal oportuno.

En conclusión, entendemos que este requisito de control de viabilidad previo de las demandas de filiación, no atentan ni vulnera en la práctica el ejercicio del derecho de los hijos a investigar la paternidad. Lo anterior, lo decimos teniendo en cuenta que nuestros tribunales aceptan la admisión de la demanda, bastando el ofrecimiento de realización de la prueba biológica, siempre que se reitere en el momento procesal oportuno.

En nuestra opinión, la admisión de la demanda debe ser automática siempre que se obre este dato. Existiendo prueba directa que esclarezca la verdad biológica, no

[202] La acción de reclamación de filiación, en el caso de ser extramatrimonial y sin posesión de estado, en el caso de ser interpuesta por el hijo, es imprescriptible (art. 133 CC).

compartimos que, en algunos casos, especialmente fallados por el T.S[203], se haya inadmitido a trámite la demanda a pesar de anunciarse la prueba de ADN en la misma, simplemente por considerarse que no había indicio ninguno en relación a los hechos instados.

2.2.- La prueba biológica en los procesos de filiación

a) Concepto y contenido.

Hoy en día, la prueba genética de ADN juega un papel clave en cualquier procedimiento de filiación. Lo anterior se refiere tanto a la reclamación como a la impugnación de una paternidad o maternidad. Anteriormente, los contrastes genéticos entre progenitor e hijo podían realizarse vagamente, únicamente en relación con el grupo sanguíneo[204]. Es evidente que esta prueba no resultaba completamente eficaz.

La prueba genética, gracias a los evidentes avances tecnológicos y científicos, ha logrado que sus resultados sean absolutamente reveladores. Tal es el grado de garantía que ya es una realidad que los tribunales de justicia identifican verdad biológica con verdad jurídica[205].

No debemos olvidar que esta prueba no deja de ser una diligencia pericial[206] y, como tal, tiene la misma naturaleza que cualquier prueba de este tipo. Los artículos 348 y siguientes de la LEC, prevén su regulación. Al ser una pericial científica, es evidente que el juez debe contar con un dictamen facultativo que esclarezca los fines investigados. Esto significa que el juez podrá ajustarse o no a su conclusión final. Ahora

---

[203] En relación a una de las demandas de paternidad instadas contra el Monarca, Juan Carlos I de Borbón. Europa Press: "*El Constitucional rechaza la demanda de paternidad de Solá contra el rey Juan Carlos*". Publicado el 15 de mayo de 2015. http://www.publico.es/politica/constitucional-rechaza-demanda-paternidad-sola. html.

[204] Lorente López, M.C:" *La prueba genética y los derechos fundamentales de la persona en los procesos civiles de filiación, paternidad y maternidad"*, ob. cit., pág. 4.

[205] Ibídem.

[206] Observa Ordóñez Fernández, C., que hay que tener en cuenta que la última decisión la tendrá el Juez y no el perito. El informe pericial debe facilitar al Juez un medio objetivo para adoptar la decisión. El perito debe poner en conocimiento del Juez las conclusiones genéticas y estadísticas obtenidas, dejando que el Juez valora de forma global el informe con el resto de la prueba y determine su decisión final: En "*Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial*". La Ley, núm. 2, 1995, pág. 995. Respecto a esta cuestión, se pronuncia García Poveda, C., que dice que "*la prueba pericial biológica en los procesos de filiación no se regirá por los principios de toda prueba pericial habida cuenta de que el Juez únicamente tendrá conocimiento sobre la admisión o no de la prueba una vez celebrada la vista prevista en este tipo de procedimientos, ya que, a la vista de la prueba practicada en la misma será el momento en que el Juez tendrá elementos de juicio para decidir sobre la admisión o no de las mismas"*: En "*Las pruebas biológicas en los procesos de filiación. Cómo se soluciona la negativa del sujeto a la práctica de las pruebas de ADN*". NJ Bosch, 2003, pág. 2.

bien, para ello deberá motivar suficientemente su fallo, puesto que no puede entenderse lo anterior bajo un puro poder arbitrario[207].

En este aspecto, la Audiencia Provincial de Vizcaya, a través de su sentencia núm. 55/2014, de 6 de marzo[208], señala que "*La valoración de la prueba pericial debe realizarse teniendo en cuenta los siguientes criterios:*

a).- la prueba de peritos es de libre apreciación, no tasada valorable por el juzgador según su prudente criterio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación, por lo que no puede invocarse en casación infracción de precepto alguno en tal sentido.

b).- Las reglas de la sana crítica no están codificadas, han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana y por ello es extraordinario que pueda revisarse la prueba pericial en casación, sólo impugnarse en el recurso extraordinario la valoración realizada si la misma es contraria en sus conclusiones a la racionalidad o conculca las más elementales directrices de la lógica. Así debe señalarse que no existiendo nomas legales sobre la sana crítica y por tanto hay que atender a criterios lógico racionales, valorando el contenido del dictamen y no específicamente y únicamente su resultado en función de los demás medios de prueba o del objeto del proceso, a fin de dilucidar los hechos controvertidos".

Como hemos dicho, la prueba de ADN funciona con resultados de probabilidad. Su contenido está condicionado en orden a puros porcentajes. En este sentido el Tribunal Supremo ha venido acogiendo "*Los predicados verbales de Hummel*"[209]. Esto significa que, tal y como se recoge en sus sentencias, núm. 855/2004, de 1 de septiembre[210], y núm. 666/2011, de 4 de octubre[211], los porcentajes que arroja la prueba de ADN y su probabilidad, son los siguientes:

- Menor del 80%: no significativo.

---

[207] Ruiz Moreno, J. M:"*El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad*", ob. cit., pág. 149.
[208] (PROV 2014/ 184361).
[209] En 1981, K. Hummel describió sus "*predicados verbales"*, que conjugaban distintos intervalos de valores de *Probabilidad de Paternidad* (W), con sus respectivas interpretaciones, con el objetivo de hacer comprensibles los valores y armonizar las interpretaciones. Consideró que un valor de W igual o superior a 99,73% ya era suficiente para considerar probado una paternidad desde un punto de vista práctico. Estas interpretaciones han sido aceptadas internacionalmente. De igual forma, nuestra jurisprudencia y nuestro T.S (Sentencia de 24 de noviembre de 1992), las admiten como fórmulas válidas: EN ADFTecnoGen, "*Fundamentos técnicos de las pruebas de ADN*". http://www.adftecnogen.es/informacion/fundamentos-tecnicos.
[210] (RJ 2004, 5470).
[211] (RJ 2011, 6699).

- Entre el 80 y el 89,9%: indicios.
- Entre el 90 y el 94,9%: probable.
- Entre el 95 y el 98,9%: muy probable.
- Entre el 99,8 y el 99,9%: prácticamente probada.

En relación a estas probabilidades[212], la citada sentencia núm. 55/2014, de 6 de marzo, de la A.P. de Vizcaya, se refleja como un claro ejemplo de la realidad de muchos procedimientos de reclamación de paternidad, en los que se valora la prueba biológica y da credibilidad a la misma, en defecto de prueba en contrario. Así recoge literalmente ante un caso de reclamación de paternidad: *"(…) el índice de paternidad (que es el valor que indica cuantas veces es mayor la probabilidad del presunto padre, con respecto a un hombre tomado al azar de la población española) es 235.516:1. El valor de Probabilidad de Paternidad obtenido en el presente caso se encuentra en el rango considera por Hummel como "paternidad prácticamente probada, sin que le resultado de dicha prueba pericial haya sido desvirtuado por prueba propuesta por la parte demandad, la cual no ha aportado informe pericial contradictorio (ni siquiera solicitó la comparecencia de los autores del único dictamen obrante en autos (…)*".

b) <u>Efectos de la prueba biológica positiva</u>

Ante un informe pericial que arroje un resultado de alta Probabilidad de Paternidad, derivado de un análisis de ADN, instado y practicado con ocasión de una acción de reclamación de paternidad, lo lógico es que la demanda de filiación sea estimada. A través del dictamen de la correspondiente sentencia en la que se declare la paternidad del demandado (en el caso de que el actor sea el hijo), o del demandante (en el caso de que el actor sea el padre), el efecto inmediato y principal es la rectificación del asiento de filiación que consta en el Registro Civil, en relación con el hijo involucrado en el procedimiento.

La sentencia es remitida de oficio por el tribunal de referencia al propio Registro Civil. Es a partir de ese momento cuando se lleva a cabo la rectificación registral de su filiación, adecuándose a su nueva situación. En este aspecto, el artículo 112 CC establece que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación

[212] Con anterioridad a Hummel, Eric Essen-Móller, en 1938, describió una fórmula basándose en el Teorema de Bayes. Esta fórmula servía para calcular la Probabilidad de la Paternidad (W): EN ADFTecnoGen, "*Fundamentos técnicos de las pruebas de ADN*". http://www.adftecnogen.es/informacion/fundamentos-tecnicos.

legal tiene efectos retroactivos siempre que sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario. A su vez, el artículo 113 CC, señala que la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determine legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Por último, el artículo 114 CC establece que los asientos de la filiación podrán ser rectificados conforme a la Ley del Registro Civil.

En conclusión, la nueva determinación legal de filiación que se origina como consecuencia de una sentencia judicial, derivada del resultado de la prueba biológica, va a producir los efectos que integran el contenido básico de la filiación, recogido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo:

1.- Derecho de apellidos[213]:

La Ley del Registro Civil de 1957, contempla la regulación relativa al nombre y a los apellidos de la persona en el Título V, Capítulo III, artículos 53 a 62. De igual forma, el Reglamento de la Ley del Registro Civil, trata esta materia en el Título V, Sección V, artículos 192 a 219. Por su parte el Código Civil recoge en relación con esta materia, los artículos 109 y 111 CC.

La nueva Ley del Registro Civil, de 21 de julio de 2011, regula la atribución del nombre y el derecho a cambio de apellidos en el Título VI, Capítulo I, Sección 2ª, artículos 49 a 57.

En relación a lo anterior, hay que tener en cuenta la redacción que, en su día, la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, otorgó al artículo 109 del CC. Fruto de lo anterior, se permitió la facultad del hijo de solicitar la alteración de los apellidos materno y paterno[214] y se perdió la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno. En todo caso, como condición, se imponía la implantación del orden de los apellidos otorgados al mayor de los hermanos.

A partir de la LRC de 2011, el artículo 49, refuerza el acuerdo de los progenitores a la hora de decidir el orden de los apellidos del hijo. Se introduce el

[213] Véase Lorente López, Mª. C., la cual hace un estudio detallado de la consecuencia de la imposición de los apellidos del progenitor determinado por sentencia y en contra de su voluntad: En "*La prueba genética y los derechos fundamentales de la persona en los procesos civiles de filiación, paternidad y maternidad*", ob. cit., pág.8.

[214] Linacero de la Fuente, M:" *Derecho a la identidad personal: el nombre y los apellidos*", en "*Derecho Civil IV. Introducción al Derecho Civil*", ob. cit., pág. 439.

criterio dirimente, en los casos de desacuerdo o silencio, del Encargado del Registro Civil, en cuya decisión tendrá que tenerse siempre en cuenta el interés del menor.

Esto implica que, la nueva filiación derivada de una sentencia de paternidad, implica el cambio de apellidos del hijo con el fin de adecuarlo a su nueva realidad. Sin embargo, entendiendo a la complicación que esto puede originar en relación con la identificación habitual y conocida de la persona afectada, ya el artículo 59.3 LRC de 1957, y el artículo 209.3 del RRC de 1958, contemplaban la posibilidad de renunciar a este cambio de apellidos, instando el expediente de conservación de los habituales ante el Registro Civil. El plazo para instar tal expediente quedaba fijado en los dos meses siguientes a la inscripción de la nueva filiación.

La LRC de 2011, mantiene y simplifica este trámite, estableciendo que, en el mismo plazo de dos meses desde la inscripción, la solicitud de conservación de apellidos habituales se podrá realizar a través de declaración de voluntad del afectado. Así lo recoge en el artículo 53.5. Esto, en realidad, debe entenderse como un derecho del hijo a renunciar a los apellidos de su ya declarado padre. En el Registro Civil constará determinada la filiación legal entre padre e hijo, pero ambos llevaran apellidos distintos.

En el caso de que se trate de un hijo menor de edad, en el que la maternidad ya estaba legalmente determinada y el niño tenía atribuido los apellidos maternos, se aplicarán reglas generales del orden del apellido paterno y materno. En el caso de discrepancia entre los padres sobre esta cuestión, decidirá el Encargado del Registro Civil, siempre atendiendo al interés del menor. Ante el desacuerdo con su decisión, la problemática podrá terminar en los tribunales de justicia.

A modo de ejemplo, citamos la reciente sentencia del T.S. núm. 76/2015, de 17 de febrero[215], por medio de la que se resuelve esta cuestión en un caso relativo a determinación de la filiación, guarda, custodia y alimentos, así como del orden de apellidos de un menor tras la sentencia que rectificaba su asiento registral. La Sala dejaba constancia en esta resolución de lo siguiente:

"(…) existe un nacimiento de una sola filiación determinando ésta los apellidos, y a consecuencia de un reconocimiento tardío en el inicio del procedimiento judicial, al que se suma el de duración de éste, el cambio del orden de los apellidos alcanza al

[215] (RJ 2015, 924).

menor a una edad en que tanto la vida social como en la escolar es conocido por el primer apellido en su día determinado". La sentencia tiene en cuenta las siguientes circunstancias:

1.- Debe subrayarse que las normas registrales del orden de apellidos están dirigidas al momento anterior a la inscripción registral de nacimiento, concediendo a los padres una opción que ha de ejercitarse "antes de la inscripción" y, de no realizarse, se aplica el orden supletorio establecido reglamentariamente.

2.- En el caso de la determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

3.- El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y, en este caso, su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar".

Está claro que, tal y como aplicó el T.S. en este supuesto, en estos casos hay que tener siempre en cuenta el interés superior del menor, así como los elementos integradores de su personalidad.

2.- Derecho de alimentos:

El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, estarán obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos[216]. Así se recoge en el artículo 110 CC. En relación con los procedimientos de filiación, cuando esta haya sido determinada a través de sentencia judicial contra la expresa oposición del progenitor, éste quedará excluido de la patria potestad, en relación con las funciones tuitivas, y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto al hijo, sus descendientes, así como respecto

[216] Entiende Durán Rivacoba, R., que hay que tener en cuenta que el nacimiento de un hijo, independientemente del "*común alborozo*" que la nueva criatura provoca, produce también consecuencias que obedecen a la naturaleza de las cosas, una vertiente mínima que garantiza el Derecho, como es la provisión de alimentos necesarios para subsistir o que los derechos sucesorios eventuales no se vean omitidos: en "*El anonimato del progenitor*", ob. cit., pág. 1.

a sus herencias. Independientemente de lo anterior, el progenitor determinado quedará obligado a prestarle alimentos. Así se señala en el artículo 111 CC.

.- Derechos sucesorios:

En aplicación del citado artículo 111 CC, el progenitor legalmente determinado contra su expresa oposición, no tendrá derechos respecto a la herencia del hijo. Esto se encuentra dentro de la llamada "pérdida de derechos sucesorios".

A este respecto, el artículo 807 CC, recoge que los hijos son herederos forzosos de sus padres en las sucesiones testadas y, de igual forma, serán los primeros llamados como herederos legales en el caso de que la sucesión sea "ab intestato, o legal, sin concurrencia de testamento. Respecto a lo anterior, el artículo 931 CC, determina que lo anterior se impondrá sin distinción de sexo, edad o filiación.

Esto significa que el padre quedará privado de los derechos de la herencia de su hijo, pero no a la inversa. Con todo, está previsto legalmente, que esa sanción pueda ser levantada por el representante legal del hijo, aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo, una vez alcanzada la plena capacidad[217].

c) La negativa a someterse a la prueba biológica

Podemos encontrarnos ante supuestos judiciales en los que, ante la petición de prueba pericial biológica, el demandado rechace o se niegue a someterse a la misma. Esta situación provoca la limitación del ejercicio de los derechos del hijo en la búsqueda de su verdad genética.

El T.S ya ha declarado de forma reiterada que, para la investigación de la paternidad, se admiten dos clases de prueba[218]: la directa (biológica y de reconocimiento), y las indirectas o presuntivas. Entre estas últimas es donde se encuadra la negativa a someterse voluntariamente a la prueba biológica.

A este respecto, el artículo 767.4 LEC marca que "*La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan indicios de esa paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios*".

[217] Diez-Picazo, L:"*Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*", ob. cit., pág. 310.
[218] Véase SAP de Madrid, de 17 de septiembre de 1999 (AC 1999, 1828).

Esto significa que la simple negativa no tiene directamente un valor de "*ficta confessio*"[219] sino que, junto a este dato, debe estar presente algún indicio de paternidad o maternidad. La negativa a someterse a la prueba será valorada por el tribunal como un indicio pero, junto a este, debe existir algún dato acreditativo de la "oportunidad" de relación sexual en la época de la concepción del hijo[220]. La presencia de todo lo anterior, ya podrá llevar aparejado el convencimiento del juzgador sobre la realidad que se pretende acreditar.

En conclusión, la negativa injustificada a someterse a la prueba tendrá que ser valorada en contra del supuesto progenitor[221].

La pregunta determinante en esta cuestión es, ¿qué motivos pueden ser considerados como justificados para negarse a someterse a la prueba biológica?

La doctrina ha descartado como razón justificada la que tenga su origen en motivos religiosos o de conciencia. De igual forma, no se puede alegar como causa justificada la falta de credibilidad o confianza en los resultados que pueda arrojar la misma, o su procedimiento de desarrollo. Por último, no pueden alegarse la imposibilidad física de acudir a la celebración de su práctica, o los motivos basados en la llamada "*exceptio plurium concubentium*", consistente en la posibilidad de que la madre hubiera mantenido relaciones sexuales con más de un hombre en la época de la concepción. Este hecho podrá ser valorado como prueba, pero no descarta automáticamente que la acción triunfe puesto que restan otros medios de prueba, biológicos, o de otra índole.

Con independencia de lo anterior, existen otros motivos que merecen distinta valoración. Nos referimos a los supuestos en los que el demandado alegue como justificación un atentado a su honor o su intimidad. A este respecto, ha sido decisiva la argumentación esgrimida por el Tribunal Constitucional (TC) que concluye con que "*en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de filiación*". Así lo ha determinado en numerosa jurisprudencia[222].

---

[219] El art. 304 LEC señala que "*Si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial* (…).

[220] SSTS, de 23 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6855) y de 18 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3740).

[221] SAP de Cuidad Real núm. 88/2014, de 22 de abril (PROV 2014, 163172).

[222] STC núm. 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 7) y STC núm. 177/2007, de 23 de julio (RTC 2007, 177). Entre los autores que han comentado esta sentencia, se encuentran Rubido de la Torre, C: "*La investigación de la paternidad en el derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa*". RGD, 1995, pág. 4847; Bujosa Vadell, L: "*El alcance de la obligación de sometimiento a las*

Esto significa que la supuesta vulneración de derechos fundamentales del artículo 18.1 CE, no es razón suficiente para la negativa[223]. Ante estos supuestos, el tribunal, por tanto, podrá considerar la negativa como un indicio de paternidad[224].

En el caso de que la negativa esté fundada en la vulneración del derecho a la intimidad del demandado, la jurisprudencia[225] ha entendido que el sometimiento a la prueba supone un sacrificio nimio de ese derecho que permite desarrollar otro derecho de la personalidad, no menos relevante, como es el derecho del menor a conocer su origen biológico y, de igual forma, que los progenitores asuman sus obligaciones legales de alimentos, formación etc…

El T.C.[226], constriñe a causa justificada para no someterse a la prueba biológica las hipótesis consistentes en "*quebranto gravísimo para la salud o no existencia de indicios serios de la conducta que se atribuye al demandado"*[227].

En relación con lo anterior, entendemos que la primera de esas hipótesis resulta de carácter absolutamente excepcional puesto que, hoy en día, la prueba biológica no produce ningún riesgo ni agresión a la persona desde el momento en que se obtiene con una pequeña muestra saliva. Ni siquiera es necesaria extracción alguna de muestra de sangre.

---

pruebas biológicas en los procesos de filiación (en torno a la STC 7/1994, de 17 de enero)". RGD, 1996, pág. 179; Moro Almaraz, M.J:" *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero*". CCJC, núm. 34, 1994, pág. 325.

[223] Como advierte la STS, de 25 de abril de 1991 (seguida entre otras por la de 29 de marzo y 8 de octubre de 1993), la "realización de las pruebas biológicas y antropomórficas conforme al (antiguo) art. 127 CC, cuya justificación ético-social ha de buscarse en el carácter prioritario y fundamental que es el derecho de toda persona a determinar su origen biológico, con independencia de la clase de filiación, encuentra su práctica ante los Tribunales oposiciones y reticencias que tratan de buscar amparo legal en preceptos constitucionales, como son el art. 15 (derecho a la vida e integridad), art. 18 (derecho a la intimidad), y art. 20.4. Pues bien, ante esto, nuestro TS tienen establecido con reiteración la prevalencia de toda persona a determinar su origen biológico sobre los supuestos derechos a la vida e integridad física, o la intimidad. La cuestión se circunscribe a dilucidar cuál de los derechos que pueden verse afectados en el conflicto ha de prevalecer como prioritario, si el de la investigación de la paternidad o el derecho al honor o a la intimidad personal o familiar; debiéndose decir, a este respecto, que no puede considerarse que la investigación de la paternidad tenga un fin injurioso o difamatorio, aunque obviamente pueda suponer molestias en la intimidad familiar de las personas, más dicho derecho a conocer el propio origen, como emanación de la dignidad humana, es indudablemente un derecho de la personalidad inviolable que se encuadra en el art. 10 CE y alcanza el rango de derecho fundamental de la persona, no siendo legítimo, por tanto, a otros seres humanos privar al sujeto de ese conocimiento de su origen y de su verdadera filiación. En conclusión, ha de prevalecer el interés social y de orden público que subyace en la investigación de la paternidad.

[224] Cordero Cutillas, I: "*La impugnación de la paternidad matrimonial*". Colección de Estudios Jurídicos de la Universidad Jaime I, núm. 6, Castellón, 2001, pág. 92.

[225] SAP de Las Palmas núm. 381/2013, de 8 de julio (PROV 2013, 318838).

[226] STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 7).

[227] SAP de Cuenca núm. 161/2009, de 30 de junio de 2009.

En cuanto a la segunda de las hipótesis, se entiende que no cualquier obstrucción del demandado será relevante en miras a provocar la determinación de la filiación[228]. Únicamente, cuando esa negativa lleve implícito un ánimo caprichoso e injustificado podrá entenderse su carácter de indicio valioso o muy cualificado. La vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber sino, una carga procesal[229]. Su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos[230], sino que, únicamente, determina que, en caso de ser justificada, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurran los requisitos determinados por la doctrina constitucional y jurisprudencia civil: indicios suficientes para conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada[231]. Esto significa que, ante demandas en las que no exista ningún tipo de indicio de relación efectiva entre las partes o, se entienda que existen en el trasfondo otros intereses insolidarios, se podrá desestimar la demanda denegando, incluso, la práctica de la prueba biológica solicitada o, habiéndose acordado por el tribunal, que el demandado se niegue a someterse por entender que de la propia demanda o hechos narrados no hay indicio, seriedad o posibilidad de filiación biológica entre el demandado y el hijo.

[228] Ruiz Moreno J. M:"*El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad*", ob. cit., pág. 158.

[229] Como observa Etxeberría Guridi, J. F., a través de la sentencia del TC núm. 95/1999, de 31 de mayo, se consolidó el definitivo abandono de la pretensión de atribuir a la negativa de afectado por la prueba de ADN, el carácter de obligación procesal, con las consecuencias que ello podría acarrear: En "*La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo, ¿una renuncia a postulados anteriores?*". AC, 2000, núm. 1, pág. 485.

[230] Se plantea Quesada González, Mª, C., en relación con la posible imposición forzosa del sometimiento al análisis de ADN en los procesos de filiación, permitida, por ejemplo, en Alemania, que podría imponerse siempre que se hiciera de una forma comedida y cumpliendo con determinados requisitos. La autora, estima conveniente su imposición forzosa en protección del interés el menor. Establece que podría resultar más efectivo que la imposición de multas o delitos de desobediencia. De igual forma, entiende que para lograr dicho fin, debería siempre ser regulado a través de una Ley Orgánica, observándose los principios de proporcionalidad y de necesidad ("*debería prever la duración de la privación de libertad, limitándose al estrictamente necesario para la toma de muestras*"), siempre que esa prueba resultase indispensable para el esclarecimiento de los hechos que se tratan en el supuesto. Asemeja la imposición a otras figuras coercitivas como los casos en que se detiene a una persona contra su voluntad, cuando se embarga una propiedad, o se desahucia a alguien de su vivienda: En "*La prueba de ADN en los procesos de filiación*", ob. cit., pág. 582. De igual forma, apoyando esta postura, se pronuncia Bujosa Vadell, L., quien manifiesta que "sería necesario una nueva norma habilitante con rango de ley orgánica, que fijara los criterios de proporcionalidad y permitiera la lícita coacción de esta prueba" .El autor cree que esta norma no sería inconstitucional si respetara ese principio de proporcionalidad en el caso concreto: En "*El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (en torno a la STC 7/1994, de 17 de enero)*", ob. cit., pág. 192.

[231] SSTS de 7 de septiembre de 2005, y de 2 de febrero de 2006.

Un ejemplo de lo anterior, ha sido precisamente lo que se ha aplicado en relación a un caso de enorme repercusión pública en España, dada la importancia institucional de la persona demandada[232]. El T.S, en un principio admitió la demanda de filiación, junto a la que se acompañaba un acta declaración notarial firmada por la madre de la demandante, mujer con la que el demandado supuestamente había mantenido una relación afectiva en el pasado, quien aseguraba que era el padre de su hija. La parte demandada recurrió esa admisión y, solo dos meses después, el Tribunal, en fecha 11 de marzo de 2015, acogió el recurso y rechazó la admisión de la demanda a través del oportuno Auto[233]. Para tomar esa decisión, el Tribunal se fundó en que el demandado había aportado datos relacionados con intervenciones en prensa y demás medios de comunicación que había realizado la demandante y en las que se contradecía con lo narrado en el acta notarial en el que previamente se basó el Tribunal para admitir la demanda. Todo esto se produjo a pesar de que la demandante había instado y ofrecido en la demanda la práctica de la pericial biológica. En este caso, ni siquiera fue necesario valorar una negativa a someterse a la prueba de ADN. Directamente, no se dio lugar a su práctica al inadmitirse la demanda.

A lo anterior, debemos decir que el T.S. alegó literalmente que la demanda "*carece por completo de verosimilitud o seriedad*" y es "*lisa y llanamente falsa, frívola y torcidera*". Siete magistrados frente a tres, se mostraron en contra de la admisión de la demanda y tuvieron en cuenta esas declaraciones que, con posterioridad a la admisión de la misma, la demandante realizó a varios medios de comunicación. Entre las contradicciones alegadas se encontraba el dato relativo al modo en que supuestamente se conocieron las partes implicadas o, del momento en que ella fue informada de la identidad de su padre.

Contra el Auto de archivo se presentó voto particular por parte de dos magistrados[234]. Manifestaron su rechazo a la inadmisión de la demanda por entender que era la primera vez que la Sala Primera del T.S. dejaba sin efecto la decisión de admitir a trámite una demanda de paternidad previamente admitida, y con las mismas

[232] Se trata de la segunda demanda de paternidad presentada por una ciudadana belga contra el Monarca, Juan Carlos I de Borbón. La demanda, aunque previamente fue admitida, finalmente fue rechazada en aras del recurso de reposición interpuesto por el demandado, y admitido a través del Auto de 11 de marzo del T.S: En Rincón, R:"*El Supremo ve "frívola" la demanda de paternidad contra Juan Carlos I*". El País. Publicado el 9 de abril de 2015. http://politica.elpais.com/politica/2015/04/09/actualidad/1428578974_886700.html.

[233] Auto del TS, de 11 de marzo de 2015 (Sala Primera).

[234] Magistrados, Sres. Ferrándiz y O´Callaghan.

pruebas con las que se aceptó. Entendieron que no se había valorado correctamente el principio de prueba y que el recurso de reposición interpuesto por el demandado contra la demanda, no constituía un "medio apto" para posibilitar una valoración de pruebas aportadas o practicadas después de haberse dictado la resolución recurrida.

En conclusión, el ordenamiento jurídico español valora como un indicio valioso y muy cualificado la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica. No cualquier causa caprichosa exonera al demandado de dispensarle la práctica de la misma. Nuestra jurisprudencia acepta únicamente causas que produzcan un perjuicio físico en la integridad a la persona afectada, o que no haya en el procedimiento ningún dato serio que arroje la sospecha de que hay veracidad en los hechos pretendidos en los que se justifica la demanda. Independientemente de lo anterior, este indicio de negativa infundada al sometimiento debe ir acompañado de otros datos que arrojen la posibilidad de relación sexual entre los intervinientes en la época de la concepción del pretendido hijo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la prueba de ADN arroja prácticamente la verdad material y biológica, entendemos que lo conveniente sería que, siempre que se solicite la realización de la misma, la demanda deba ser admitida a trámite tal y como sucede con cualquier otra que cumple con los requisitos formales y procesales en el ámbito civil. De igual forma, defendemos que lo apropiado debe ser que, siempre que se solicite su práctica, el tribunal deba acordarla, con independencia de que de los hechos alegados por el peticionario no sean reveladores. Decimos esto por el nimio sacrificio que para cualquier persona resulta el sometimiento a la misma y, al tiempo, la gran veracidad que arroja su resultado. Con esto se respetaría absolutamente el derecho a investigar y a conocer la paternidad que protege el artículo 39.2 CE.

Dejando asentado lo anterior, otro de los problemas que se presentan en relación con la prueba biológica, descansa en los casos en que, ante la interposición de la acción de reclamación de filiación por parte del supuesto padre, la madre demandada se niega a colaborar y a llevar al menor a la toma de muestra de saliva. El contraste de muestras es necesario para obtener la prueba directa. La negativa a someter al menor[235] a esta

[235] Entre los autores que consideran procedente el nombramiento de un defensor judicial al menor en los procesos de filiación, cuando los intereses de éste no coinciden con los de su representante legal, se encuentran Mayor del Hoyo, Mª. V: "*Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)*". ADC, 1998, pág. 924; Moreno Martínez, J.A: "*Comentario a la sentencia del TS de 5 de junio de 1997*". CCJC, núm. 45, 1997,

prueba, cuando la razón alegada es entender que puede ser perjudicial para el niño, debe ser rechazada. Esta prueba, como ya hemos indicado, no presenta sacrificio físico o psíquico alguno para el menor. Los tribunales españoles en estos casos, están aplicando la valoración del indicio de la negativa, de igual forma que cuando el que se opone a su realización es una persona mayor de edad[236].

Por último, ante esos casos en los que es el supuesto padre el que pretende que se determine legalmente la filiación de un hijo a su favor, es evidente que estamos ante un dato revelador. El hecho de que una persona libremente pretenda conseguir que se constate oficialmente una situación que le va a generar consecuencias económicas importantes debe ser valorado como una presunción de veracidad. Como decimos, es poco probable que un hombre, si no lo cree realmente, decida reclamar una paternidad de un hijo que inevitablemente le va a generar una serie de obligaciones perpetuas, la mayor parte de tipo alimenticio y económico. Los tribunales españoles valoran positivamente este tipo de situaciones pero, no más allá que en cualquier asunto de filiación. Deben existir de igual forma, además de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica, otros indicios que arrojen una posibilidad de relación sexual en la época de concepción del hijo.

3.- Las acciones de filiación en nuestro sistema jurídico

En relación con los tipos de acciones de filiación antes señalados, podemos indicar que se agrupan en tres: reclamación, impugnación y mixta. La primera de ellas pretende determinar legalmente una filiación. La segunda, por el contrario, pretende extinguir una filiación legalmente determinada en el Registro Civil. En ocasiones, cuando el demandante pretende reclamar una filiación, debe necesariamente impugnar la constatada en el Registro para, en consecuencia de la sentencia que se pretende, lograr determinar la querida. Esto es lo que se entiende por acciones mixtas. En un mismo procedimiento de filiación deberán interponerse ambas (134 CC).

En nuestro ordenamiento hay que tener cuenta una serie de datos para iniciar el procedimiento de filiación. Por una parte, habrá de distinguir entre las filiaciones matrimoniales y las no matrimoniales y, a su vez, en ambos casos, habrá de valorarse si entre hijo y progenitor medió posesión de estado o no.

---

pág. 1098, y Carbajo González, J: "*Las acciones de impugnación de la filiación en la jurisprudencia (a propósito de la sentencia del TS de 5 de junio de 1997)*". AC, doctrina VIII, 2000, pág. 175.

[236] STS núm. 589/2004, de 17 de junio (RJ 2004, 3618).

Lo anterior es determinante a efectos de legitimación, así como del plazo preclusivo que el accionante tiene para ejercer su derecho.

La disciplina de la regulación de estas acciones de filiación, debido a su carácter incompleto y contradictorio, necesita el uso de herramientas interpretativas[237]. En torno a estas acciones de filiación descansan razones de interés general así como de orden imperativo de las mismas. De igual forma, hay que destacar la indisponibilidad de la materia para las partes procesales, que quedará sujeta a controles públicos. Téngase en cuenta que, según deriva del artículo 751.1 LEC, en los procesos de filiación no producen efectos el allanamiento del demandado, ni la renuncia a la acción o la transacción de las partes, por lo que pudiera ser discutible que se pudiera otorgar a actos anteriores de carácter extraprocesal, el valor de conducta jurídicamente vinculante[238]. En este aspecto la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015[239], da por hecho lo anterior al afirmar que los actos propios de las partes no pueden transcender con la eficacia pretendida a la acción de filiación al ser indisponible.

Hay que recordar que el modelo de filiación que se incorporó con ocasión de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, supuso una rotunda oposición al régimen anterior. Ese antiguo modelo se caracterizaba por la existencia de un orden jerarquizado entre las distintas clases de filiación, así como en los efectos desiguales que provocaba, tanto a nivel personal como patrimonial, entre los hijos. En él se protegía de una forma desmesurada a la familia matrimonial, calificándose la no matrimonial de "ilegítima"[240]. Este modelo se caracterizaba por la limitación de la investigación de la paternidad y la maternidad, prefiriéndose, en cambio, la estabilidad de los estados civiles, en especial, si se trataba del matrimonial. Lo importante en esa época era conseguir una paz familiar y, la regulación de la filiación iba en consonancia a ese deseo. Esa desigualdad y esas restricciones legislativas eran los puntos protagonistas de la filiación de la codificación. Durante décadas esa normativa no fue reflejo de la realidad de la sociedad. En consecuencia, en las sucesivas reformas, el sistema fue encaminándose a mitigar esos intolerables efectos.

[237] García Vicente, J.R: *Los principios de las acciones de filiación*". Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 2
[238] Díaz Martínez, A:" *Buena fe, retraso desleal y actos propios en el ejercicio de las acciones de filiación*". Aranzadi, Civil- Mercantil, núm. 4/2015, Parte Comentario, 2015, pág. 1.
[239] (RJ 2015, 610).
[240] García Vicente, J.R: "*Los principios de las acciones de filiación*", ob. cit., pág. 2.

El posterior modelo de filiación, fue contemplado en una época en la que la sociedad española experimentó una gran reforma. Fueron unos años de grandes experiencias sociales y políticas. En esa década se implantó nuestro sistema constitucional y, entre sus exigencias constitucionales, se encontraban, entre otros, el principio de igualdad, la promoción de la dignidad de la persona, la protección concreta del menor, la tutela de la familia sin considerar su origen y la investigación de la paternidad. Escasos años después se dictó la Ley del divorcio.

En este nuevo modelo, el interés del hijo se verá protegido en tres dimensiones: El interés en su protección, el interés en el conocimiento de sus orígenes biológicos y el interés en la estabilidad de su situación. En cuanto a este dato relativo a la estabilidad, en ocasiones se sacrifica el realismo y la verdad biológica. Uno de estos casos es el relativo a los reconocimiento de complacencia en los que, a pesar de ser conscientes de que el reconocedor de la filiación no es el verdadero padre biológico, en aras de la estabilidad social del menor, se introduce dentro de las acciones de filiación[241]. No hay duda que estos reconocimientos de complacencia pueden servir como mecanismo para que muchas personas huyan de la necesidad de pasar por un proceso de adopción, simplificando los trámites de la determinación legal de la filiación.

Dicho lo anterior, vamos a hacer referencia a una de las cuestiones más polémicas de las acciones de filiación de nuestro sistema: la "titularidad" del derecho a conocer el propio origen. Se discute si ese derecho se otorga sólo a los hijos, o de igual forma, también a los progenitores.

1.- Las acciones de reclamación de filiación:

Es una realidad que el derecho relativo a la materia de filiación no juega en nuestro derecho en términos absolutos. De lo contrario, carecería de sentido[242] el establecimiento de plazos de caducidad en el ejercicio de las acciones o las restricciones a la legitimación activa. Ambas cuestiones están claramente respaldadas por el Tribunal Constitucional. Junto al invocado principio de la verdad biológica, el legislador, a la hora de normar en materia de filiación, ha valorado de igual forma principios de seguridad jurídica como el mantenimiento de la paz familiar, el interés del menor o la necesidad de un principio de prueba junto a la demanda de filiación. Como expresa

[241] Ibídem, pág. 7.
[242] Díaz Martínez, A:"*Buena fe, retraso desleal y actos propios en el ejercicio de las acciones de filiación*", ob. cit., pág. 1.

Quicios Molina: "*verdad biológica sí, pero siempre que detrás haya un interés digno de protección, no verdad biológica porque sí*"[243].

.- El artículo 131 CC establece que "*Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto de que la filiación que se reclama contradiga otra legalmente determinada*".

Con estas acciones se pretende obtener un pronunciamiento judicial que determine la filiación de una persona, bien porque anteriormente no tenía ninguna, o porque se pretende una rectificación registral de la ya determinada. Como vemos, la legitimación activa de estas acciones se hace depender de la posesión de estado. La posesión de estado[244], tal y como hemos indicado, se refiere a una determinada situación de apariencia. A través de una serie de actos concluyentes se crea entre padre e hijos una apariencia jurídica que sirve para declarar la realidad que refleja. La jurisprudencia ha hecho referencia a estos actos de apariencia exigiendo una serie de requisitos:

.- *Nomen*: Consiste en el hecho de llevar el apellido de otra.

.-*Tractatus*: Se refiere a la forma que una persona tiene de tratar a otra, coincidiendo con lo usual de las relaciones entre padres e hijos.

.- *Fama*: Opinión general que reconoce a un persona como hijo de un determinado padre.

La reforma del año 1981 exigió que, para alegar esa posesión de estado como fondo de una acción de reclamación de filiación, esa situación fuera continua y no interrumpida.

En este artículo 131 CC, como vemos, se contempla una amplísima legitimación para interponer la acción, no matizando que se entiende por interés legítimo. Es evidente que este interrogante deberá ser interpretado por el tribunal correspondiente.

.- El artículo 132, relativo a la filiación matrimonial, sin posesión de estado, señala que, "*cuando falte la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo*".

[243] Quicios Molina, S:"*Determinación e impugnación de la filiación*". Cuadernos Aranzadi Civil-Mercantil, 2014, pág.33.
[244] Diez-Picazo, L:"*Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*", ob. cit., pág. 227.

.- El polémico artículo 133 CC, en su redacción anterior, se limitaba a recoger que la acción de filiación no matrimonial, sin posesión de estado, corresponde al hijo durante toda la vida. Respecto a este precepto hay que indicar que fueron muchas las voces que se alzaron en contra de su discriminatorio contenido, en relación con el progenitor. La razón de peso de esas críticas descansaba en que no había razón justificada[245] para atribuir legitimación al progenitor si la filiación era matrimonial, y restringirla en el caso de la no matrimonial. Esta situación quebrantaba claramente el principio de igualdad, dependiendo de si la filiación era matrimonial o no matrimonial.

En respuesta a lo anterior, el T.C, a través de la sentencia núm. 273/2005, de 27 de octubre[246], declaró inconstitucional este párrafo. Este criterio jurisprudencial ha alcanzado finalmente rango de ley con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia[247].

De esta forma, el artículo contempla ahora un segundo párrafo en el que ya se reconoce esta acción de filiación a los progenitores. La diferencia está en que, mientras al hijo se le concede toda su vida para accionar, al progenitor que quiera reclamar la filiación de un hijo, no matrimonial y sin posesión de estado, se le limita a un plazo de un año desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en que basa su pretensión.

En este caso, el legislador otorga legitimación a los herederos en el caso de que el hijo falleciera antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase la plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que haya de fundar su demanda. Se estos les otorga el tiempo que resta hasta cumplir dichos plazos.

La cuestión a debatir en cuanto al derecho a conocer los orígenes biológicos del hijo puede situarse en la limitación del plazo de ejercicio de la acción. Como vemos, en el caso de la filiación matrimonial sin posesión de estado, el plazo no es un inconveniente

[245] García Vicente, J.R:" *Los principios de las acciones de filiación*", ob. cit., pág. 13.
[246] Suplemento del BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2005.
[247] La nueva redacción del art. 133, una vez modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, queda de la siguiente forma: "*1. La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida. Si el hijo falleciera antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare la mayoría de edad o recobrare la capacidad suficiente a tales efectos, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. 2. Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en un plazo contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación. Esta acción no será transmisible a los herederos quiénes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida"*.

para la búsqueda de los orígenes puesto que se le otorga el carácter de imprescriptible. Esto significa que el hijo tendrá toda su vida para poder ejercitar ese derecho. De igual forma, ante la falta de posesión de estado, en los casos de filiación no matrimonial ocurre lo mismo. Esto significa que el derecho a conocer los orígenes biológicos en los caos de filiación natural está ampliamente protegido por la Ley al otorgarle el derecho de por vida. Lo anterior ha sido refrendado por las sentencias del T.S. de fecha 11 y 12 de abril de 2012[248], así como en la de 3 de diciembre de 2014. A través de estas resoluciones se recoge que no se puede apreciar abuso de derecho o fraude de ley cunado el hijo ejercita tardíamente la acción de reclamación de filiación, aunque sea muchos años después de conocer su origen biológico, ni cuando lo hace el progenitor que sabía de su condición mucho tiempo antes de la interposición de la demanda. Lo anterior resultaría contrario a los principios protegidos en el ordenamiento jurídico que protege la dignidad de la persona[249].

Es más, por lo que respecta a la interposición de la acción de reclamación por parte del hijo, el T.S. ha descartado la valoración de una posible vileza del móvil, generalmente económico, por el que el hijo decide accionar ante los tribunales. En la reciente sentencia del T.S., de 12 de enero de 2015[250], el Tribunal consideró que, ni el mantenimiento de un falso estado civil de forma intencionada por parte del hijo, quien conocía el dato de su verdadero progenitor desde años atrás, podía afectar a la interposición retardada con fines sucesorios de las acciones de impugnación y de reclamación de filiación. En este supuesto, a pesar de resultar acreditado que la hija tenía un claro conocimiento de su verdadera filiación materna, desde varios años antes del fallecimiento de su madre legal-registral, a la cual sucedió y en consecuencia heredó, y que su conducta parecía reflejar que aceptaba la situación jurídica establecida jurídicamente, el Tribunal entendió que tal conducta podría ser objeto de valoración y calificación en otros litigios que se pudieran plantear en materia sucesoria, pero no en el que versa sobre su filiación. La aceptación de una situación jurídica familiar no afecta a la acción de filiación, la cual es indisponible. Utilizar los tiempos con fines sucesorios

[248] (RJ 2012, 5745), (RJ 2012, 5898), (RJ 2014, 6258).
[249] A pesar de ello, en el caso de la sentencia del T.S, de 11 de abril de 2012, el Tribunal deja abierta la posibilidad de apreciar fraude de ley en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación, si se identifica cumplidamente tanto la norma defraudada como el resultado contrario que se produciría en el ordenamiento jurídico.
[250] (RJ 2015, 610).

no basta para considerar de abusiva o desleal una acción de filiación, aisladamente considerada[251].

En el caso de que el ejercicio tardío de la acción de reclamación de filiación sea achacable al padre, aún sin negar que, en virtud de lo anteriormente explicado, la demanda haya de prosperar si se prueba la relación biológica, el T.S. ha aceptado limitar los efectos de la filiación, aunque evidentemente sea declarada. Así se refleja a través de la sentencia del T.S., de 17 de febrero de 2015[252], en la que, en contra de la interpretación literal del artículo 109 CC, se resuelve protegiendo el interés superior del menor y su derecho al nombre y a su propia imagen. El hijo, a pesar de pasar a llevar el apellido del nuevo padre en segundo lugar, continuaría usando de primero el materno, el cual venía usando desde su nacimiento. En todo caso, esta decisión del Tribunal no puede entenderse como una sanción al padre que ejercita tardíamente la acción de reclamación de filiación, sino como una medida de protección al menor al ser conocido en sus círculos sociales con el primer apellido materno. Así lo constata también el T.C[253] quien ha invocado de forma reiterada jurisprudencia del TJUE y del TEDH.

2.- Las acciones de impugnación de filiación:

El artículo 136 CC se encarga de las acciones de impugnación de filiación matrimonial ya determinadas en el Registro Civil, y de la legitimación del marido de la madre del hijo correspondiente. De esta forma, al esposo se le otorga el plazo de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Ahora bien, el cómputo de ese año comenzará a contar cuando el marido conozca el nacimiento. A su vez, aunque el marido tuviera conocimiento del nacimiento pero desconociera su falta de paternidad, el año comenzará a contar desde que tuviere conocimiento.

Esta regulación ha sido introducida con ocasión de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. En la anterior redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, este artículo ya fue objeto de

[251] Esta sentencia del TS resolvía en casación el recurso interpuesto contra la SAP de Guipúzcoa, de 3 de mayo de 2013 (AC 2014, 871) la cual consideraba que la demandante de filiación, a través de sus actos propios, apuntaba al abandono del derecho a impugnar la maternidad registral cuando se llevó a cabo la aceptación de la herencia. De igual manera, su conducta apuntaba a la confianza en el no ejercicio de la reclamación de filiación y que, el transcurso del tiempo, alimentó esa creencia. Se prevé que la causante de haber conocido la posterior conducta de la demandante hubiera dispuesto su herencia de otra forma. Por lo anterior, la AP reconoció la existencia de un retraso desleal en el ejercicio de la acción mixta de filiación.
[252] (PROV 2015, 70609).
[253] STC núm. 167/2013, de 7 de octubre (RTC 2013, 167).

algunas modificaciones. En la original redacción se establecía que el plazo de un año comenzara a correr aunque el marido, conociendo el nacimiento, ignorara su falta de paternidad. Este primer párrafo fue anulado a través de la sentencia del T.C. núm. 138/2005, de 26 de mayo[254]. Antes de la reforma de este artículo, ya el T.S aclaraba que el "*dies a quo*" viene dado por la existencia de un principio de prueba sobre la no paternidad biológica[255]. En este sentido, el T.C, confirmó que la regla general es que el "*dies a quo*" de este plazo se sitúe en la fecha de inscripción del nacimiento[256]. En consecuencia, instó al legislador a admitir como excepción la posibilidad de que el marido impugnara en el momento en que extemporáneamente descubriera la falsedad y no hubiera ni negligencia ni conocimiento implícito previo. Se afirma entonces que el "*dies a quo*" del plazo debe cifrarse no tanto en el conocimiento de la falsedad como en la cognoscibilidad. De esta forma, se tendrá por caduca la acción si el marido se mantuvo pasivo ante signos claros, que no meras sospechas, de su falta de paternidad. Lo anterior, finamente, ha adquirido rango de ley con ocasión de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

A este respecto hay que tener en cuenta la sentencia del T.S, de 2 de diciembre de 2013[257], en la que, con ese planteamiento de fondo, declaró caduca la acción de impugnación de filiación interpuesta por el progenitor legal, aplicando el principio de buena en el ejercicio de estas acciones de impugnación de filiación matrimonial. En este supuesto, el esposo, quien pasaba por una profunda crisis matrimonial durante el periodo de gestación del hijo, teniendo sospechas de que ese hijo era de un tercero, fue advertido por el ginecólogo del cauce para solventar sus dudas sobre su paternidad. El Supremo consideró en este caso que, dando entrada al principio de cognoscibilidad que exige una conducta activa y diligente por parte del marido, ante su impasividad, la acción debía considerarse extemporánea puesto que únicamente a él podía ser imputable.

En definitiva, el cómputo para el ejercicio de la acción de impugnación matrimonial por parte del esposo no comienza desde que se tuvo prueba completa de la falta de

[254] Suplemento del BOE núm. 148, de 22 de junio. Posteriormente, la STC. núm. 156/2005, de 9 de junio (Suplemento del BOE núm. 162, de 8 de julio) estimó la cuestión de inconstitucionalidad 4203-2003, relativa a ese primer párrafo del art. 136 CC, remitiéndose a la sentencia núm. 138/2005, de 26 de mayo.
[255] STS, de 20 de febrero de 2012 (RJ 2012, 4047).
[256] Visto en la SAP de Pontevedra, de 8 de noviembre de 2013 (PROV 2013, 381110).
[257] (RJ 2013, 7832).

paternidad biológica, sino desde que concurren indicios que no pueden ser ignorados sin incurrir en mala fe.

En cuanto al plazo de ejercicio del hijo para impugnar la filiación ya determinada, se le otorga un año desde la inscripción de la filiación. Este año, en el caso de que el hijo sea menor de edad o incapaz, comenzará a contar desde que alcance la mayoría de edad o recobre la capacidad suficiente. También se le otorga la anterior posibilidad a la madre, representante legal o ministerio Fiscal, durante la minoría de edad o tiempo en el permanezca con limitación de la capacidad. Independientemente de lo anterior, se contempla la posibilidad de que, ante todas esas situaciones, el hijo no hubiera impugnado la paternidad por desconocerla. En este caso se permite que el año de ejercicio comience desde que éste tuviera conocimiento de la falta de paternidad.

A juicio de Díaz Martínez, la acción impugnatoria del hijo, debería quedar sometida a los mismos criterios de cómputo de plazo vistos para el caso del esposo. El artículo 137 CC habrá de ser interpretado en el mismo sentido que el 136 CC en cuanto al criterio de cognoscibilidad. Lo cierto es que, en la práctica, lo usual es la acumulación de esta acción de impugnación con la de reclamación de paternidad respecto del verdadero padre biológico. Esto diluye el tema de la caducidad de la acción, puesto que, como hemos visto esa acción es imprescriptible para el hijo y la acción de impugnación se convierte en accesoria[258] de aquella. Además, como hemos visto anteriormente, en esta acción de reclamación de filiación no cabe el planteamiento del retraso desleal de la acción o el abuso del derecho por parte del hijo que reclama la filiación. .

Todo lo anterior se refiere a casos en los que medió posesión de estado entre progenitor e hijo. Para las situaciones en las que, a pesar de tratarse de filiación matrimonial, faltó esa posesión de estado, se les otorga tanto a padre como a hijo la posibilidad de interponer la demanda en cualquier tiempo.

El artículo 140 CC, el cual también ha sufrido una modificación con ocasión de la Ley 26/2015, contempla que la filiación materna o paterna, no matrimonial, cuando falte la posesión de estado, podrá ser impugnada por quien le perjudique. En el caso de que sí exista posesión de estado, la acción podrá ser interpuesta por quien aparezca

[258] El TS establece que la acción de impugnación de filiación es accesoria a la de reclamación por ser ambas contradictorias y no poder subsistir conjuntamente. En modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación, que es la principal, el plazo de caducidad que el art. 137 prevé para la de impugnación. SSTS, de 17 de junio de 2004 (RJ 2004, 3618) y de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 10161).

como hijo o progenitor en esa filiación, además de por las personas que puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. Se establece para ello un plazo de caducidad de cuatro años desde que el hijo goce de esa posesión de estado, una vez inscrita la filiación en el Registro Civil.

En el caso de las acciones de impugnación, tal y como se ha expuesto, los plazos de interposición de las mimas se refieren a la posibilidad de rectificar la filiación que aparece en el Registro Civil al no entenderse verdadera. En el caso que nos afecta, que no es otro que la limitación de tiempo que le da al hijo, no entendemos que la legislación actual quebrante el derecho a conocer los orígenes biológicos, puesto que, aunque limite ese plazo a un año o cuatro, dependiendo del supuesto de hecho, el cómputo, en todo caso, podrá comenzar desde que el hijo, o sus representante legal, conozca la ausencia de paternidad de la persona que figura como tal en el Registro Civil, o desde que comience la posesión de estado.

3.- La legitimación de los herederos en la acciones de filiación:

En cuanto a la titularidad del derecho a conocer los orígenes biológicos se discute si este derecho es referible únicamente al hijo o también al progenitor. Esto, en realidad, se centra en la legitimación que nuestro ordenamiento jurídico les otorga para el ejercicio de las acciones de filiación. En el caso que estamos tratando relativo a la filiación natural, nuestro legislador entendió que tanto el hijo como el progenitor tienen derecho a investigar la verdad biológica. De igual forma, puede entenderse que el interés del progenitor en esa búsqueda puede hallarse en otros principios y razones, como puede ser encontrar un medio eficaz para cumplir su deber de prestación de asistencia[259] y, de igual forma, poder disfrutar de los derechos respecto de ese hijo.

Entendemos que, en materia de conocer los orígenes biológicos, la perspectiva de actuación debiera limitarse al círculo de protagonistas implicados en esa relación de filiación. Decimos esto desde un punto de vista crítico respecto a la legitimación otorgada por nuestro legislador a los "herederos" en materia de acciones de filiación. Como hemos visto, los artículos 132, 133, 136, 137 y 140 CC, menciona como titulares de este interés a los herederos del hijo, al Ministerio Fiscal o incluso a los legitimarios del progenitor. Además de lo anterior, es importante constatar que el Código Civil, habla indistintamente de herederos, de herederos forzosos y de legitimarios.

[259] García Vicente, J.R:" *Los principios de las acciones de filiación*", ob. cit., pág. 8.

De esta forma, respecto a las acciones de reclamación de paternidad, el artículo 132 CC habla de los herederos del hijo que fallece como legitimados para interponer la acción de reclamación de filiación. De igual forma, el artículo 133 CC legitima a los herederos del hijo por el tiempo que faltare de plazo legal y, a su vez, incluso a los herederos del progenitor, aunque en este caso se exige que la acción ya fuera interpuesta en vida por aquél. Respecto a las acciones de impugnación, el artículo 136 CC designa legitimación a los herederos del esposo fallecido y el 137 CC a los herederos del hijo.

En este punto, si aceptamos la procedencia del derecho a conocer los orígenes biológicos, el círculo de legitimados, tal y como defiende García Vicente[260], debe establecerse en razón de lazos biológicos y no en razón de lazos sucesorios[261], puesto que, esto último implica un claro contenido patrimonial. Al menos, si el Código no establece una restricción, entendemos necesario que hable de "descendientes" y no de "herederos", puesto que en este concepto pueden claramente encuadrarse personas ajenas a la propia familia. ¿Qué sentido tiene otorgar legitimación para la búsqueda de orígenes biológicos a una serie de personas que no guardan relación consanguínea con los implicados?

Aun restringiendo la legitimación a los puros lazos de sangre, imaginemos los efectos que puede producir la muerte del actor respecto a la legitimación de otros familiares. Nos encontramos el supuesto de que otros descendientes (en el caso de herederos descendientes) sean titulares del mismo derecho. Esto significa que se extiende la posibilidad de conocer los orígenes más allá del propio progenitor. En palabras de García Vicente *"(…) esta cuestión está afectada por tintes patrimoniales, o mejor, sucesorios, que deberían expulsarse de la regulación de esta materia"*[262]. Los herederos pueden encuadrarse dentro de la línea sucesoria descendiente, pero también

[260] García Vicente, J.R:" *Los principios de las acciones de filiación*", ob. cit., pág. 8.
[261] En este aspecto debemos mencionar la STEDH, de 5 de mayo de 2009 (TEDH 2009, 49), relativa al caso Rocío Menéndez García contra España. La actora presentó demanda frente al Juzgado de Primera Instancia de Oviedo solicitando que su padre, fallecido en 1974, fuera reconocido como hijo biológico de V.T.A, igualmente fallecido. Señaló que su padre era hijo extramatrimonial de V.T.A y una de sus empleadas. La demanda se basó en la posesión de estado aportando a tal fin, elementos de prueba como fotografías y declaraciones de vecinos del pueblo que afirmaban que era sabido que el señalado era padre del menor. La demandante solicitó la exhumación del cadáver de su supuesto abuelo para la realización del análisis de ADN. En este caso, el Tribunal consideró que el interés por el conocimiento de la identidad varía en función del grado de parentesco de los ascendientes. Reconociendo que es de suma importancia conocer el origen de los ascendientes directos su peso en relación con otros intereses disminuye en función del alejamiento en grado de parentesco. El Tribunal entendió que no es igual el impacto en la vida privada del derecho a conocer a su padre que a su abuelo.
[262] García Vicente, J.R:" *Los principios de las acciones de filiación*", ob. cit., pág. 9.

en la línea ascendiente. Dentro del concepto de “heredero” podemos encontrar también al cónyuge, tanto en la sucesión testada si así lo designó el causante para el tercio de libre disposición, o como heredero legal ab intestato para el caso de que muriera intestado y sin línea descendiente o ascendiente. Dentro del derecho sucesorio, también podemos encontrarnos con supuestos en los que resultan sucesores, primos, tíos, sobrinos, o demás familiares de distinto grado de parentesco, o incluso amigos o demás terceros designados por la libre voluntad por el testador.

¿Debe tener cualquier heredero legitimación para interponer una acción de filiación, basada en el fin jurídico de la búsqueda de la verdad biológica? Respondemos a esta pregunta claramente en negativo. Si el legislador no pone restricción a esta legitimación, al menos debería limitarlo al término “descendientes”.

En todo caso, para concluir este capítulo, creemos que nuestro sistema de filiación, a pesar de sus carencias y de sus vacíos, protege el derecho a la investigación de la paternidad del hijo, contemplado en el artículo 39.2 CE. Se trata de un sistema de acciones en las que se respeta la búsqueda de la verdad biológica, en gran medida. En cuanto a los problemas de vulneración del mismo que podíamos encontrar en su regulación:

4.- **Conclusiones:**

a.) Entendemos que el control de viabilidad previo que el legislador defiende para la interposición de cualquier demanda de paternidad, queda salvado desde el momento en que nuestros tribunales aceptan, de forma casi unánime, la oferta de la prueba biológica como garante de posibilidad de concepción.

En todo caso, entendemos necesario que siempre que se ofrezca la realización de prueba biológica, el juez o tribunal correspondiente debería admitir la demanda de forma imperativa. Esto supone la necesidad de una modificación legislativa que en realidad significa que lo que aplica la jurisprudencia con carácter general, se eleve a rango de ley.

b) En relación a los efectos de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, el conflicto queda salvado con la conceptuación de esta negativa como un indicio valiosísimo y muy cualificado que, junto a otros indicios de posibilidad de relación sexual en la época de la concepción, puede determinar la filiación a través de sentencia.

En todo caso, como ya hemos señalado, entendemos que es necesario que siempre que la parte interesada ofrezca la práctica de la prueba de ADN, el tribunal competente deba aceptar su práctica de forma imperativa. Teniendo la posibilidad de prueba directa y de que el propio demandado acredite la verdad con una muestra simple de saliva, creemos que debería ser acordado de forma ineludible en los procesos de filiación. Como no puede imponerse el sometimiento a la misma de forma coercitiva, el demandado deberá asumir esa negativa como un valioso indicio de paternidad.

c) En cuanto a los plazos preclusivos de las acciones de reclamación de filiación, tanto para los supuestos de filiación matrimonial como no matrimonial sin posesión de estado, el plazo para el hijo es imprescriptible. En consecuencia, se protege el derecho a la búsqueda de la paternidad. Respecto a los plazos para las acciones de impugnación, aunque se limita su ejercicio a uno y a cuatro años, el hijo queda protegido desde el momento en que se permite que el cómputo de los mismos comience en el momento en que éste conoce la falta de paternidad real del progenitor filiado, o desde que, una vez inscrito, comienza la situación relativa a la posesión de estado.

d) En cuanto a la legitimación de los herederos del hijo, o del progenitor implicado, entendemos necesaria una reforma de los preceptos relativos a la filiación (132-140 CC) en los que se modifique el término “herederos” por “descendientes”. Creemos que el conocimiento de la búsqueda de la paternidad no debe quedar en manos de una amplia legitimación sino que, por el contrario, debe limitarse a un círculo unido por lazos de sangre en línea recta descendiente. De lo contrario se permite que el fin de las acciones de filiación quedé reflejado en el interés por los derechos sucesorios, más que pos la búsqueda de la verdad biológica.

CAPITULO III

LA ADOPCIÓN

RECONOCIMIENTO Y FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS

1.- La importancia de conocer los orígenes

A lo largo de los años se ha producido una tónica común en relación con la figura de la adopción. Ante supuestos relacionados con hijos adoptados, podemos afirmar que ha sido habitual que entre sus testimonios se contemple el denominador común de padecer un sentimiento de inquietud y de incertidumbre, relacionado con la carencia de conocimiento sobre su propia historia. Ese pesar que han compartido con el resto, tiene su punto de partida en la ausencia de datos acerca del motivo que provocó que sus progenitores biológicos le entregaran en adopción. Como decimos, muchas de esas personas han decidido compartir sus sentimientos y experiencias con el resto y, en definitiva, han venido a demostrar el indiscutible valor que conocer los orígenes propios provoca en el desarrollo de su identidad personal. Confirmando lo anterior, han sido muchos los estudios que han acreditado la real existencia y el estrés psicológico que un individuo sufre ante el desconocimiento de su origen natural.

No resulta extraño que una persona adoptada quiera conocer de dónde viene. De igual forma, no nos puede sorprender que muchos hijos adoptados quieran saber cuáles fueron las causas que motivaron su entrega en adopción. Esta cuestión no fue protagonista hasta las últimas décadas en las que la psicología, la psiquiatría y otras ciencias, consiguieron revelar la complicación interna que el conocimiento de los orígenes biológicos puede significar para el libre desarrollo de la personalidad de una persona[263].

[263] Vela Sánchez, A J. "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos*". Diario de La Ley núm. 7526, Sección Doctrina, 13 de diciembre 2010, Año XXXI, pág. 1.

No hay que olvidar que, como defienden numerosos autores, estamos hablando de Derechos Constitucionales, entre otros, el referido derecho al libre desarrollo de la personalidad[264] previsto en el artículo 10 CE.

En España, en términos generales, la adopción de un niño significa la absoluta ruptura de los vínculos jurídicos con su familia biológica (artículo 178.1 CC). Esta ruptura de lazos jurídicos, en principio, se plantea de una forma irrevocable. El hijo adoptado, obedeciendo al fin principal de esta figura, se integra como uno más, de una manera plena, en su nueva familia adoptiva. Este nuevo miembro del grupo familiar adquiere los mismos derechos y obligaciones que cualquier hijo natural respecto de su familia biológica (artículo 108.CC). Esta regla general consistente en la irrevocabilidad de la adopción, supone necesariamente que el hijo adoptado será una persona carente de cualquier vínculo o relación jurídica respecto a su familia biológica[265]. ¿Tendrá, no obstante, derecho a conocer sus orígenes y a tener alguna relación con su familia natural?

Como ya hemos señalado, el reconocimiento de los hijos adoptados a conocer su origen fue adquirido con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional. Dando cumplimiento a su artículo 12, se produjo la reforma del artículo 180.5 CC en el que se contempla expresamente.

---

[264] En este sentido, Magaldi Mendaña, N., estima que el derecho a conocer el propio origen biológico no puede basarse en el derecho al libre desarrollo de la personalidad ya que, por su ubicación en la Constitución, no cabría la defensa ante los Tribunales, como derecho fundamental autónomo: En "*Derecho a saber, filiación biológica y Administraciones Públicas*", Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 69. En la misma línea, Ballesteros de los Ríos, M., señala que hay que tener en cuenta que en España, el derecho al libre desarrollo de la personalidad está proclamado en el apartado primero del art. 10 CE y, por tanto, de forma autónoma no tienen acceso a la protección especial que otorga el TC. Ello supone que fundamentar un recurso de amparo por vulneración de un pretendido derecho a conocer la identidad biológica sobre la sola base del derecho al libre desarrollo de la personalidad no tendría posibilidad alguna de prosperar. Entiende la autora que la pretensión debería basarse en algún derecho fundamental sustantivo: En "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes*", Aranzadi Civil, núm. 17, 2009, pág. 24. En distinta línea, Quesada González, M.C., En "*El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico*". Anuario de Derecho Civil, 1994, pág. 245, mantiene una concepción abierta de los derechos de la personalidad, dentro de los que incluye el derecho a conocer el propio origen biológico ya que, según la autora, "*dignifica a la persona y contribuye al desarrollo de la personalidad desde una doble vertiente: material, ya que determinada la filiación los padres estarán obligados a atender las necesidades del menor; y espiritual, porque potencia el libre desarrollo de la personalidad del hijo*". De igual forma, Berastegui Pedro Viejo, A., Y Gómez Bengoechea, B., En "*Esta es tu historia. Identidad y comunicación sobre los orígenes en la adopción*". Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2007, pág. 43, inciden en la importancia psicológica del conocimiento de las circunstancias relacionadas con el propio origen y con la identidad de los padres biológicos para el adecuado desarrollo de la personalidad.

[265] En opinión de Garriga Gorina, M., se advierte que, en cuanto a los progenitores por naturaleza, la política de confidencialidad parte de la suposición de que éstos confían en el anonimato que les fue prometido y que, además, han querido romper toda relación con el hijo que dieron en adopción y olvidar así la experiencia pasada: En "*La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencia*l". Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 249.

Otra importante novedad legislativa que potencia la importancia del derecho a conocer los orígenes, la encontramos a raíz de la entrada en vigor de la Ley 29 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Esta norma, además de potenciar el artículo 180, añadiendo un sexto párrafo, introduce una importante institución jurídica. La nueva redacción que se da al artículo 178 CC, contempla, en su apartado número 4º, la posibilidad de concesión de la llamada "adopción abierta":

"*Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciendo especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.*

En estos caso el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez, y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso será oído el adoptante menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El Juez podrá acordar, también su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La entidad Pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez.

Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen".

Lo anterior supone un innegable logro normativo que ha reforzado la premisa de la importancia del mantenimiento de los vínculos biológicos.

Lo anterior, adquiere un importante valor si tenemos en cuenta que, durante décadas, este derecho fue una realidad lejana y casi utópica. En nuestro país, el derecho del hijo adoptado a conocer sus orígenes biológicos ha sido debatido por la doctrina durante décadas. Algunos autores[266], han venido defendiendo la superposición del derecho a conocer los orígenes naturales frente al derecho a la intimidad de los padres biológicos (artículo 18 de la CE de 1978)[267]. Lo contrario, significaría alterar la propia institución de la adopción. Decimos lo anterior teniendo en cuenta que, en virtud del artículo 176.1º CC, el objetivo principal de la adopción no es otro que mirar y proteger los intereses del propio hijo. Así se recoge que la adopción "*tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado*". No otorga prevalencia ninguna a los intereses de los progenitores naturales, ni a los de los padres adoptivos.

Otros autores[268], por el contrario, discrepan de esta afirmación anterior basándose en el hecho de que la adopción, precisamente por esa defensa del interés del menor, está constituida como algo irrevocable. Si el legislador optó por esta configuración fue precisamente para proteger al menor adoptado[269].

Con la intención de mostrar esta cuestión desde un punto de vista puramente humano, vamos a recoger una serie de estudios, testimonios y resultados psicológicos, que demuestran la importancia que para el ser humano tiene conocer sus orígenes. De la misma manera, mostraremos los motivos más comunes que impulsan a un hijo adoptado a iniciar la búsqueda de sus orígenes naturales. Posteriormente, a lo largo de este trabajo, utilizando como pilar de base la acreditada importancia demostrada en la adopción, y una vez asentadas las conclusiones al respecto, lo pondremos en relación con otro tipo de situaciones, tales como los supuestos de hijos nacidos bajo técnicas de reproducción asistida, o los hijos nacidos como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución.

Téngase en cuenta que, como ya hemos adelantado, en nuestro derecho existe expresamente la restricción al conocimiento del origen biológico en los casos de

[266] Garriga Gorina, M. "*La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencial*", ob. cit., pág. 249.
[267] Como ha apuntado Van Bueren, G., el hecho de que se pueda mantener la superioridad del derecho a la intimidad de los progenitores biológicos supone que éstos poseen derechos sobre sus hijos por el simple hecho de la procreación. No debemos olvidar que la adopción es una figura que tienen por objetivo buscar la protección del menor, no la de los padres biológicos: en "*Children´s acces to adoption records. State discretion ora n enforceable right?,* 58 MLR, 1995, pág. 52.
[268] Magaldi, Mendaña, N. "*Derecho a saber, filiación biológica y Administraciones Públicas*", ob. cit., 69.
[269] Vela Sánchez, A J. "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos*", ob. cit., pág. 2.

nacimientos derivados de técnicas de reproducción humana asistida de tipo heterólogo, en las que ha intervenido material reproductor donado. El artículo 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), indica que "*Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptores de los gametos y los preembriones*". De igual forma, tal y como veremos más adelante, el artículo 10 LTRHA declara nulo de pleno derecho, cualquier contrato de gestación por sustitución.

Entendemos apropiado tomar como punto de partida, los propios interrogantes protagonistas que, en relación con su identidad, se suelen cuestionar a lo largo de su vida las personas que se encuentran en esta situación de incertidumbre genética. Como un reflejo de esa realidad, vamos a hacer referencia a David Azcona[270], un joven pamplonés que lideró en enero de 2009, una gran plataforma de encuentro e intercambio de opiniones sobre la adopción, desde la mirada de los propios adoptados; No referimos a la Asociación "*La Voz de los Adoptados*". En esta Asociación el objetivo es apostar por el desarrollo de servicios de post-adopción[271] con el fin de poder ayudar a las familias y a las personas adoptadas a abordar todos esos procesos. A través de ellos, hemos simplificado esos interrogantes generalizados en las siguientes preguntas:

.- "¿De dónde vengo?"

.- "¿Por qué me entregaron en adopción?"

.- "¿Tendré hermanos biológicos?"

.- "¿Dónde estará mi madre biológica?"

.- "¿Pensará alguna vez en mi?"

Expresa Azcona: "l*as personas adoptadas tenemos necesidades especiales porque nuestra vida ha comenzado con una pérdida y un desarraigo. Tenemos una doble tarea para construir nuestra identidad, ya que ésta procede tanto de nuestra*

[270] Castillejo, M. J: *"Los adoptados necesitamos conocer nuestra historia, sin huecos en blanco"* http://www.diariodenavarra.es/20090602/navarra/los-adoptadosnecesitamosconocer nuestra historia sin huecos blanco html?not=200906020152597. Publicado 2 de junio de 2009. Consultado el 13 de octubre de 2013.

[271] En opinión de Ballesteros De Los Ríos, M, lo ideal sería que todo hijo adoptado pudiera conocer la identidad de sus padres y saber las circunstancias en las que fue declarado adoptable. La autora entiende que la sociedad debería esforzarse para que este ideal se convirtiera en realidad en el mayor número de casos posible. Se deben conservar un mínimo de documentos que permitan a la madre encontrar a su hijo y al revés. Ahora bien, las circunstancias de la vida no permiten siempre, sin embargo, que las cosas sucedan de forma ideal: En "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes*", ob. cit., pág. 19.

familia de origen como de la adoptiva y necesita ser recreada, elaborada y asumida con un adecuado proceso de reconciliación con nuestros orígenes. La identidad es como una pared que construimos ladrillo a ladrillo. Si en la parte de abajo hay huecos, ladrillos que faltan o que estén mal, el muro se puede derrumbar (…)".

Explica que el deseo y la necesidad de saber no tienen nada que ver con el cariño, ni con lo queridos que se hayan sentido con su familia adoptiva. Como hijo adoptado, y en voz de los miembros de la Asociación, defiende la normalidad de tener esa curiosidad por los orígenes y por buscar respuestas: "*Para saber quiénes somos y cómo somos necesitamos conocer la historia de nuestra vida, sin huecos en blanco. El niño tiene derecho a ser adoptado – no es una buena obra- y además tiene derecho a saber*"[272] .

Azcona, escribe y publica un blog on-line que sirve de plataforma para expresar sus sentimientos y necesidades como hijo adoptado. Estas sensaciones son las generales de muchas personas en su misma situación. A través de sus expresiones se desprende esa evidente sensación de vacío en su identidad, fruto del desconocimiento de la verdadera historia de sus orígenes. Así se hace constar en la siguiente publicación, la cual reproducimos por entender que demuestra de una manera muy descriptiva el verdadero sentimiento:

"¿Por qué yo? ¿Mi madre biológica me quería? Me pregunto si no podía cuidarme, no quería o se vio presionada por las circunstancias. Un de las preguntas que me hago es si en el momento en que se separó de mí sintió pena, sintió pérdida o por el contrario sintió desahogo o libertad.(…) Una cuestión que viene a mi cabeza bastante a menudo es si mi madre se acordará de mí, si será aunque sea en su memoria, una parte de su vida. Me duele pensar que quizás se haya olvidado de mí, aunque yo creo que el llevar un hijo nueve meses en la tripa y parirlo es algo que no se puede olvidar. (…) Creo que le haría preguntas, ¿Cómo era yo cuando nací? ¿Lloraba mucho? ¿Tenía pelo?... cuestiones que quizás un hijo no adoptado jamás le preguntaría a su padres porque ni se las plantea, pero él tiene derecho a saberlo cuando quiera. Yo, en cambio, no. Creo que ese tipo de preguntas sin sentido me ayudarían a rellenar muchos huecos. Tengo derecho a preguntar pero no encuentro quien me responda.

272 Castillejo, M. J: *"Los adoptados necesitamos conocer nuestra historia, sin huecos en blanco"*. http://www.diariodenavarra.es/20090602/navarra/los-adoptadosnecesitamosconocer nuestra historia sin huecos blanco html?not=200906020152597. Publicado 2 de junio de 2009. Consultado el 13 de octubre de 2013.

Siento que la búsqueda de mis orígenes es comprensible y necesaria para mi desarrollo personal"[273].

Aplicando un mínimo grado de empatía humana comprendemos que la necesidad de respuesta a esas cuestiones, así como la sensación de vacío que debe provocar no obtenerlas, son absolutamente normales para personas que se encuentran en esa situación. Entendemos claramente que un hijo adoptado, a lo largo de distintas etapas de su vida, pase por grados de necesidad de conocer su historia. Estas etapas son más o menos puntualizadas, dependiendo de distintos factores del propio desarrollo de su propia vida. En todo caso, es una realidad constatada que esa necesidad de saber existe.

Con ese objetivo, vamos a plasmar los resultados obtenidos en algunas investigaciones realizadas al respecto, las cuales pueden desvelar datos de interés sobre esa necesidad humana.

1.1.- <u>Estudios e investigaciones relativos a la búsqueda de los orígenes biológicos y a los motivos que la impulsan</u>:

Aunque es innegable que en los últimos tiempos se ha incrementado[274] la demanda de búsquedas de orígenes familiares, hubo una época en la que el secreto, en todo lo que rodeaba un proceso de adopción[275], se entendía simplemente como un medio para fortalecer los vínculos adoptivos. La búsqueda de los orígenes biológicos se establecía como un fracaso o traición de la familia adoptiva o, incluso, como un signo de patología del adoptado[276]. Hasta no hace muchos años, hablar de adopción entre padres e hijos adoptivos era sinónimo de un sepulcral silencio. Los padres creían que informar sobre la verdad a sus hijos podía afectar a su desarrollo físico y emocional.

Por todo ello, en décadas pasadas, la adopción era un hecho casi privado, sin notoriedad pública, reservado a la familia y a un grupo reducido de amigos. Nadie preguntaba nada, ni nadie daba explicaciones. En aquél momento se protegía más la voluntad de los padres que el derecho a la información de los hijos.

---

[273]Azcona, D. "*¿Por qué yo*? Batía: Orientación Educativa Familiar. http://www.batia.es/por-que-yo-por-david-azcona/. Consultado el 14 de octubre de 2013.

[274] García Villaluenga, L, Linacero de la Fuente, M:"*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos en España y en el derecho comparado*". Observatorio de la Infancia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 1, Madrid, 2006, pág. 13.

[275] Vela Sánchez, A J. "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos*", ob. cit., pág. 1.

[276] García Villaluenga, L, Linacero de la Fuente, M:"*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos en España y en el derecho comparado*", ob. cit., pág. 13.

Los padres adoptivos vivían con un temor permanente a que en su entorno los juzgara por sus evidentes problemas de esterilidad. Una razón añadida se asentaba en el temor de esos padres a que, en algún momento, sus hijos les sorprendieran con esa dañina frase de "q*uiero saber algo de mi familia de origen*" o, es más, que el hecho de descubrirlo les llevara a escuchar algún día "*cállate, tú no eres mi padre*". Como señala el psicólogo y psicoanalista del Centro Th. Reik, Felipe Marín, "*algunas de las razones por las que los padres temen hablar de la adopción son el pudor, la falta de preparación o las limitaciones a la hora de expresar sus sentimientos*"[277].

Hoy en día, los estudios de psicología infantil demuestran que no revelar el origen del niño adoptado produce efectos perjudiciales en la persona y genera una brecha de desconfianza e inseguridad entre hijos y padres adoptivos[278].

En relación con esto vamos a reflejar una serie de estudios[279] acerca de la materia que resultan absolutamente reveladores:

a) Estudio realizado por el Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico Educativo de la Universidad de Barcelona y Diputación de Barcelona[280] de 1998 (Amorós, Fuentes, Maldonado y Mateo):

Señala Amorós[281], en sus estudios publicados sobre la búsqueda de orígenes por personas adoptadas establecía que, "*inicialmente las familias adoptivas y los profesionales de la salud mental lo vieron como un síntoma de fracaso de la adopción, o como un signo de patología en la persona adoptada*". Amorós muestra a través de sus investigaciones que, durante los años ochenta, las demandas de búsqueda eran muy escasas, no produciéndose hasta la década de los noventa, un aumento considerable de las mismas. Indica que en el año 1987, sólo 17 personas en toda España habían solicitado información sobre sus orígenes naturales. En contraste con este dato, se

277 Abalo Gandía, M:" *Reportaje III: El derecho a la información del hijo adoptado y la búsqueda de la familia biológica*".http://www.elbebe.com/adopcion/reportaje-derecho-informacion-del-hijo-adoptado-y-busqueda-familia-biologica Consultado el 17 de octubre de 2013: Felipe Marín trabaja en el Centro Th. Reik y ofrece un servicio de apoyo post-adopción desde el año 2005 a las familias que residen en la Comunidad Autónoma de Madrid.

278 Abalo Gandía, M:"*Reportaje III: El derecho a la información del hijo adoptado y la búsqueda de la familia biológica*". http://www.elbebe.com/adopcion/reportaje-derecho-informacion-del-hijo-adoptado-y-busqueda-familia-biologica Consultado el 17 de octubre de 2013.

279 En relación con la vía de acceso a algunos de estos estudios ha resultado imprescindible el trabajo realizado por García Villaluenga, L y Linacero de la Fuente, M.

280. Amorós, P, Fuentes, N, Maldonado, E, Mateo, M. "*Adultos adoptados*: *el conocimiento de sus orígenes. Situación en España*". Pedagogía Social. Segunda época. 1998, pág. 155.

281 Amorós, P, Fuertes, J, Paula, I: "*La búsqueda de los orígenes en la adopció*n" Anuario de Psicología, núm. 71, 1996, Facultad de Psicología. Universidad de Barcelona. pág.109.

refleja que en el año 1991, ya sólo en la Diputación de Barcelona habían acudido 31 personas para informarse sobre sus orígenes registrales. Es en esta década de los noventa donde se produce un aumento en la demanda de búsquedas que llega a alcanzar el triple que en años anteriores[282].

Esta investigación de 1998, hace referencia a ese aumento considerable de las demandas de búsquedas de padres biológicos[283] que se produjo en esa década de los noventa. El tema relativo a la búsqueda de familias biológicas por parte de hijos adoptados se convirtió en un tema de gran actualidad, tanto a nivel internacional como nacional. En esta investigación se recogen también, resultados de otras investigaciones realizadas al respecto fuera de España. Estas, principalmente se refieren a los principales motivos por los que un hijo adoptado decide poner en práctica esa búsqueda biológica:

a.- Entre estos estudios internacionales recogidos por Amorós, destacamos los siguientes:

.- Sachdev[284]: Descarta que la mayoría de las personas adoptadas inicien la búsqueda porque han tenido una pobre relación con sus padres adoptivos. Un 89% se sentía querido por sus padres, un 93% les quería y un 61% se sentían como si pertenecieran a ellos. Concluyen que el 76% de las reacciones de las madres biológicas en la reunión de encuentro con su hijo biológico fue moderada o fuertemente entusiasta y que el 87% de los adoptados estaban muy o moderadamente contentos en ese momento.

.- Askin y Davis[285] : entienden que la mayoría de personas adoptadas que buscan sus orígenes pasan por una serie de fases donde experimentan conflictos y frustraciones comunes, considerando la justificación de recibir un asesoramiento o soporte moral:

. El estrés emocional que supone saber que ha sido adoptado y ser consciente del abandono por parte de unos padres biológicos.

. Las trabas legislativas que dificultan la búsqueda de información (En España varía con ocasión de la entrada en vigor de la Ley de Adopción Internacional de 2007).

---

282 Amorós, P, Fuentes, N, Maldonado, E, Mateo, M. "*Adultos adoptados*: *el conocimiento de sus orígenes. Situación en España*", ob. cit., pág. 157.
283 Ibídem, pág.158.
284 Sachdev, P (1992): "*Adoption and reunion after: A study of the search process and experience of adoptees*". Child Welfare League of America, LXVI, págs. 53-68.
285 Askin, J, Davis, M: "*Search: A handbook for adoptees and birthparents*".Edit. Orix, 2ª edición, 1992.

.- Pacheco y Eme[286]: Los motivos más significativos para iniciar la búsqueda en personas adultas fueron: embarazos o nacimientos de un hijo, preocupaciones médicas y la muerte de los padres adoptivos. Indican que una mayoría significativa de adoptados encontraron la reacción positiva (71%).

.- Kowal & Schilling[287] : Manifiestan que el número de mujeres que buscan sus orígenes es superior al de los hombres. Los motivos descansan en que ellas están más implicadas en la experiencia del embarazo, se encuentran más a menudo con sus sentimientos y sienten que buscar sus raíces puede enriquecerlas. Por último las mujeres, probablemente, tienen más necesidad de identificarse con una madre de nacimiento para resolver sus conflictos de identidad.

.- Humphrey H & Humphrey M[288]: Confirman los datos anteriores y resaltan la mayor necesidad que reflejan las mujeres en reafirmar su identidad. Este hecho aumenta con una vida en pareja y como consecuencia de la propia maternidad.

En esta investigación se presentó una muestra de setenta y seis adoptados que buscaban a sus familias biológicas (cuarenta y dos mujeres y treinta y cuatro hombres). Las conclusiones obtenidas respecto a las reuniones entre madre e hijo fueron que, con frecuencia, se dieron desacuerdos entre ambas partes. Esto, sin embargo, no ocurrió en los encuentros celebrados entre hermanos, los cuales aportaron más beneficios a la persona adoptada[289].

b.- Datos relativos a la investigación realizada en España:

Una vez expuestos los datos correspondientes a esas investigaciones internacionales, vamos a centrarnos en el ámbito nacional español. Aunque la investigación de Amorós se realiza a lo largo del año 1997, los datos concluyentes se refieren a las solicitudes realizadas durante el transcurso de los años 1995 y 1996. El estudio se enfocó a todas las Administraciones del Estado Español. En total, treinta y ocho Diputaciones Provinciales, tres Diputaciones forales (País Vasco), el Consejo Insular (Mallorca), los Cabildos Insulares (Gran Canaria y Tenerife) y las seis

286Pacheco, F Eme, R: "*An outcome study of the reunion between adoptees and biological parents*". Child Welfare League of America LXXII, 1993, págs. 53-64.
287 Kowal, K.A, Schilling, K, M: "*Adoption throung the eyes of adult adoptees*" American Journal of Orthopsychiatry, 1985, págs 334-362.
288 Humphrey, H, Humphrey, M: "*Demaged identity and the search for kinship in adult adoptees*". British Journal of Medical Psichology, 1989, págs. 301-309.
289 Amorós, P, Fuentes, N, Maldonado, E, Mateo, M. "*Adultos adoptados*: *el conocimiento de sus orígenes. Situación en España*", ob. cit., pág. 160.

Comunidades Autónomas uniprovinciales. Se comprueba que durante estos años, el número de adoptados que en España solicitaron información sobre sus orígenes fueron ochocientas cuarenta y dos personas. Este dato corresponde a la información enviada por veinticuatro Diputaciones Provinciales que colaboraron en el estudio. Teniendo en cuenta que se solicitó información a cincuenta Organismos[290], se entiende que aproximadamente el número real de búsquedas podría estar constatado en el doble; esto significa que alrededor de mil setecientas personas solicitaron información sobre sus orígenes biológicos.

Esos veinticuatro Organismos Provinciales señalados, también facilitaron información relativa a las búsquedas solicitadas en los años inmediatamente anteriores. Los resultados revelan un auge considerables en el número de búsquedas:

1992: 164 personas.

1993: 266 personas.

1994: 369 personas.

Entre los factores que propiciaron ese aumento considerable, explica Amorós, que está el aumento de programas de televisión dedicados a este tema (67%), así como la gran influencia de los medios de comunicación que trataron este asunto (29%). Un motivo menor lo refiere a un mayor conocimiento de dónde se podían encontrar los datos y cómo solicitarlos por parte de los interesados (4%).

Treinta y una de las Diputaciones Provinciales consultadas, enviaron alguna información acerca del estado civil de las personas que solicitan información sobre sus orígenes. Esto representa un 62% de la muestra total. El interesante resultado concluye que las personas solteras constituyeron un 18% del total, los casados o en pareja fueron un 77% y los viudos, separados o divorciados lo formaron un 5%. Esto puede significar que el deseo de conocer los orígenes está íntimamente relacionado con la idea de formar una familia y tener una historia común a compartir y construir. A su vez, el 78% de los que solicitaron información tenían hijos, mientras que el 22% restante no tenía descendencia. Esto desvela que los hijos adoptados, en su etapa de madurez cuando, experimentan su propia maternidad o paternidad, les surge el deseo de conocer aspectos relacionados con sus propios padres biológicos.

[290] Amorós, P, Fuentes, N, Maldonado, E, Mateo, M. "*Adultos adoptados*: *el conocimiento de sus orígenes. Situación en España*", ob. cit., pág.161.

En definitiva, independientemente de lo anterior, el factor común que se constata en todas esas personas es la inquietud por saber acerca de sus padres naturales.

La investigación de referencia concluye que, independientemente de que el incentivo básico de la búsqueda sea esa inquietud por saber, existen otros motivos[291] que Amorós coloca por orden de importancia[292]:

.- *Adoptados de edad avanzada que pueden creer que esa es la última oportunidad de encontrar sus raíces.*

.- *La muerte de uno de sus padres adoptivos o de ambos.*

.- *Adoptados adultos que sienten preocupación por su madre biológica ya de avanzada edad, y en consecuencia la ayuda que pueda necesitar.*

.- *Por motivos médicos o hereditarios.*

.- *Contraer matrimonio, embarazo, haber tenido descendencia.*

.- *Situaciones de estrés; separación, divorcio, muerte de un familiar.*

.- *Miedo a contraer matrimonio con un hermano o encontrarse en cualquier lugar con una persona que se parezca a él.*

.- *Decisión de tener hijos.*

Además de los anteriores, existen otros motivos citados por el personal de las propias Diputaciones colaboradoras, ordenados de mayor a menor grado de importancia fueron:

.- *Situaciones de soledad en general.*

.- *Posibles herencias o descender de alguien importante.*

.- *Preguntarse si tienen hermanos.*

---

[291] Junto a estos motivos comunes que señala Amorós en su estudio, otros autores, como Vela Sánchez, A.J, señalan como razones más habituales que impulsan la búsqueda de los orígenes, la simple y legítima curiosidad personal, razones de salud, descubrir genes o rasgos genéticos esenciales para prevenir o curar enfermedades, impedimentos para contraer matrimonio, intereses sucesorios o, en general, la necesidad de completar la identidad, buscando su sitio generacional al localizar su procedencia para prolongarla a sus hijos. Tampoco faltan personas que buscan a sus ascendientes únicamente como reacción negativa hacia sus padres adoptivos. En este aspecto, señala el autor que los motivos pueden pasar por chantajear a los padres de adopción. En definitiva es importante conocer los verdaderos motivos del adoptado para acceder a facilitarle la información: En "*El derecho del adoptado a conocer los orígenes biológicos*", ob. cit., pág. 1.

[292] Amorós, P, Fuentes, N, Maldonado, E, Mateo, M. "*Adultos adoptados*: *el conocimiento de sus orígenes. Situación en España*", ob. cit., pág. 167.

.- *Motivos por los que se les abandonó.*

.- *Haberle facilitado la búsqueda.*

.- *Reclutamiento y declaración de prófugo de un difunto.*

.- *Conocer el árbol genealógico.*

.- *Reclamar a la madre el abandono.*

.- *Niños de la guerra.*

.- *Considerar que ha sido buscado por sus padres biológicos y que no le han encontrado.*

.- *Certificados: escolaridad, estancia en centros de beneficencia.*

.- *Regalar este tipo de información a un hijo adoptado.*

Hemos seleccionado el estudio de Amorós al entender que, teniendo en cuenta que se refiere a conclusiones relativas a los años noventa, y que es precisamente en esa década en la que "algo" desencadena que las búsquedas de sus familiares de origen aumenten de forma considerable, nos puede ayudar a descubrir qué ocurrió para justificar la existencia de ese auge en el ansia de saber de estos hijos.

Reflejando todo lo anterior a nuestros tiempos actuales, situándonos ya en la primera década del siglo XXI, vamos a analizar los avances alcanzados en esa tarea de obtener un respeto generalizado de ese derecho de los hijos adoptados a conocer sus orígenes.

b) Estudio relativo a la "*Valoración en Intervención Psicopedagógica en Casos de Niños Adoptados*", realizado en el año 2008 por el Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación, de la Facultad de Pedagogía de la Universidad de Barcelona (Roqueta Sureda) [293].

Se trata de una investigación dedicada a la importancia que para los niños adoptados tiene el conocer su identidad biológica. Entre las conclusiones obtenidas se encuentra el hecho de que el niño tiene el derecho a saber su origen y, de igual forma,

[293] Roqueta Sureda, A. "*Valoración en intervención psicopedagógica en casos de niños adoptados*". Facultad de Pedagogía. Universidad de Barcelona. http://www.familiayadopcion.com/fileadmin/user_upload/pdf_documentos/Estudio_Assumpta_Roqueta/Estudio_Assumpta_Roqueta.pdf, 2008. Consultado el 15 de noviembre de 2013.

los padres tienen el deber y la responsabilidad de hacerle saber[294], de darle a conocer la verdad[295]. Es tarea obligada de los padres adoptivos hacer que su hijo tenga el máximo conocimiento de su historia. Es evidente que el amor no lo cura todo. Los padres necesitan estrategias y herramientas para afrontar las dificultades que se pueden presentar, y una de ellas, es la comunicación de sus orígenes[296].

Esta complicada tarea de comunicación es la mayor diferencia que preside la vida de los padres adoptivos frente a la de padres biológicos. Sin duda alguna, revelar esa circunstancia es la carga más difícil de afrontar.

Es un dato constatado que, hoy en día, los padres adoptivos tienen más claro que el hecho de la adopción no se puede ocultar de la misma forma que se hiciera en tiempos pasados. A los hijos, por el bien de todos los miembros de la familia, pero, sobre todo, por el suyo propio, se les debe informar sobre la verdad de su realidad. Independientemente de lo anterior, es evidentemente que el cómo y el cuándo es otra cuestión distinta que puede resultar altamente complicada.

El acceso al conocimiento de los orígenes es una inquietud profundamente humana. Los hijos adoptados tienen el derecho a conocer de dónde vienen y de quién. A fin de cuentas, no hay que obviar que se trata de su propia historia y, por tanto, les pertenece[297].

Precisamente esta línea es la que sigue el ya reseñado David Azcona. Él, como hijo adoptado, asiente con toda claridad en que esa necesidad de saber y resolver esas incertidumbres acerca de los inicios reales de una persona entregada en adopción, no

---

[294] En este punto debemos destacar que la tendencia está dirigida a legislar sobre el deber de los padres adoptados de comunicar a sus hijos su verdadera condición. En este sentido, la legislación catalana, en su art. 235-50 de su Código Civil recoge esta obligación para los progenitores legales.

[295] Tal y como señala García Alba, J., los padres adoptivos deben estar preparados para aceptar el derecho del adoptado a saber todo lo relacionado con su adopción y la historia de su vida anterior, pero también para facilitarle esa información de la manera más fidedigna y comprensible. De esta forma se les ayuda a comprender las circunstancias de la adopción. si ocultan estos datos al menor es probable que, tarde o temprano, lo descubra y se sienta engañado y traicionado por ellos: En "*El proceso de la adopción como parte de los ciclos evolutivos de la familia*", En "*La Adopción: situación y desafíos en el futuro*". CCS, Madrid 2005, pág. 52.

[296] Para Rivero Hernández, F., La necesidad de conocer los orígenes que siente el hijo adoptado puede causar graves problemas personales e incluso psiquiátricos en la formación y desarrollo de su personalidad. En realidad, el problema verdadero para muchos psicopedagogos, psicólogos y juristas no descansa tanto en decir la verdad acerca de su origen, sino en cuándo, quién y cómo debe decírsele al hijo: En "*Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español*". Anuario de Derecho Civil, 1987, pág. 24.

[297] Roqueta Sureda, A. "*Valoración en intervención psicopedagógica en casos de niños adoptados*". Facultad de Pedagogía. Universidad de Barcelona. http://www.familiayadopcion.com/fileadmin/user_upload/pdf_documentos/Estudio_Assumpta_Roqueta/Estudio_Assumpta_Roqueta.pdf, 2008. Consultado el 15 de noviembre de 2013.

tiene nada que ver con el sentirse querido por su familia adoptiva. No tiene ninguna relación con una ausencia de cariño por parte de la única familia que se ha conocido. Esta necesidad de conocer responde sencillamente a que, las personas adoptadas, poseen unas necesidades especiales dado que su vida tuvo un comienzo basado en la pérdida y el desarraigo[298].

La adopción es un verdadero rompecabezas en el que las piezas las aportan, por una parte los padres, y por otra los hijos. Los hijos llevan toda su historia, las secuelas que pueden haber quedado, el duelo por todo lo vivido y perdido en el lugar de origen. Los padres aportan la capacidad de haber elaborado los duelos y frustraciones anteriores, en sus intentos fallidos de parentalidad. Hay una gran necesidad por parte de los niños de construir ese rompecabezas y de saber la historia propia para poder construir su identidad. Para ello es necesario acceder a todas y cada una de las piezas de ese rompecabezas[299].

Para la mayoría de personas que no hemos sufrido esta complicada situación, la historia de nuestra vida se forja de forma natural y segura sobre una serie de relatos narrados por los nuestros. Siempre contamos con un inicio que parte, incluso, desde un momento anterior a nuestro propio nacimiento. Esta cuestión para nosotros resulta simplemente anecdótica. Por el contrario, para los que no gozan de esos datos, esa situación puede convertirse en un vacío imposible de ser suplido por otras experiencias narradas por la familia adoptiva. Lo anterior, sencillamente responde a que esas personas tienen un punto de partida posterior. Su identidad carece de una elemental parcela que debe ser construida.

La falta de información y la incertidumbre adquirida hace que, en sus mentes, inevitablemente, en muchos momentos de su vida, se creen "películas increíbles". Como relata Azcona, "*un día te da por pensar que igual tu madre biológica era prostituta o drogadicta y otro día piensas que era una gran dama famosa y rica*"[300].

---

298 Castillejo, M.J: "*Los adoptados necesitamos conocer nuestra historia, sin huecos en blanco*".http://www.diariodenavarra.es/20090602/navarra/los-adoptadosnecesitamos conocer nuestra historia sin huecos blanco html?not=200906020152590. Publicado 2 de junio de 2009. Consultado el 13 de octubre de 2013.

299 Roqueta Sureda, A. "*Valoración en intervención psicopedagógica en casos de niños adoptados*". Facultad de Pedagogía. Universidad de Barcelona. http://www.familiayadopcion.com/fileadmin/user_upload/pdf_documentos/Estudio_Assumpta_Roqueta/Estudio_Assumpta_Roqueta.pdf, 2008. Consultado el 15 de noviembre de 2013.

300Castillejo, M.J: "*Los adoptados necesitamos conocer nuestra historia, sin huecos en blanco*".http://www.diariodenavarra.es/20090602/navarra/los-adoptadosnecesitamos conocer nuestra historia sin huecos blanco html?not=200906020152590. Publicado 2 de junio de 2009.

Refiere que la época más delicada para estas personas es la adolescencia. Junto al caos mental y emocional propio de esa edad, se añade la confusión y las dudas relativas a los orígenes biológicos.

Como ya hemos hecho referencia anteriormente, entre los motivos principales que se repiten de forma generalizada para iniciar una búsqueda se encuentra el hecho de contraer matrimonio, el nacimiento de un hijo o la muerte de un ser querido. Todos estos factores suelen despertar en los hijos adoptados la necesidad de conocer a sus padres biológicos. En un gran número de situaciones, puede añadirse que el hijo adoptado tenga dificultades para establecer un vínculo con los padres adoptivos, ya que previamente han sufrido abandono de sus padres o cuidadores, o en ocasiones han tenido carencias psíquicas, emocionales o físicas[301.] Otra serie de motivos descansan en la averiguación de datos genéticos que eviten padecer enfermedades, o encontrar la causa de las que ya se sufren. También pueden residir en posibles impedimentos a la hora de contraer matrimonio.

Ningún estudio psicológico duda ya de la necesidad que tiene el individuo de conocer sus orígenes[302], ni de que el desconocimiento de lo anterior afecta al desarrollo de la persona.

c) Estudio realizado por Departamento de Estudios Educativos de la Universidad de Utrecht, con la colaboración del Servicio Social Internacional, de 2000[303]:

Esta investigación versa sobre los motivos más comunes que impulsan a los hijos adoptados a la búsqueda de sus orígenes. La conclusión arrojó como resultado que existen varias causas que animan a estas personas a comenzar la búsqueda de sus progenitores y de sus familiares de sangre. Alguna de estas razones responde al hecho de que se encuentren ante una identidad incompleta que les provoca un sentimiento de vacío en su propia imagen. Desconocen, entre otras cosas, a quién podrían parecerse físicamente. Esto refleja una carencia de ese espejo biológico[304]. Otras razones responden a un compresivo querer saber de dónde vienen, quiénes son sus padres y por qué les entregaron y abandonaron.

301 Fernández Zúñiga, Marcos, A y Rodríguez Bustelo, C: "*Quiero Adoptar*". CEAC, Barcelona 2009, pág. 40.
302 Rojas Sánchez, G.A:" *Aspectos Psicológicos de la adopción: Padres e hijos*". http://www.quiensabedonde.es/es/aspectos-psicológicos-de-la-adopción./ "*Adopción de Niños*" http://bvs.sld.cu/revistas/gme/pub/vol.6.(3)_05/p5.html. Consultados el 18 de noviembre de 2013.
303 García Villaluenga L, Linacero de la Fuente M: "*El derecho del Adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*", ob. cit., pág. 15.
304 Ibídem, pág. 19.

Para lograr esa conclusión y realizar este estudio[305], el Servicio Social Internacional (ISS), permitió la utilización de sus archivos con el fin de poder identificar a personas que habían realizado la búsqueda en los últimos cinco años. También se sirvieron de la colaboración de algunas asociaciones de personas adoptadas como "Arierang", "Chicolad" y la "Asociación de Adoptados Vietnamitas"[306].

La conclusión[307] de este estudio determinó que los principales motivos señalados por los participantes encuestados, no descansaban en una única razón. En realidad fueron varios en cada uno de ellos: Un 72% de las personas, sentían una identidad incompleta. Un 61% necesitaba saber de dónde venían, quienes eran sus parientes y la razón del abandono. Otro 61% sentía un vacío en su imagen al carecer del citado "espejo biológico".

Tal y como recoge García Villaluenga, hay que destacar que en el estudio se hace referencia a una declaración reiterada hecha por los adoptados: "*Comencé la búsqueda porque vivía con la idea de que en algún lugar lejano había alguien que se parecía a mí o a quien yo me parecía*"[308].

d) Estudio realizado por la "*Children`s Society*" de Gran Bretaña[309], de 1997.

Este estudio fue una investigación relativa a las vivencias experimentadas por personas adoptadas en ese camino a la búsqueda de sus familiares. Se realizó un trabajo en el que se contó con cuatrocientas setenta y dos personas[310]. Por este alto número de participantes no hay duda de que los resultados significan una gran garantía. Tradicionalmente, la "*Children Society*", fue una de las más importantes agencias de adopción en Gran Bretaña, participando en el proceso de aproximadamente dieciséis mil niños. Las observaciones practicadas se hicieron sobre el conjunto de circunstancias y sentimientos hallados en las búsquedas de orígenes. Las anteriores se clasificaron en tres tipos de estados relativos al recorrido que podían realizar esos hijos adoptados que deseaban conocer sus orígenes; Predisposición a la búsqueda de información,

305 Este estudio se basó en un modelo teórico desarrollado por Brodzinsky. En: Brodzinsky, D. M, Et Alter: "*Being adopted. The lifelong search for self*". Anchor Books, New York, 1992.
306 García Villaluenga L, Linacero de la Fuente M: "*El derecho del Adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*", ob. cit., pág. 15.
307 Ibídem, pág.16.
308 Ibídem, pág. 16.
309 Howe, D, Feast, J: "*Adoption, search &reunion: The long term experience of adopted adults*". The Children Society, London, 2000.
310 La Fundación Nuffield concedió a esta Sociedad una importante ayuda económica para esa investigación: En García Villaluenga, L, Linacero de la Fuente, M: "*El derecho del Adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*", ob. cit., pág. 16.

predisposición añadida de utilizar los servicios de asesoramiento y, por último, la suma a los anteriores de una predisposición para optar finalmente por el encuentro con sus familiares de origen.

A su vez, en esta investigación, se señaló que en los años comprendidos entre 1988 y 1991, ciento treinta y dos personas instaron información acerca de sus registros de nacimiento; ciento veintiséis de ellas decidieron finalmente iniciar una búsqueda. Sólo seis personas desistieron del intento. Por otro lado, hay que destacar que, de esas ciento veintiséis personas que decidieron continuar con la búsqueda, únicamente ochenta y cuatro lograron localizar a algún miembro de su familia natural. Durante los tres años en que se realizó esta investigación, solamente tres de las madres localizadas y uno de los padres, rechazaron el encuentro. Las razones se fundamentaron en la situación actual en la que se encontraban en el momento de ser localizadas. De forma común, huyeron del contacto por causas relacionadas con los miembros de las nuevas familias que habían formado tras la adopción.

Hay que tener en cuenta que en 1975 se aprobó en Gran Bretaña la "*Children´s Act"*[311] por la que se reconoció el derecho de los adoptados mayores de 18 años, a acceder a los datos relativos a su origen desde su partida de nacimiento.

Las conclusiones que se desprenden de ese estudio británico son las siguientes[312]:

.- El 81% de los adoptados encontraron el hecho de recibir información muy positiva.

- El 71% afirmó que el haber accedido a esa información le había sido útil para poder responder a cuestiones que se planteaba sobre sus antecedentes biológicos.

.- El 85% una vez obtenida la información tuvo contacto con alguno de sus familiares naturales.

.- Un 76% mantuvo un contacto con su madre biológica, un 85% con uno o más familiares y un 70% se comunicó con su padre biológico.

.- Para un 85% el encuentro fue positivo y un 61% de ellos afirmó sentirse más completo como persona.

311 Sección 26 de la Children´s Act de 1975, y la Adopción Act 1976, Sección 51.
312 García Villaluenga L, Linacero de la Fuente, M: "*El derecho del Adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*", ob. cit., pág. 18.

En definitiva, este estudio arroja un resultado de alta fiabilidad por el alto número de intervinientes (472 adoptados). Desvela que, los hijos adoptados que deciden buscar a su familia biológica, con frecuencia, obtienen éxito. A su vez, en un alto porcentaje de casos lograron mantener un contacto en años posteriores. Destaca el calificativo de "muy positivo" en relación con el hecho de haber decidido iniciar la búsqueda.

1.2.- Fundamentos de la necesidad de conocer los orígenes biológicos

Tal y como se ha expuesto anteriormente, uno de los factores principales que incidió potencialmente a que, en la década de los noventa, se produjera ese importante auge en el interés por los orígenes biológicos, fue debido, en gran parte, a los medios de comunicación[313]. En esos años se produjo un aumento del interés televisivo y periodístico por estas cuestiones. El reflejo de estas informaciones de forma pública y mediática, a través de los medios de comunicación con más difusión, reforzaron a muchas personas en la toma del impulso para decidirse a iniciar la búsqueda de familiares. Se daban numerosos casos de ciudadanos españoles que se encontraban ante esa necesidad de saber. Por diversas razones no se habían decidido a dar el paso. Finalmente, impulsados por la repercusión del tema en los medios de comunicación, dieron ese paso hacia la búsqueda de información.

Tratando esta cuestión relativa a la tarea influyente que realizaron los medios de comunicación, no podemos pasar por alto la labor realizada por el programa de televisión "¿*Quién sabe dónde*?"[314]. Como datos objetivos a resaltar, hay que indicar que este espacio televisivo, emitido por Televisión Española entre los años 1992 y 1998, fue un programa de tele-realidad cuya finalidad era encontrar personas desparecidas. Pronto se convirtió en un instrumento para la búsqueda de familiares biológicos.

La idea original del programa surgió de una propuesta emitida en 1989 por el diputado del CDS (Centro Democrático y Social), Francisco Javier Moldes Fontán. La idea fue aceptada por el Congreso de los Diputados. El PSOE (Partido Socialista Obrero Español) presentó el proyecto a Televisión Española en 1990[315]. Esta idea tuvo también su base en la existencia de este formato en la televisión italiana ("*Chi l'ha visto*" (RAI)),

[313] Amorós, P, Fuertes, J, Paula, I: "*La búsqueda de los orígenes en la adopción*", ob. cit. pág. 108.
[314] Guerrero, E. (ed): "*El entretenimiento en la televisión española*", (http://books.google.es/books?id=t8Pzs97qLowC&pg=PA44%dq=%22gustabo+perez+ Puig, pág. 97. Consultado el 1 de octubre de 2013.
[315] Boletín Oficial de las Cortes Generales, III Legislatura.

estrenado el 30 de abril de 1989. Tras diferentes borradores, el programa se estrenó el 22 de febrero de 1992 en la segunda cadena de RTVE. A partir de su segunda temporada, iniciada en octubre de 1992, pasó a emitirse en el "p*rime time*"[316] de la primera cadena del ente público. A lo largo de la historia del programa, que finalizó su emisión en junio de 1998, de los dos mil setecientos cincuenta casos de personas desparecidas o buscadas, se resolvieron el 70%. Hay que tener en cuenta que muchos de los casos se centraron en localizar a familiares biológicos de personas que necesitaban resolver la incógnita de sus orígenes. Teniendo en cuenta que la audiencia tuvo un promedio de cuota de pantalla del 33% y que fue líder habitual en su franja horaria (llegando a alcanzar un 54,4% de *share* [317]), la influencia que causó en la audiencia fue evidente.

Esta influencia en la búsqueda de orígenes biológicos fue de tal envergadura que su presentador, el periodista Francisco Lobatón, fue uno de los precursores de la "*Asociación Nacional de Derecho a Saber*" (ANDAS), destinada a este fin. Propuso canalizar la avalancha de llamadas a Televisión Española, de infinidad de madres e hijos, en un colectivo u organización que velara por sus intereses e inquietudes.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el tabú que presidía las relaciones entre hijos adoptados y su entorno social comenzó a cambiar. Hay que recordar que la época en la que nos estamos situando, internet era aún un gran desconocido, no era de uso general ni estaba al alcance de todos. El hecho de que los medios de comunicación trataran y normalizaran las búsquedas entre madres e hijos, provocó que esas premisas potencialmente negativas hasta el momento, y que presidían el hecho de una posible búsqueda de los orígenes de una persona, comenzaran a cambiar. Entenderlo como un fracaso de la familia adoptiva, o incluso como una cuestión de traición[318], dejó de contemplarse para abrir el camino a premisas sustancialmente más positivas y menos dramáticas.

Desde entonces, en España, el número de programas de televisión, emitidos tanto por la cadena pública como por entes privados en los que se trata la búsqueda de familiares biológicos por parte de hijos adoptados, ha sido una costumbre. Hoy en día es

316 Expresión referida a "Horario Estelar".
317 Cuota de pantalla del medio televisivo.
318 López, M: "*Soy adoptado. La importancia de conocer los orígenes*" http:/sanarte.cl.2009/07/%E2%/80%9Csoy-adoptado%E2%80%9D-laimportanciadeconocerlosorigenes. 13 de julio de 2009. Consultado 19 de marzo de 2012.

completamente normal encender la televisión y contemplar espacios televisivos en los que se trata esa búsqueda entre familiares separados por las circunstancias de la vida.

Otra cuestión importante fue la relativa a un extraordinario suceso ocurrido en agosto de 1995 en Navarra. En sus antiguas dependencias de la maternidad y orfanato, fueron sustraídos una serie de libros que contenían los datos identificativos de madres biológicas que habían entregado a sus hijos en adopción en la antigua Casa Cuna de Pamplona. Un periódico local publicó la lista con los nombres[319]. Al tiempo, centenares de personas comenzaron a recibir copias de bautismo con su identidad biológica. Esto, sin duda, pudo influir en el auge del inicio de la búsqueda de orígenes por parte de personas adoptadas[320].

Como ya hemos señalado, en la actualidad, los estudios de psicología infantil demuestran que no revelar el origen del niño adoptado produce efectos perjudiciales en la persona, generando una brecha de desconfianza e inseguridad entre padres e hijos adoptivos. Es importante afirmar que la mayoría de los trastornos conductuales y emocionales en el niño adoptado se producen por mantener su condición en secreto. Otro punto de preocupación surge de las dificultades que algunos padres encuentran para manejar la situación. También es una alarma de peligro, el hecho de que se enteren de su condición de adoptado por boca de un tercero, y no por los propios padres adoptivos. Esto sin duda provoca un alto grado de desconfianza difícil de restaurar. En definitiva se puede sentir en gran medida como una gran traición de sus padres[321].

Otra cuestión de interés es que, el secreto en la adopción va más allá de los padres. No hay que olvidar que no sólo se impide al hijo a conocer a sus padres biológicos. Los ascendientes o hermanos naturales también se ven privados de un familiar al que nunca podrán conocer.

De igual forma, podemos plantear también el supuesto de que, ante un caso de maternidad anónima libremente elegida, a ese hijo no sólo se le impida saber quién es

---

319 La AP de Pamplona, a través de la sentencia núm. 285, de 30 de diciembre de 1998, absolvió al periodista que había publicado la información al entender que los datos que se habían difundido no indicaban datos sobre la filiación matrimonial extramatrimonial o adoptiva u otras circunstancias transcendentales para entender quebrantado el derecho a la intimidad. En consecuencia, no entendió que se hubiera cometido un delito de descubrimiento y revelación de secretos del 197 CP.

320 Este hecho generó que surgieran grupos de personas que deseaban conocer su historia. De estos movimientos derivó el nacimiento de asociaciones como la ya citada "ANDAS".

321 López, M: "*Soy adoptado. La importancia de conocer los orígenes*" http:/sanarte.cl.2009/07/%E2%/80%9Csoy-adoptado%E2%80%9D-laimportanciadeconocerlosorigenes. 13 de julio de 2009. Consultado el 19 de marzo de 2012.

su madre sino que, como inevitable consecuencia de lo anterior, se le prive de todo cauce para poder conocer a su padre, hermanos y el resto de parientes biológicos.

Por todo ello, la posibilidad de un contacto post-adopción es entendido como beneficioso para todas las partes involucradas. Así lo entienden los defensores de la "adopción abierta", sistema cada vez con más seguidores y que, como ya se ha indicado, la reforma que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, ha recuperado en la nueva redacción del artículo 178.4 CC. No hay duda de que contactar con el hijo, por parte de los padres biológicos, ayuda a estos a superar el dolor por la pérdida de su niño[322.] Este contacto, de la misma manera, ayuda al niño a eliminar la incertidumbre y los vacíos y aspectos difíciles de un pasado. También proporciona a los padres adoptivos un sentimiento de seguridad en sus relaciones con el hijo, puesto que no están ocultando la verdad ni esclarecen que no esconden ningún interés[323]. Esto ayuda al niño a desarrollar un sentido de la identidad.

Contactar con sus padres biológicos ofrece al hijo el razonamiento de que hay un respeto reconocido entre sus padres biológicos y sus padres sociales y que ambas familias se muestran con intención de colaborar en asegurar el bienestar de ese hijo.

Con el fin de justificar esa necesidad de buscar los orígenes biológicos, vamos a hacer alusión al estudio realizado por García Villaluenga, quien participó activamente en la creación de la Asociación Nacional del Derecho a Saber (ANDAS)[324]. Previamente a obtener sus conclusiones sobre esta cuestión, se realizaron varias entrevistas a hijos adoptados que buscaban sus orígenes biológicos, entre los años 1995-1997.

Estas personas, refirieron como expresiones comúnmente repetidas: "*Necesitamos mirarnos en los ojos de la persona que nos dio la vida", "somos una*

322 Ver Harris-Short, S: "*Making and Breaking Family Life: Adoption, the State and Human Rights"*, 35 J.L.& Soc,y 28 , 2008, pág. 18. Ver Murray Ryburn: "*Whose Best Interest*? *Post Adoption Contact with the birth Family*", 10 Child & Fam. L.Q 60, 1998.

323 Harris-Short, S: "*Making and Breaking Family Life: Adoption, the State and Human Rights"*, 35 J.L.& Soc,y 28, 2008, pág. 18. Ver Murray Ryburn: "*Whose Best Interest? Post Adoption Contact with the birth Family"*, 10 Child & Fam. L.Q 60, 1998.

324 Como decimos, en la creación de los estatutos y puesta en marcha de esta Asociación, tuvo participación activa la autora García Villaluenga. El equipo de voluntarios estuvo principalmente formado por alumnos de tercer curso, y licenciados, de la Universidad Complutense de Madrid. Esta Asociación contaba con un equipo de apoyo que ayudaba a las personas adoptadas en la búsqueda de sus familiares biológicos: En García Villaluenga, L, Linacero de la Fuente, M: "*El derecho del Adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*", ob. cit., pág. 14.

cadena que le falta un eslabón", o la utilización común del símil del puzle o del rompecabezas incompleto". En las encuestas realizadas, esos hijos adoptados afirmaron que tener una información adecuada por adelantado es muy conveniente, entendiéndose como fundamental un asesoramiento especializado, sobre todo una vez que se ha producido el primer contacto. Es precisamente en ese momento cuando más cambios psicológicos concurren. Todos coincidieron en que el hecho de haber conocido a sus familiares biológicos había sido muy positivo[325].

No hay que olvidar que, durante décadas, la posibilidad de que un hijo adoptado pudiera conseguir información de sus familiares de origen era muy escasa. En la mayor parte de los casos, si no desistía en el intento como consecuencia de las insalvables barreras burocráticas, su último camino era terminar en los tribunales de justicia.

Prueba práctica de la exactitud de todo lo anterior, la obtenemos en el destacado testimonio emitido por el letrado valenciano, Vila Torres[326]. Además de contar con la condición de ser hijo adoptado, goza de una importante experiencia profesional en temas relacionados con búsquedas de orígenes biológicos. Posee un destacado conocimiento de la materia, no sólo a nivel personal, sino sobre todo profesional. En el ejercicio de la abogacía desde el año 1993, lleva dos décadas consagrado en la tarea de facilitar a hijos adoptados el encuentro con sus madres biológicas. Presta su ayuda profesional a personas que, como él, ansían conocer sus orígenes naturales. Ha conseguido un sólido prestigio a nivel nacional en esta rama del Derecho, pues ha colaborado en la resolución de cientos de casos en los que, tras el acceso a los archivos que controla la Administración, y previo procedimiento judicial, ha logrado que sus clientes lleguen a conocer los datos relativos a sus progenitores.

Vila también colaboró activamente con ANDAS, con el fin de ayudar a los adoptados y madres biológicas que se buscaban. En la actualidad, esa labor continúa en la Asociación "SOS RAICES", organización que sigue el rumbo de la anterior, y en la que Vila también participa. De la misma manera, colabora con la Asociación

[325] García Villaluenga L, Linacero de la Fuente, M: "*El derecho del Adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*", ob. cit., pág. 19.

[326] Además de lo anterior, es autor del libro titulado "*Bastardos*" (ed. Arcopress, 2010) en el que realiza un impactante relato de hechos reales en que se narran casos de madres embarazadas que se vieron en la dificultad de abandonar a sus hijos bastardos cuando eran recién nacidos. También se refleja de una forma detallada la angustiosa historia de esos hijos que, ya adultos, acudieron a su despacho profesional con el fin de encontrar a sus madres biológicas y conocer el inicio de sus orígenes. De igual forma, ha participado en el libro "*Mediación familiar en la búsqueda de orígenes. El encuentro con mi espejo biológico*", ed. Grupo 5, Madrid, 2012.

"PROFILIUM", destinada a que los hijos ilegítimos tengan derecho a ser reconocidos por sus padres y madres biológicas. En palabras de Vila[327]:

"A*unque sigue tras la pista, se ha encontrado con la triste negativa de la iglesia de decirnos el nombre de nuestra madre*". "*Cuando conocemos lo que somos, deseamos conocer de dónde venimos. Muchos adoptados no saben cómo empezar la búsqueda, bien por presiones familiares o sociales, vergüenzas o miedos, pero, ¿Quién puede negar a alguien que conozca a la persona que le dio la vida*?". "*Con el paso de los años, hay un gran número de madres arrepentidas que abandonaron forzosamente a sus hijos*". Enrique Vila cree que "*resulta inhumano que se estén buscando y no puedan encontrarse por la cerrazón mental de algunas instituciones*".

En relación con su labor profesional, afirma que "*es una experiencia legal apasionante, tanto por las dificultades que conlleva y su superación, como por la enorme satisfacción de sus resultados; juntar a dos seres de la misma sangre, separados tras tantos años*"[328]. Entre sus reflexiones respecto a la incertidumbre que genera el no saber, entiende que *"Sólo sé que existe una "llama" en el interior de toda persona que exige y que clama por calmar esa duda, ese interrogante… ¿Cuáles son mis raíces? Difícil de explicar pero basta con hablar con uno de nosotros, adoptados que buscamos, mirándonos a los ojos, para completar nuestra inquietud (…) Como adoptado sólo podría resumir esta pregunta de una forma: necesito saber quiénes son mis padres como necesito el respirar, el beber o el comer (…) No hay ningún interés morboso, material, económico o familiar. Simplemente lo necesita mi cuerpo y mi mente como una necesidad básica sin la cual no estoy completo. Soy como un árbol sin raíces*".

Vila, narrando los casos que ha presenciado en los que el encuentro finalmente se produce, destaca como los protagonistas, al encontrar a unos padres, sienten por fin un descanso y una sensación de inquietud saciada. Añade que, aunque no se puede generalizar, en realidad, los adoptados no quieren encontrar unos padres nuevos, pues sólo tienen unos que son los adoptivos y que son insustituibles. No se puede confundir

[327] Con anterioridad a que este derecho a conocer los orígenes fuera reconocido legalmente en España a través de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, Vila luchaba ya en los Tribunales por su consagración. Así lo expresaba en una entrevista concedida al Diario "Actualidad", publicado en fecha 21 de diciembre de 2000. Vila fue entregado en adopción el mismo día de su nacimiento (Casa Cuna Santa Isabel, Valencia, 18 de mayo de 1965). A los 23 años, se enteró por casualidad de que era adoptado y desde entonces está "empeñado" en saber qué mujer le trajo al mundo.

[328] bufetevila.com.httm/especialidad/especialidad.htt.

el encuentro con unos padres biológicos con la alegría de encontrar a unos padres como si les hubiera separado de ellos durante mucho tiempo. Es algo distinto. Es una sensación que aúna el sentimiento de paz, descanso, de victoria, de curiosidad satisfecha y por supuesto, con el tiempo, de cariño y respeto por el ser que les dio la vida.

Esto es lo que produce para algunos el hecho de no poder saber de dónde vienen. Esta necesidad de defender el derecho a la identidad, hasta el momento, la hemos explicado desde el punto de vista meramente humano o casuístico. No podemos olvidar que, aparte de que nuestra legislación haya reflejado esa necesidad de saber en forma de derecho reconocido, ha sido reforzada por otras normativas potenciadoras de esa defensa.

1.3.- <u>Conclusiones respecto a la importancia de conocer los orígenes biológicos</u>:

1.- Los motivos que descansan tras el inicio de la búsqueda de los hijos adoptados son comunes independientemente del lugar en el que residan.

2.- Los adoptados comienzan la búsqueda tras superar una etapa de sentimientos erróneos relativos a la deslealtad de sus padres adoptivos y el daño que en éstos puede provocar esa búsqueda El deseo de saber no va relacionado con un sentimiento de insatisfacción con su familia adoptiva.

3.- Existe también un temor que concurre con ese sentimiento de deslealtad que es el del rechazo de los padres una vez materializada la búsqueda.

4.- El adoptado, por denominador común, suele iniciar la búsqueda en momentos que coinciden con acontecimientos tales como, contraer matrimonio, convertirse en padre o madre, el padecimiento de alguna enfermedad que provoca una preocupación por la salud, la muerte de uno o ambos de los padres adoptivos o por los sentimientos de vacío que originan.

5.- Los adoptados tiene una necesidad general y natural de saber su origen y los motivos por los cuales fueron abandonados.

6.- Los adoptados necesitan un espejo biológico en el que mirarse y construir un sentido de la identidad más completo.

7.- La posibilidad de un contacto post-adopción es entendido como beneficioso para todas las partes involucradas. Así lo entienden los defensores de la “adopción

abierta". No hay duda de que contactar con el hijo, por parte de los padres biológicos, ayuda a estos a superar el dolor por la pérdida de su niño[329]

2.- Concepto de Adopción

La adopción pude definirse como la institución de derecho de familia mediante la cual una persona se integra plenamente en la vida familiar de otras personas, con los mismos efectos que produce la filiación biológica, rompiéndose, como regla general, los vínculos que éste tenía con su familia anterior[330]. Otra definición apropiada de la adopción es la que contempla Barberá Fraguas, quien conceptúa esta institución como "*el proceso a través del cual un niño o una niña que no son hijos biológicos de unos determinados padres, se convierten legalmente en sus hijos con plenitud de derechos, generando en los padres las mismas obligaciones que cualquier padre o cualquier madre tienen respecto a los hijos de ellos nacidos*"[331].

La adopción, en la actualidad, está caracterizada por un pilar fundamental que descansa, como no podía ser de otra manera, en el interés del menor que va a ser adoptado. Esto significa que, conceptualmente, esta figura no se plantea como un medio para satisfacer la necesidad de las personas que no pueden procrear de forma natural. Para ello, a los futuros adoptantes se les exige una declaración de idoneidad emitida por los poderes públicos. Estos, deben analizar cada caso concreto con el fin de determinar quiénes son las personas que cumplen con los requisitos potencialmente educadores y económicos, que puedan proporcionar al menor un hogar[332] donde vivir con todos los derechos, afectos y necesidades que cualquier niño requiere. Se les exige, por tanto, una serie de características, no sólo desde un punto de vista personal, sino legal y social.

---

329 Harris-Short,S: "*Making and Breaking Family Life: Adoption, the State and Human Rights*", 35 J.L.& Soc,y 28, 2008, pág. 18. Ver Murray Ryburn: "*Whose Best Interest? Post Adoption Contact with the birth Family*", 10 Child & Fam. L.Q 60, 1998.

330 Pérez Martín, A. J:"*Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*". Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, 1998, pág. 565.

331 Barberá Fraguas, M: "*La Adopción: cuestión jurídica. Problema humano*". Aranzadi Civil-Mercantil núm. 39/2002, Pamplona, 2002, pág. 1.

332 Como explica Vela Sánchez, A. J., indudablemente el adoptado no deja de ser un tercero frente a su familia de origen careciendo de cualquier vínculo o relación jurídica respecto a su familia biológica. ¿Tendrá no obstante, derecho a conocer sus orígenes biológicos y, más aun, tendrá derecho a relacionarse con su familia originaria?, Entiende el autor que hay que tener en cuenta que éste no sería el único caso en nuestro derecho de restricción al conocimiento del origen biológico, pues , por ejemplo, en los supuestos de nacidos como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida heterólogas, el art. 5.5 de la Ley 14/2006 , de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, indica el anonimato del donante de gametos: En "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos*", ob. cit., pág. 1.

Este requisito de idoneidad, o de "*carnet de padre o madre"* ha planteado en ocasiones una serie de polémicas. Piénsese que cualquier persona físicamente sana, a través de una relación sexual, puede convertirse en padre o madre sin que, en ningún caso, le sea requerido ese certificado de validez para el desempeño de las obligaciones inherentes a la patria potestad. La razón de que se exija en los procedimientos de adopción descansa en el hecho de que esta institución no está interrelacionada con el derecho a la reproducción o el derecho a formar una familia, sino, por el contrario, está prevista para otorgar un menor desamparado un hogar con todos los requisitos vitales.

3.- Legislación nacional relativa a la adopción en España

En España, hasta la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre Adopción Internacional, la posibilidad legal de buscar los orígenes biológicos por parte de los hijos adoptados, fue, como ya hemos visto, un tema polémico del que derivaron innumerables enfrentamientos doctrinales y jurisprudenciales[333]. Como resultado de investigaciones, propuestas, sentencias y estudios psicológicos diversos, finalmente, con ocasión de la aprobación de dicha ley se modificó el Código Civil en materia de adopción (artículo 180) y, hoy en día, es ya un derecho asentado y reconocido de forma expresa. En España, los hijos adoptados tienen derecho a conocer sus orígenes biológicos.

La adopción, tal y como está regulada en el artículo 178 del CC, da lugar a la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. En virtud del interés del menor, en tiempos pasados, se entendió que el niño adoptado debía tener un único punto de referencia familiar y afectivo. De acuerdo a ello, era usual que esos hijos no llegaran a conocer nunca la identidad de sus padres naturales. De igual forma, lo común era no proporcionar a esos hijos la identidad de sus progenitores ni ningún dato relativo a su proceso de adopción.

[333] Tal y como se cuestiona Martín García, Mª. L, ¿En qué lugar quedan los intereses de los padres adoptivos? ¿y los de los padres biológicos? Entiende la autora que pudiera plantearse un problema de equilibrio entre los intereses presentes en el proceso de adopción. La familia anterior del adoptado deja de tener esa consideración como consecuencia del proceso adoptivo, máxime, cuando en una gran parte de los casos han renunciado a los derechos sobre el menor. Su única familia legal será la adoptiva. Salvo supuestos excepcionales, el adoptado rompe los vínculos jurídicos con su familia anterior y pasa a ser miembro de la nueva familia. La relación, por tanto, no se ciñe a adoptando y adoptante, sino que se da entre aquél y la familia de éste: En "*Inscripción en el Registro Civil de la adopción internacional: la protección de la intimidad personal y familiar a través del Registro Civil. Breve reflexión en torno al derecho del adoptado a conocer sus orígenes*". Revista de Derecho Privado, núm. 94, 2010, pág. 97.

Actualmente, tal y como se ha expuesto anteriormente, está comprobado que el desconocimiento de los datos de identidad, o de las circunstancias que rodearon una entrega en adopción, puede crear en los hijos adoptados un sentimiento de desarraigo, ansiedad, desasosiego, vacío, estrés, así como un fortísimo deseo de conocer sus orígenes. Las tesis perseguidas en periodos anteriores, relativas a la protección del hijo adoptado a través del silencio, han sido finalmente abandonadas. Con el transcurso de los años, esa postura ha sido reemplazada por otra consistente en entender que, ese interés del menor por conocer su propia historia, de dónde viene y de quién procede, debe obtener respuesta a través de un reconocimiento legislativo correspondiente que ampare esa fuerte necesidad de poder conocer el propio origen de las personas.

Es importante resaltar que en España, a lo largo de las últimas décadas, se ha producido una importante evolución en materia de derecho de familia en general, y en materia de adopción, en especial. Desde la promulgación del Código Civil, hasta nuestros días, la institución de la adopción ha experimentado ocho grandes reformas legislativas importantes[334]. Todas ellas, con mayor o menor fortuna, han sido tendentes a conseguir la integración del hijo adoptado en la familia adoptiva, así como a la equiparación entre el hijo natural y el adoptado:

1.- La reforma del Código Civil de 1958 (Ley de 24 de abril de 1958):

Nació como consecuencia de una exigencia social provocada por las serias secuelas derivadas de la guerra civil (1936-1939). La situación en la que quedaron millones de niños en la postguerra, alertó la conciencia del legislador sobre la inoperancia de la regulación existente en materia de adopción, vigente hasta ese momento[335].

2.- La reforma del Código Civil de 1970 (Ley 4/1970, de 4 de julio):

Permitió la transformación de la adopción simple en adopción plena y equiparó casi de manera total a los hijos adoptivos con los legítimos. Sin embargo, no se creaba

[334] Como explica García Aburuza, Mª. P, la adopción ha sufrido diversas reformas en nuestro derecho y han superado los antiguos tipos de adopción simple y plena. De igual forma, se ha establecido que para la constitución de la adopción sea necesario la resolución judicial, siempre prevaleciendo el interés del menor. También fue introduciéndose la necesidad del requisito de la idoneidad de las personas que optaban a la adopción: en "*La Adopción tras el Convenio de Estrasburgo*". Revistas Doctrinal Aranzadi, núm. 11, Parte Estudio, Pamplona, 2013, pág. 1.

[335] Pinto Andrade, C. "*El derecho del adoptado a conocer su filiación de origen*". El autor a lo largo de este trabajo realiza un análisis de las reformas legislativas así como de los problemas con los que un hijo adoptado se podía encontrar en la búsqueda de sus orígenes biológicos, con anterioridad al reconocimiento expreso de ese derecho en el año 2007. http:/www. Porticolegal.com/pa-artículo.php?ref=272. Consultado el 12 de enero de 2014.

parentesco con la familia adoptiva y persistían determinados vínculos con la familia biológica.

3.- La reforma del Código Civil de 1981 (Ley 11/1981, de 13 de mayo):

Con ocasión de la reforma realizada en materia de filiación, se exigió la correspondiente modificación en la adopción. El cambio más destacado fue la integración del adoptado en la familia del adoptante y la desvinculación de aquél de su familia de origen de acuerdo a los artículos 178.3 y 4 del CC. Se contempló el parentesco entre el adoptante y el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante (artículo 176.2CC).

4.- La reforma del Código Civil de 1987 (Ley 21/1987, de 11 de noviembre)[336]

Esta Ley abolió la figura de la adopción simple al atribuirle el carácter de innecesaria. Regula la adopción como una institución íntegramente equiparada a la filiación por naturaleza. Es a través de esta norma por medio de la cual se optó por una absoluta ruptura de los lazos biológicos del hijo con su familia de origen. Se recogió de una manera expresa que uno de los principios fundamentales de la adopción reside en el interés del beneficio del adoptado.

De esta forma, la institución de la adopción se fue transformando, de una realidad en la que la familia biológica mantenía ciertos derechos, a una absoluta ruptura con la misma. Será, por tanto, con esta Ley del año 1987 cuando la adopción se establezca con carácter irrevocable y con ruptura de vínculos respecto a la familia de origen.

5.- La Ley de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996, de 15 de enero)[337]:

Esta Ley adquirió una indiscutible relevancia en materia de adopción. Entre otras cuestiones, dedicó sus Disposiciones Finales 9ª, 10ª y 11ª, realizándose una serie de redacción parciales respecto a algunos de los artículos más relevantes en la materia: 175, 176 y 177 del CC, en las que se dio un valor especial al concepto de idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad. Se dedicaron a la adopción los capítulos III y IV y se conceptuó la figura como una institución configurada como un instrumento de integración familiar.

[336] Ley 21/1987, de 21 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del CC y de la LEC en materia de Adopción (BOE núm. 275, de 17 de noviembre).
[337] Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial de determinados artículos del CC y de la LEC (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996)

6.- La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional[338]:

Esta Ley, como ya hemos anunciado, ha resultado ser la clave absoluta para que se abriera la puerta al reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado. El artículo 12 estableció que:

"Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obran en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública de Protección de Menores u organizaciones autorizadas para tal fin".

Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular, la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia"

Las Entidades colaboradoras que hubieren intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor".

Sin duda alguna esta norma supuso el primer gran logro para los hijos adoptados que, durante años, habían luchado por conocer sus orígenes biológicos encontrando importantes barreras burocráticas para lograr su deseo.

En consecuencia a esta Ley fue necesaria una reforma de nuestro Código Civil en materia de adopción. Así surgió el artículo 180.5 CC que reflejó la anterior norma en nuestro derecho positivo.

7.- La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia:

De igual forma, tal y como hemos visto anteriormente, esta Ley ha supuesto una importante modificación en todo lo relativo a los mecanismos de guarda y defensa de

[338] Hay que poner de manifiesto que ya en julio de 2011, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de la Ley de Protección a la Infancia en el que ya se instauraba el deseo de potenciar la media de acogimiento familiar frente a la necesidad de ingresar a los niños en centros tutelados. Se propugnaba la simplificación de los procedimientos de acogiendo y adopción de carácter nacional: en García Aburuza, Mª. P: "*La Adopción tras el Convenio de Estrasburgo*", ob. cit., pág. 2.

menores, en relación con el sistema instaurado hasta el momento en España[339]. El legislador decidió crearla con el fin de adecuar los mecanismos de protección de los menores a nuestros tiempos, y con el objeto de velar por el cumplimiento del artículo 39 CE. A lo largo de estas reformas se ha dado cumplimiento a las exigencias planteadas en materia de adopción por el Convenio Europeo de Adopción de Estrasburgo, de 27 de noviembre de 2008, al cual haremos referencia en las próximas páginas.

De esta forma, se introducen importantes cambios en materia de protección de menores, filiación, acogimiento, y adopción nacional e internacional (a esta última hacemos referencia en el próximo apartado):

a.- Por lo que respecta a la adopción, la nueva Ley ha incorporado importantes cambios. Mediante la reforma del artículo 175 CC, aunque mantiene la edad mínima para adoptar en veinticinco años, modifica el intervalo de diferencia entre adoptante y adoptado de catorce a dieciséis años. Introduce la edad máxima de diferencia, inexistente en la antigua redacción, y la cifra en cuarenta y cinco años. Este artículo sustituye el término cónyuges por el de adoptantes, refiriéndose a la posibilidad de adoptar por parejas que no estén unidas por vínculo matrimonial[340]. Este límite podrá

[339] Hay que indicar que la Ley de Adopción 21/1987, ya recogía como principios fundamentales de la institución, el interés del menor y el potencial papel de las Entidades Públicas competentes en protección de menores. El interés superior del niño, se conceptúa como un término jurídico indeterminado que no está contemplado como norma flexible por no poder preverse con antelación todas las situaciones posibles, por lo que hay que precisarlo en el mismo momento de su aplicación. Cuando se aplique este concepto a una situación concreta debe buscarse una unidad de solución justa, siendo los tribunales los que deban valorar esos criterios: en García Aburuza, Mª. P: "*La Adopción tras el Convenio de Estrasburgo*", ob. cit., pág. 3.

[340] Este precepto se ha visto alterado por los arts. 7 a 9 del Convenio de Estrasburgo de 2008. Este Tratado como regla general permite la adopción, tanto a personas del mismo como de diferente sexo, tanto unidas en matrimonio como en pareja registrada, o como a una sola. Ahora bien, el propio Convenio permite a los Estados que amplíen el ámbito de aplicación en este concepto a parejas homosexuales casadas o en unión de hecho registrada. Se permitiría incluso a favor de parejas de cualquier orientación sexual, que vivan juntas, en el marco de una relación estable. Esto significa que en un acuerdo de mínimos que podrá ampliarse, o no, dependiendo de la voluntad interna de cada Estado miembro. A este respecto, se pronuncia Alventosa del Río, J., quien se ha planteado la duda acerca de la idoneidad de los homosexuales para la adopción. Esto significa que si no se concediera a los homosexuales la adopción no estaríamos ante una discriminación de carácter sexual sino ante una situación de idoneidad de ciertos sectores de la población. Entiende la autora que si se permite el matrimonio homosexual también a éste también debe serle aplicado la adopción permitida para los heterosexuales: en "*Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*". Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 2008, págs. 162-252. En este sentido, es de especial mención la STEDH de 26 de febrero de 2002 (TEDH 2002, 10) en la que se trata el caso un ciudadano francés, soltero y homosexual, al que se le denegó la adopción. El TEDH, entendió que no se estaba vulnerando la Convención de Derechos Humanos porque Francia actúo dentro del marco de discrecionalidad que le permite la búsqueda del interés del menor. Sin embargo, a pesar de lo anterior, el TEDH, en el caso Dudgeon contra Irlanda del Norte, consideró que se había atentado contra el respeto a la vida privada al prohibirse las parejas homosexuales. De igual forma, en el año 2008, el TEDH, condenó a Francia por discriminar a una mujer al tener en cuenta su orientación sexual a la hora de decidir sobre su idoneidad (www. iuriscivilis.com).

ser superior en el caso de que los adoptantes estén dispuestos a adoptar a grupos de hermanos o menores con necesidades especiales.

En este artículo se descarta de la adopción a personas que estén impedidas para ser tutores, de acuerdo a las reglas del CC.

En el párrafo segundo, se modifica el artículo, en relación con la excepción prevista para la adopción de mayores de edad o emancipados. Se elimina la necesidad de que el acogimiento previo de éstos, lo haya sido de forma ininterrumpida. De igual manera, se sustituye la exigencia de que la convivencia con el mayor de edad o emancipado haya tenido que iniciarse antes de haber cumplido éste los catorce años, modificándolo por el requisito de haber tenido convivencia estable con los futuros adoptantes durante, al menos un año.

En el apartado 4º, se incluye la posibilidad de adopción conjunta a parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal.

En esta reforma se ha introducido un 5º párrafo al artículo 175 CC que establece que, en el caso de que el adoptando se encuentre en acogimiento permanente o en guarda con fines de adopción por dos cónyuges o pareja, la separación o divorcio de éstos, realizada de forma fehaciente con anterioridad a la propuesta de adopción, no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre que se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o miembros de la pareja, durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

b.- Respecto al artículo 176, la nueva Ley también ha incorporado importantes reformas en materia de adopción. En relación con los supuestos en los que no es necesaria la propuesta de adopción para adoptar al hijo del cónyuge, añade también a la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.

En este artículo se sustituye la idea de "*acogimiento preadoptivo*" por el término "*guarda con fines de adopción*".

Sin duda, la modificación más importante que se añade a este artículo es la definición y tratamiento de la idoneidad[341] de los adoptantes. De esta forma, se entiende

[341] Por lo que se refiere a la idoneidad entendemos que es un concepto enormemente indeterminado y de difícil apreciación subjetiva. Las sentencias de AP de Asturias, de 15 de marzo de 2004 (AC 2004, 445) y del TSJ de Cataluña, de 26 de septiembre de 2012 (PROV 2012, 354693) entienden que la idoneidad de los futuros adoptantes es evidente que depende de comportamientos de carácter futuro. Al versar sobre una aptitud que únicamente podrá ser comprobada con el paso del tiempo, este término se sitúa dentro de

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.

Para la declaración de idoneidad que debe emitir la Entidad Pública, el artículo 176.3, 2º párrafo, requiere una valoración psicosocial de la situación personal, familiar y social de los adoptantes, así como sobre su capacidad para establecer vínculos estables y seguros. De igual forma, se valorarán las habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Esta declaración de idoneidad se formalizará mediante la correspondiente resolución.

Se priva de idoneidad para adoptar a aquellos que se encuentren privados de la patria potestad o tengan su ejercicio suspendido. Tampoco podrán ser idóneos aquellos que tengan confiada la guarda de su hijo a una entidad Pública.

Por último, este artículo 176 exige a las personas que se ofrezcan para la adopción, la obligación de asistir a sesiones informativas organizadas por la Entidad Pública o entidad colaboradora autorizada.

La Ley 26/2015, añade un nuevo artículo 176.bis CC, que regula "*ex novo*" la guarda con fines de adopción. Esto permitirá que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta de adopción, pueda iniciare la convivencia provisional entre el menor y los previstos adoptantes hasta que se dicte la resolución judicial. De esta forma, se evita que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia[342].

El nuevo artículo 177 CC, añade, entre quienes que asentir la adopción, a la persona que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. Además de lo anterior, con el fin de dar coherencia al sistema, se señala que, sin perjuicio del derecho de ser oídos, no será necesario el asentimiento de los progenitores para la adopción,

---

lo imprevisible. Recordemos que la LO 1/1996, de 15 de enero estableció que el requisito de la idoneidad debe ser apreciado por la Entidad Pública competente. En este sentido, tal y se verá más adelante, con la aprobación del Convenio de Adopción de Estrasburgo de 2008, se introduce en nuestro Derecho interno nueva regulación relativa a los requisitos de idoneidad del adoptante y del adoptado.

[342] Hay que tener en cuenta que, como señalan autores como Fernández Zúñiga, Marcos de León, A, y Rodríguez Bustelo, Belmonte, C., los estudios indican que en los niños adoptados existe un mayor riesgo de desarrollar problemas, en comparación con menores que no han sido adoptados. Algunos niños pueden tener dificultades para establecer un vínculo con los padres adoptivos al haber sufrido abandono de sus padres o cuidadores, o porque no les han atendido en sus necesidades físicas, emocionales o médicas necesarias: En "*Quiero adoptar*". CEAC, Barcelona, 2009, pág. 40. En este sentido compartimos ese criterio y entendemos que para facilitar las cosas al menor que va a ser adoptado, sería beneficioso no pasar más tiempo del imprescindible en un centro o con otra familia de tránsito.

cuando hubieren transcurrido dos años sin ejercitar acciones de revocación de la situación de desamparo o cuando éstas hubieren sido desestimadas.

Es en este artículo 177 CC, donde se introduce una de las más destacadas reformas. Se establece que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto[343]. Hay que recordar que hasta esta reforma, el plazo para prestar consentimiento por parte de la madre era de treinta días desde el parto[344].

c.- El artículo 178 CC incluye como importante novedad la posibilidad de que, aunque como regla general, al constituirse la adopción se extinguen los vínculos entre adoptado y su familia de procedencia, pueda mantenerse contacto con algún miembro de la familia a través de visitas o comunicaciones. Para ello será necesario que en la resolución de constitución de la adopción el juez así lo acuerde. Habrá de proponerlo la Entidad Pública y se exigirá una valoración positiva por parte de los profesionales. A su vez, deberá haber consentimiento por parte de la familia de adopción y por el menor que tenga suficiente madurez, y en todo caso, cuando sea mayor de doce años. De estos contactos deberá haber un seguimiento por parte de los profesionales de la entidad que podrá servir para mantener, modificar o extinguir esa relación.

Lo anterior está configurado como la llamada "adopción abierta" que, con diferente amplitud está contenida en la legislación de otros países como Estados Unidos, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. En algunos de esos modelos, se puede constituir a través de un acuerdo privado entre las partes, aunque debe tener supervisión

[343] La Ley 26/2015, de 28 de julio da cumplimiento a la norma planteada en este aspecto por el Convenio de Estrasburgo de 2008, en el art. 5.5.

[344] En Convenio de Estrasburgo de 2008, entiende que la adopción sólo podrá otorgarse cuando se hubiesen obtenido, al menos, los consentimientos del padre y de la madre del menor, de la Entidad encargada del menor en su defecto y del menor con suficiente madurez, o en todo caso a los catorce años. También deberá consentir la adopción, el cónyuge o pareja de hecho registrada del adoptante (art. 5). Esto modifica el régimen de consentimientos del art. 177 CC que sólo exige el del adoptante y adoptado mayor de doce años. A continuación lo que establece el CC es una serie de asentimientos y audiencias, incluidos los de los padres y la madre no antes de transcurridos 30 días. Esto significa que el CC otorga un distinto estatus a los afectados por adopción, frente al único régimen de consentimientos que regula el Convenio de Estrasburgo. En este sentido, García Aburuza, Mª. P., opina que "asentir" significa conformidad con el negocio jurídico ajeno, mientras que "consentir" determina la conformidad de la voluntad entre las partes contratantes dirigido a un fin común, asumiendo sus consecuencias. Interpretando nuestro CC, deriva que el asentimiento no sería entonces requisito necesario para la propia validez del negocio jurídico. En "*La Adopción tras el Convenio de Estrasburgo*", ob. cit., pág. 6.

pública. En otros, como el modelo que ha asumido España, es necesaria la resolución judicial[345].

La oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico obedece a la búsqueda de las alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente ya de una edad elevada, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta, se flexibiliza esta institución y se posibilita a la familia de origen que acepte mejor esa "pérdida". Además de lo anterior, se permite al menor beneficiarse de una vida estable dentro de la familia de adopción. Al tiempo se permite el mantenimiento de los vínculos con los familiares de procedencia, en especial con los hermanos.

Como ya hemos indicado, esta figura no es nueva en otros países. Referencia especial requiere el caso del Derecho argentino relativo a adopción. El nuevo Código Civil y de Comercio (CCYC) aprobado en 2015, con entrada en vigor el pasado 1 de agosto, contempla la figura de la llamada "adopción de integración". El artículo 631, establece que cuando el adoptado tenga vínculo filial de origen, será de aplicación la regulación contenida en el artículo 621 del mismo cuerpo legal. Este precepto dispone que "*cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez podrá mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o vario parientes de la familia de origen en la adopción plena (…)*". Esta institución lo que permite es que el menor conserve su filiación de origen, con uno o con ambos progenitores y, además se integre a un tercero como vínculo legal, otra nueva filiación a favor del adoptante. En realidad, lo que se pretende es integrar en la convivencia del menor a la nueva o posterior pareja o cónyuge del padre o madre biológicos. De esta forma, aunque el CCy C argentino aboga como regla general por la filiación únicamente binaria (artículo 558), esta figura de adopción podría dar lugar a situaciones de pluriparentalidad, consistente en más de dos filiaciones determinadas legalmente. Piénsese en el caso de un niño que tenga constatada su filiación legal a favor de sus dos progenitores biológicos y el cónyuge o pareja de unos de sus padres biológicos quiera adoptarlo en virtud de esta adopción de integración[346].

[345] Preámbulo III de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

[346] En relación a esta figura de la adopción de integración del Derecho argentino, autores como Herrera, M, Caramelo, G, y Picasso, S, explican que con esta institución no se pretende extinguir o sustituir los vínculos biológicos, sino todo lo contrario. Lo que se pretende es ampliarlo a través de la integración de una tercera persona sin vínculos de sangre con el menor pero presente en su vida y sus cuidados, en

d.- en virtud de lo anterior, cobra sentido la regulación prevista en el artículo 180 CC. Como ya se ha indicado, este precepto es el que regula de forma expresa el derecho de los hijos adoptados a conocer sus orígenes biológicos. Al tiempo, se obliga a las Entidades Públicas a garantizar este derecho y a mantener la información relativa al proceso de adopción durante el tiempo fijado en el Convenio Europeo de Adopción de Menores, de Estrasburgo, de 27 de noviembre de 2008, fijado en cincuenta años.

En vista de todo lo anterior, entendemos que la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha sido absolutamente renovadora de la institución de la adopción en España.

Con independencia de esto, no podemos obviar que el artículo 180 CC es el encargado de atribuir a la adopción el carácter de irrevocable. En su apartado 4 se encarga de establecer que la determinación de la filiación que naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción. Esto implica que al margen de que se pueda reconocer el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos, este derecho no implica otras consecuencias legales para ninguna de las partes[347].

8.- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria:

Esta esperada norma ha culminado las múltiples y recientes modificaciones en materia de adopción. En el Título I, Capítulo III, se encarga de la regulación relativa a la adopción.

"Código Civil y Comercial de la Nación comentado". T.II, Infojus, Bs, As, 2015, pág. 490. En este sentido no siempre será necesario limitar la filiación a un binomio con la necesidad obligada de, ante un caso de adopción por parte del cónyuge del progenitor, tener que eliminar al progenitor biológico restante. No tienen por qué entenderse fuera de derecho la idea de una posible pluriparentalidad, imponiéndose necesariamente el binomio en todas las situaciones. La pluriparentalidad puede ser impuesta siempre y cuando vaya en interés del menor, se pida a instancia de parte, se base en motivos fundados y lo otorgue un juez. ¿Por qué hay que mantener la idea de excluir necesariamente a unos de los progenitores biológicos para dar entrada al adoptante? Es posible que ambos progenitores biológicos tengan presencia efectiva en la vida del menor. Brunel y otros autores, exponen un ejemplo de situación apropiada para la constitución de una adopción de integración: uno de los progenitores biológicos está privado de libertad. A pesar de suspenderse sus responsabilidades parentales de acuerdo a su situación, tendrá un régimen de comunicación de visitas, no incompatible con una real presencia en su vida. Al tiempo, el otro progenitor ha formado una nueva familia. En este caso, en virtud del art. 621 CCYC argentino, se podrá otorgar la adopción plena a favor de cónyuge, pero manteniéndose la filiación biológica con el progenitor natural. En Brunel, T. F., Huais, M.V., Tissera Costamagna, R., Vilela Bonomi M.V: *Pluriparentalidad, filiación e identidad en el CCYC*". Comisión núm. 6, Familia, "Identidad y filiación", 2015, pág. 5. http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/BrunelHuais-y-otros_Pluriparentalidad.pdf

[347] Según Barberá Fraguas, M., la ubicación de esta norma en el artículo dedicado a la extinción de la adopción indica que probablemente la voluntad del legislador fue que la búsqueda del adoptado de su origen impidiera determinar esa filiación biológica, con posterioridad a la adopción, siendo causa de extinción de la filiación adoptiva: en "*La adopción: cuestión jurídica. Problema humano*", ob. cit., pág. 8.

La incorporación de esta Ley a nuestro ordenamiento jurídico forma parte del proceso general de modernización del sistema positivo de tutela del derecho privado iniciado hace más de una década. La disposición final decimoctava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, encomendaba al Gobierno de España la remisión a las Cotes Generales de un proyecto de ley de jurisdicción voluntaria, una previsión legal vinculada con la construcción de un sistema procesal avanzado y homologable al existente en otros países.

En esta Ley está la respuesta a la necesidad de una nueva organización legal, adecuada y realista. En la normativa anterior era evidente la huella del paso del tiempo, con defectos obsoletos y sin el exigible rigor técnico. La Ley de Jurisdicción Voluntaria intenta facilitar al ciudadano una regulación legal sistemática y ordenada de los diferentes expedientes que se contienen en ella, actualizando y simplificando la tramitación y tratando de optar por el cauce menos costoso y rápido, pero dentro del respeto máximo a las garantías de seguridad jurídica.

Al tiempo, es de destacar que esta Ley, a pesar de la escasa proximidad en el tiempo de ambas, reforma en algunas cuestiones la Ley de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en materia de acogimiento y adopción de menores.

Una de sus novedades más señaladas en la que, buscando su adecuación a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, abandona la terminología relativa a la "incapacidad" y la sustituye por "personas con capacidad modificada judicialmente"[348].

En esta Ley se regula el expediente de adopción así como su tramitación. En sus artículos 36 a 42, se encarga del desarrollo del procedimiento de adopción. La competencia será de los jueces de primera instancia del domicilio de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante. El artículo 34 da una regulación preferente a los expedientes de adopción y, como no podía ser de otra manera, impone la presencia del Ministerio Fiscal. La asistencia de abogado y procurador no será de carácter preceptivo. El expediente comenzará con la propuesta de adopción realizada por la Entidad Pública, o por el

[348] Preámbulo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

adoptante cuando esté legitimado para ello. El artículo 35 LJV establece todos los elementos que deben estar presentes en esa proposición.

El secretario judicial[349]citará, en presencia del juez, al adoptante o adoptantes, y al adoptado si fuera mayor de doce años, con el objeto de prestar el correspondiente consentimiento. En el artículo 37 LJV se indica, con remisión al artículo 177.2 CC[350], qué personas deben prestar asentimiento. Si los progenitores del menor pretendieran que se les reconozca la necesidad de prestar asentimiento a la adopción, deberán ponerlo en conocimiento del secretario. En este caso, el secretario acordará la suspensión del expediente a la espera de que los progenitores presenten demanda contenciosa en un plazo de quince días. Esta demanda la conocerá el mismo tribunal que declarará el expediente contencioso y en consecuencia se seguirá por los trámites del artículo 781 LEC. En el caso de que no se presente demanda, el procedimiento continuará como expediente de jurisdicción voluntaria. En este caso, deberán ser citadas con el fin de ser oídos las personas señaladas en el artículo 177.3 CC[351].

El artículo 38 LJV comprende que en los casos en que no sea posible dar con los domicilios de las personas anteriormente citadas, o, habiendo sido citadas no den señales o no comparezcan, la adopción continuará adelante. Esta medida se encarga de resolver los problemas que se daban anteriormente al no poder obtener el asentimiento por no hallar a los interesados. Esta situación provocaba retrasos evidentes en el procedimiento que únicamente iban en perjuicio del menor.

El artículo 39 LJV establece que las actuaciones serán reservadas, procurando especialmente que la familia de origen no tenga conocimiento sobre la familia de adopción. Lo anterior, se acordará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 180 CC, relativo al derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos.

El auto que resuelva el expediente será recurrible en apelación y tendrá carácter preferente aunque no produzca efectos suspensivos.

[349] Actualmente, como consecuencia d la reforma operada en la LOPJ, en virtud de la LO. 7/2015, de 21 de julio, que modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, el tradicional nombre de "secretario Judicial" pasa a denominarse "Letrado de la Administración de Justicia" (BOE de 22 de julio de 2015).

[350] Se refiere al cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación afectiva a la conyugal, los progenitores del adoptando que se encuentre emancipado. Como hemos visto, el asentimiento de la madre no se prestará hasta transcurridas seis semanas desde el parto.

[351] Se refiere a los progenitores cuando su asentimiento no es necesario para la adopción, el tutor, familia acogedora, guardador y el menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez.

El testimonio de la resolución firme que acuerde la adopción se remitirá al Registro Civil para la práctica de su inscripción.

4.- Requisitos y trámites exigibles en la adopción en España

Como ya hemos indicado, en España, la adopción y la filiación biológica, son las dos únicas formas establecidas legalmente para adquirir la filiación legal (art. 108 CC).

La adopción se constituye con carácter permanente y el adoptado se convierte a todos los efectos en hijo del adoptante. Mediante la adopción se crea una relación jurídica de filiación entre dos personas, las cuales no descienden genéticamente la una de la otra.

Ante un procedimiento de adopción, la Ley de 1987 estableció una serie de garantías absolutamente necesarias e inexcusables:

- Las normas que regulan la adopción son de carácter imperativo.
- El interés del menor prevalece sobre cualquier otro.
- La adopción requiere la intervención pública. La competencia actual en materia de adopción pertenece a las Comunidades Autónomas.
- El juez debe constituir judicialmente la adopción.
- La intervención del Ministerio Fisca[352]l será preceptiva.
- La adopción extingue el vínculo del adoptado con su familia natural y sólo en casos excepcionales podrá mantenerse esta relación (en la actualidad art. 178.4 CC)
- La legislación otorga a la pareja de hecho registrada el derecho a adoptar a un niño. En España hay 13 leyes autonómicas relativas a uniones de hecho y en la mayoría de ellas se contempla esta facultad.
- El requisito de idoneidad del adoptante debe ser declarado por una entidad pública.

[352] A partir de la reforma del CC efectuada por la Ley 21/1987, la figura del Ministerio Fiscal fue enormemente potenciada. El Ministerio Público pasó de tener una intervención puramente formal a ser preceptiva. Debe realizar una cooperación necesaria en aras de alcanzar el superior interés del menor. Por lo anterior, en los procedimientos en los que se trae temas relacionados con el desamparo, oposición al acogimiento o adopción, la intervención del fiscal será decisiva. En opinión de Barberá Fraguas, M., El Fiscal deberá procurar que el proceso se acelere al máximo puesto que las situaciones que se pueden generar durante su tramitación pueden resultar irreparables. Entiende la autora que la espera para los padres de adopción no debe alargarse más de lo necesario puesto que lo normal es que, llegados al momento del procedimiento judicial, ya hayan vivido muchos momentos de tensión y esperanzadas frustradas, desde la aceptación de su esterilidad hasta la sunción d estar involucrados en un procedimiento de adopción: "*La adopción: cuestión jurídica. Problema humano*". Boletín Aranzadi, Civil-Mercantil, Parte Boletín, Pamplona, 2002, pág. 2.

En España, tal y como hemos visto en el apartado anterior, han existido varias regulaciones legales en materia de adopción nacional. A medida que estas leyes fueron entrando en vigor, de forma sucesiva, se fueron incorporando a nuestro ordenamiento nuevos criterios. Esto se ha ido modificando a medida que nuestra sociedad ha ido mutando.

Nuestra actual regulación interna, exige que las personas que soliciten la adopción de un menor deben cumplir las siguientes condiciones[353]:

1.- Requisitos para adoptar:

- Estar en pleno ejercicio de los derechos civiles, esto es, no haber sido incapacitado judicialmente.
- Ser mayor de veinticinco años y tener como mínimo dieciséis años más que la persona adoptada[354]. En el caso en que la adopción la soliciten matrimonios o parejas de hecho de forma conjunta, bastará con que uno de ellos cumpla el requisito de la edad.
- No tener cuarenta y cinco años más que el adoptado. De igual forma, siendo dos los adoptantes, bastará con que sólo uno de ellos cumpla este requisito. Con carácter especial, si estuvieran dispuestos a adoptar a un grupo de hermanos o a un menor discapacitado, el límite de edad se permite que sea superior.

Aunque cumplan los requisitos anteriores, no podrán ser adoptantes:

- El padre o la madre que hayan sido privados legalmente de la patria potestad sobre el menor ni tampoco las personas que han sido destituidas de un cargo tutelar.

[353] En virtud de la ratificación de España del Convenio de Estrasburgo, de 27 de noviembre de 2008, de Adopción de Menores, este Tratado, realizado en el Consejo de Europa, constituye una norma extracomunitaria que tiene plena vigencia en nuestro país al ser este miembro de esta Organización Internacional (ratificado el 1 de septiembre de 2011). En virtud de la autorización de las Cotes Generales, dada a través de los arts. 94 y 96 CE, se convierte en parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, ocupando una escala jerárquica preferencial, tras el Texto constitucional. En consecuencia al anterior, nuestra normativa interna de adopción ha tenido forzosamente que adaptarse, tal y como veremos más adelante (RCL, 2011, 1355)

[354] Según Alonso Crespo, E, los límites de edad pueden ser una discriminación no justificada en la actualidad. Los padres biológicos en nuestra sociedad son más bien "añosos", aunque será en función de la idoneidad cuando se apreciará en cada caso los requisitos subjetivos; en "*Adopción nacional e internacional*". La Ley, Madrid, 2004, pág. 91. En este sentido, la AP de Lleida, a través de sentencia de fecha 19 de marzo de 1999 (AC 1999, 7700) resolvió sobre la negativa a conceder la idoneidad, por parte dela Entidad pública, a causa de la elevada edad (más de cincuenta años). La Sala declaró idóneos a los demandantes al entender que el derecho de estos a formar una familia no podía quedar limitado en virtud de una exageración del concepto del interés del menor.

- El tutor en lo que respecta a su tutelado, hasta que no haya sido aprobada la rendición de cuentas que debe presentarse al final del ejercicio del cargo tutelar.

2.- Requisitos para poder ser adoptado

Sólo pueden ser adoptados los menores no emancipados[355] o los emancipados si, inmediatamente antes de la emancipación ha existido una situación de acogimiento o convivencia, al menos un año antes.

Además, el menor debe encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

- Que sus padres han sido privados de la patria potestad por un juez.
- Que sus padres prestan su conformidad a la adopción: En el caso de los recién nacidos es necesario que transcurra un mínimo de seis semanas entre el nacimiento y la conformidad de los padres. Este plazo se contempla como único. Con la nueva regulación dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha desaparecido la necesidad de ratificación a los seis meses, del previo consentimiento otorgado, pasados treinta días del parto.
- Que su filiación sea desconocida, esto es, cuando el menor ha sido abandonado y se desconoce quiénes son sus padres. Si el abandono se ha producido en el momento del parto, la ley exigía que, antes de proceder a su adopción, hubiera transcurrido un periodo de 30 días sin que la madre reclame al menor. Con la nueva Ley, entendemos que este plazo en la actualidad debe ser de seis semanas.

No podrán ser adoptados:

- Los descendientes; por ejemplo, un abuelo no podrá adoptar a sus nietos.
- Los parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad; por ejemplo, no se puede adoptar a un hermano o a un cuñado.

3.- Trámites de la adopción

Los trámites para realizar una adopción son los siguientes:

[355] La adopción de un mayor en la legislación española exige una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptado hubiera cumplido los catorce años. El Convenio de Estrasburgo en este sentido, únicamente se aplica a instituciones jurídicas que tengan establecido un vínculo de filiación. (art. 1.2) lo que significa que es de aplicación ante figuras como el acogimiento al faltar ese requisito. . de esta forma, el Convenio exige para la adopción que el niño sea menor de edad, sin ninguna restricción. Aquí no se prevé la posible discrecionalidad de los Estados: en García Aburuza, Mª. P: "*La Adopción tras el Convenio de Estrasburgo*", ob. cit., pág. 4. En este sentido, afirma Garriga Gorina, M., que en nuestro país se impidieron numerosas adopciones por el hecho de faltar el requisito anteriormente exigido de convivencia anterior a que el menor cumpliera los catorce años. Esto convertía al sistema en excesivamente riguroso, en "*La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*", ob. cit., pág. 249.

En primer lugar, los interesados deben presentar una solicitud ante el correspondiente Servicio de Protección de Menores de su Comunidad Autónoma. A esta solicitud deberán acompañarse diversos documentos como certificados de nacimiento, de antecedentes penales, declaraciones de la renta y patrimonio, certificados médicos etc.

Este Organismo estudiará a los adoptantes, a través de la documentación aportada, y realizando también entrevistas y visitas personales. En su caso, expedirá un certificado de idoneidad valorando la capacidad de los solicitantes para adoptar a un niño.

En segundo lugar, el Organismo iniciará el expediente de propuesta previa de adopción. En esta propuesta se hará constar, según las circunstancias, el adoptante que se considere más adecuado para ejercer la patria potestad sobre el menor, además de sus circunstancias personales, económicas y sociales, con mención expresa de las relaciones que el adoptante pueda tener con el menor y el último domicilio conocido de las personas que según la ley, deben prestar su consentimiento a la adopción.

Esta propuesta previa se remitirá a la autoridad judicial.

La propuesta previa no es necesaria en los casos en los que el adoptante solicite la adopción directamente ante el órgano judicial cuando se trate de:

- La adopción de un niño huérfano y pariente de tercer grado de consanguinidad o afinidad, por ejemplo, un sobrino.
- La adopción del hijo del cónyuge.
- Cuando el menor lleva acogido legalmente por el adoptante durante más de un año o haya permanecido durante este mismo tiempo bajo su tutela.
- El adoptado es mayor de edad o menor emancipado.

El juez debe oír la opinión del menor respecto a la solicitud de adopción siempre que cuente con, al menos, 12 años de edad.

Como ya hemos visto, deben prestar su conformidad a la adopción, el cónyuge del adoptante, o su pareja con análoga relación de afectividad, si la adopción se realiza por un matrimonio que no se encuentre separado, y los padres del adoptado no emancipado, si éstos no se encuentran privados de su patria potestad.

La adopción es irrevocable, solamente se puede extinguir en vía judicial cuando así lo solicite el padre o la madre que no hubieran intervenido en el procedimiento de adopción por alguna causa ajena a su voluntad[356].

.- La demanda judicial para revocar la adopción deberá presentarse dentro de los dos años siguientes a la constitución de la adopción, y debe evitarse que su tramitación cause perjuicios al menor.

.- Tras la tramitación del procedimiento judicial, el juez dictará una resolución en la que, si lo considera oportuno, se pronunciará otorgando la filiación del menor en favor del solicitante.

Como ya hemos dicho, dicha resolución (Auto de constitución de adopción) se inscribirá en el Registro Civil.

5.- <u>La adopción internacional</u>

La adopción internacional en nuestro país ha suscitado una gran expectación. En los años noventa así como en la primera década del siglo XXI, el número de adopciones se disparó de forma sorprendente. Una de las causas fue el importante problema de escasa natalidad que sufre España. En el ámbito internacional lo Poderes Públicos han tomado caratas en el asunto otorgando a los Estados instrumentos para evitar en la medida de los posible los efectos que estas adopciones pueden acarrear al realizarse en países con estructuras públicas débiles que puedan dar lugar a irregularidades y tráfico de niños[357].

Como en los casos de adopción de niños, será el organismo correspondiente de la Comunidad Autónoma quien deba facilitar la tramitación del expediente.

Este Organismo Público está obligado a:

---

[356] En estos casos habrá de comprobar si se dio cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Ley. En este sentido, la STC 143/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 143), declaró la nulidad del auto de adopción, dictado por el Juez de Primera Instancia Nº 5 de Zaragoza, al entenderse que, a pesar de tener los medios para notificar a la madre en su domicilio, no le dieron la oportunidad de ser oída. El Juzgado se había limitado a citarla a través de cédula en el tablón de anuncios, y a través de edictos en el Boletín autonómico de Zaragoza. En defensa de lo anterior, se alegaba que "ser oídos" no debe tener influencia sobre la decisión a adoptar. El TC declaró la nulidad d ese auto al explicar que es necesario cumplir los mandatos legales y que, en este caso, no se puede ignorar de modo alguno todos los elementos de contraste necesarios para adoptar la decisión. En definitiva, se reconoció el derecho de la madre biológica a la tutela judicial efectiva y se ordenó retrotraer las actuaciones hasta el mismo momento en que se debió practicar la citación personal de la madre. En el mismo sentido, STC 114/1997, de 16 de junio (RTC 1997, 114).

[357] Messía de la Cerda Ballesteros, J.A: "*El tratamiento de la adopción internacional en la Convención de los Derechos del Niño y el Derecho español*". La Ley, derecho de Familia, noviembre 2014, pág. 1.

- Recibir y tramitar todas las solicitudes, ya fuesen presentadas directamente o a través de organismos mediadores debidamente acreditados (las llamadas "agencias de adopción")
- Expedir los correspondientes certificados de idoneidad y, en el caso de que así lo exija el país de origen del adoptado, a elaborar igualmente un documento en el manifieste su compromiso a efectuar un seguimiento de la adopción.

En estos casos, los padres deben trasladarse al país de origen de los menores para recogerlos[358].

El régimen aplicable a la adopción internacional, como institución que crea un vínculo de filiación, está contendí en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Esta Ley pretende establecer un régimen general y completo aplicable a la materia. De esta forma, esta norma regula:

a.- La competencia de las autoridades judiciales y consulares españolas.

b.- La ley aplicable.

c.- El reconocimiento de adopciones constituidas por autoridades extranjeras.

Independientemente, el régimen establecido debe completarse con las reglas adoptadas por las Comunidades Autónomas y los Convenios multilaterales, en particular el Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993[359], sobre Cooperación en materia de Adopción Internacional, el Convenio Europeo en materia de Adopción de Menores, de Estrasburgo, de 27 de noviembre de 2008[360], o los Convenios bilaterales, como es el caso del Acuerdo en materia de Adopciones con la República de Bolivia, de 29 de octubre de 2001[361], o el de Cooperación en materia de Adopción con la República Socialista de Vietnam, de 18 de enero de 2008, hecho en Hanoi, en fecha 5 de diciembre de 2007[362], entre otros.

[358] Autores como Calvo Caravaca, A.L., y Carrascosa González, J., opinan que, si ya los estudios indican que en los niños adoptados existe una mayor probabilidad de desarrollar problemas, en comparación con hijos no adoptados, puesto que pueden tener dificultades para establecer vínculos con los padres de adopción al haber sufrido abandono de sus padres o por no haber sido atendidos adecuadamente, en el caso de la adopción internacional, este elevado riesgo es todavía más alto, pues el grado de desconocimiento recíproco entre adoptantes y adoptados es aún mayor: En "*La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre Adopción Internacional*". Comares, Granada, 2008, pág. 5.
[359] BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995.
[360] BOE núm. 167, de 13 de julio de 2011.
[361] BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2001.
[362] BOE núm. 16, de 18 de enero de 2008.

Todo el proceso de adopción internacional está sujeto a un alto de grado de intervención nacional o autonómica, así como de las entidades acreditadas para intervenir en el proceso. Está condicionado por salvaguardas excesivas. Desde un principio la Ley ya descarta de la adopción a los niños que residen en países que se encuentren en conflictos bélicos o inmersos en desastres naturales. De igual manera, quedan descartados los menores que residan en países en los que no exista una autoridad que controle y garantice el proceso de adopción o países que no garanticen un respeto a los estándares mínimos internacionales en materia de adopción.

Para entender el régimen normativo, hay que distinguir las dos posibles vías que se contemplan: que la adopción se constituya por autoridad española o por autoridad extranjera.

1.- En el primero de los casos, existe una fase administrativa previa, cuyo objeto principal reside en controlar a la idoneidad de los adoptantes y, así, hacer la propuesta de adopción. En este caso, como hemos visto, la competencia de la autoridad administrativa viene marcada por las legislaciones autonómicas. Cuando el menor se encuentra en el extranjero se exige la intervención y cooperación de las autoridades extranjeras a través de cauces de colaboración habituales y que determina el Convenio de La Haya de 1993. La constitución de la adopción tiene lugar ante la autoridad española. En estos casos puede producirse un conflicto relativo a la competencia o la ley aplicable. El reconocimiento de esta adopción en el extranjero dependerá del derecho extranjero del país de referencia en el que se vaya a hacer valer esa adopción. En vista de lo anterior, el legislador ha previsto estas situaciones y ha tomado una serie de disposiciones relativas a asegurar el reconocimiento internacional de las adopciones constituidas por autoridades españolas.

2.- En el segundo caso, la adopción constituida por autoridad extranjera, puede estar precedida por una fase administrativa previa en España, cuando los adoptantes o el menor se encuentran residiendo en nuestro país. Si existe convenio con ese país extranjero habrá un procedimiento de intervención administrativa previa de las autoridades españolas y extranjeras a través de cauces normales de cooperación. Serán las autoridades españolas las que otorguen el correspondiente certificado de idoneidad y, en su caso, un informe remitido a las autoridades extranjeras. Éstas, normalmente, procederán a asignar un menor en adopción y realizaran los informes

correspondientes[363]. A continuación, la autoridad extranjera correspondiente procederá a constituir la adopción.

En el caso de que no exista convenio entre ambos estados, las autoridades españolas se limitarán a elaborar un certificado de capacidad con el fin de que los interesados lo hagan valer ante la autoridad administrativa extranjera.

En cualquier caso, cuando la adopción se constituye ante autoridad extranjera, se plantea el problema del reconocimiento de dicha adopción, sobre todo en relación a la inscripción el Registro Civil español. Para estos reconocimientos, sin perjuicio de la aplicación prevalente del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, o de otros convenios bilaterales, la Ley de Adopción internacional construye unas reglas dependiendo de los efectos de una llamada adopción plena, o de una adopción simple o menos plena. Como sabemos, la adopción simple no es una figura reconocida por el sistema jurídico español actual. Cuando sí lo sea en el país de referencia de la adopción, La Ley de Adopción Internacional lo reconocerá como un acogimiento familiar, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda llegar a transformase en adopción plena bajo el imperio de la Ley española, en cuyo caso, la autoridad española competente deberá revisar una serie de cuestiones con el objeto de controlar, en particular, el consentimiento de los protagonistas involucrados.

En materia de adopción internacional ha sido de gran influencia los propósitos principales que ha recogido en esta materia la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Esta Convención, a través del artículo 21, ha optado por ensalzar los derechos del niño en detrimento de los derechos de los adoptantes[364].

Hay que poner de manifiesto que, las reglas establecidas por el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993[365] prevalecen sobre el régimen legal. No obstante, el ámbito de cuestiones que regula este Convenio es bastante limitado. Por un lado,

---

[363] Téngase en cuenta que, tal y como señala Martín García, Mª, L., la mayoría de las adopciones internacionales nos sitúa ante menores cuya situación de desamparo deriva de un acto de abandono por parte de la madre biológica, hecho que supone la ausencia total de cualquier información sobre la identidad de su familia anterior. Respecto de los datos médicos, es práctica habitual que en el momento de la asignación del menor, junto con la identificación visual del adoptando, se aporte un estudio médico del mismo: En "*Inscripción en el Registro Civil de la Adopción Internacional: la protección de la intimidad personal y familiar a través del Registro Civil. Breve reflexión en torno al derecho del adoptado a conocer sus orígenes*", ob. cit., pág. 100.

[364] Messía de la Cerda Ballesteros, J.A: "*El tratamiento de la adopción internacional en la Convención de los Derechos del Niño y el Derecho español*", ob. cit., pág. 2.

[365] Ratificado por España el 30 de junio de 1995.

únicamente se aplica a aquellas adopciones que establecen un vínculo de filiación cuando el menor resida en Estado Parte y ha sido o va a ser desplazado a otro Estado Parte. Esto puede producirse, bien tras la adopción del menor, bien con el fin de que aquella se constituya en el estado de recepción. Hoy en día los Estados miembros son setenta y siete. Esto significa que el Convenio será la norma de aplicación en la mayoría de las los supuestos en los que se plantee un reconocimiento en España de una adopción constituida en el extranjero.

Este Convenio de La Haya sigue un triple objetivo:

.- Establecer las garantías para asegurar que las adopciones se constituyan con prevalencia del interés superior del menor.

.- Instaurar un sistema de cooperación previa entre las autoridades para asegurar ese objetivo y evitar el tráfico de niños.

.- Garantizar el reconocimiento reciproco de las adopciones.

La Convención y el resto de Instrumentos internacionales abogan por el interés superior del menor en el procedimiento de adopción internacional. Se entiende que en la figura de la adopción no hay implícito ningún derecho a tener un hijo sino proteger a un menor. Sin embargo, el artículo 2.2 de la Ley 54/2007, de adopción Internacional también guarda una parcela de protección para los adoptantes.

Hay que señalar que el Convenio de La Haya opta por la adopción como una solución residual. La primera de las vías será mantener al menor en su propio entorno vital, en la medida de lo posible. Opta de modo preferente por la adopción nacional y plantea la posibilidad de la reagrupación familiar. De esta forma se considera que se dará preferencia a la continuidad en la educación del niño y la preservación de sus orígenes étnicos, culturales o religiosos (art. 20. 3)[366].

Por último hacer especial referencia a las llamadas denominadas entidades colaboradoras de adopción internacional:

Estas entidades, son organismos oficiales dependientes de las Comunidades Autónomas. Únicamente pueden desarrollar funciones de mediación en la tramitación de los expedientes de adopción.

[366] Messía de la Cerda Ballesteros, J.A: "*El tratamiento de la adopción internacional en la Convención de los Derechos del Niño y el Derecho español*", ob. cit., pág. 2 y 3.

Sus funciones consisten principalmente en facilitar a los posibles padres información y asesoramiento en materia de adopción internacional[367], e intervenir en la tramitación de los expedientes ante las autoridades tanto españolas como extranjeras.

Los requisitos que deben cumplir estas agencias están determinados legalmente, y deben tratarse en todo caso de entidades sin ánimo de lucro.

En relación a lo anterior, la Ley 26/2015, de 298 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, también introduce importantes reformas en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Entre otras, destacamos:

Se modifica el concepto de "adopción internacional" contemplado en su artículo 1 que pasa a ser el siguiente:

"(…) *se entiende por adopción internacional aquella en la que el menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España*".

Entre los principios informadores de la adopción internacional, esta Ley introduce, aparte de los de la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y los del Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, los del posterior Convenio de La Haya , de 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección los niños, así como los del Convenio de Europa en materia de Adopción de Menores, de Estrasburgo, de 27 de noviembre de 2008 y el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento, y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

En el nuevo artículo 4 de la Ley de Adopción internacional, se atribuyen competencias a la Administración General del Estado, en colaboración con las

[367] En España se adoptan cada año cerca de 4.500 niños de países extranjeros y 800 españoles. De los adoptados que atienden en estos servicios, solo alrededor de un 25%-30% acude a buscar sus orígenes. De ellos el porcentaje que acaba poniéndose en contacto con ellos, raramente supera el 15%. La mayoría de las personas que buscan sus orígenes son adoptadas en España. Los que proceden del extranjero en la actualidad son aún pequeños para iniciar la búsqueda: En Vela Sánchez, A, J., "*El derecho del adoptado conocer sus orígenes biológicos*", ob. cit., pág. 21.

Entidades Públicas, frente a la anterior regulación que hablaba únicamente de Entidades Públicas de Protección de Menores. Entre las competencias atribuidas se encuentra determinar en cada momento qué países están incursos en esas circunstancias que descartan la adopción (conflicto bélico, falta de garantías o autoridad), con efectos de decidir si procede iniciar un proceso de adopción o suspender la tramitación con ellos. De igual forma, se le atribuye la competencia para establecer el número de expedientes de adopción, teniendo en cuanta la media de expedientes abiertos en los últimos dos años y los que se encuentran pendientes de asignación de un menor.

Hay que destacar que esta Ley reforma el artículo 5 e introduce que, a las "Entidades Públicas" (anteriormente se les denominaba "Entidades Públicas de menores"), les corresponde recibir la asignación del menor de parte de las autoridades competentes del país de origen, en la que figura la información sobre su identidad, su adoptabilidad, su medio social y familiar, su historia médica y necesidades particulares; así como la información relativa al otorgamiento de los consentimientos de personas, instituciones y autoridades requeridos por la legislación de origen. Es en su apartado i) donde les impone "*establecer recursos cualificados de apoyo pos-adoptivo y de mediación para la búsqueda de los orígenes, para la adecuada atención de adoptados y adoptantes, que podrán encomendarse a organismos acreditados o a entidades autorizadas*".

Esta reforma ha deslindado las competencias de las diversas Administraciones Públicas. Se determina algunas a favor de la Administración General del Estado, por afectar a cuestiones de política exterior (iniciar, suspender o limitar adopciones con determinados países, o acreditar a los organismos intermediarios en las adopciones internacionales) y se mantienen la competencia autonómica para el control, inspección y seguimiento de los organismos acreditados.

Se subraya el interés superior del menor y se define a los futuros adoptantes, no como solicitantes, sino como personas que se ofrecen para la adopción. De igual forma, siguiendo la terminología propia del Convenio de La Haya de 1993, las entidades colaboradoras de adopción internacional pasan a denominarse "organismos acreditados para la adopción internacional".

A través de esta Ley 26/2015, también se modifica el artículo 12 relativo al derecho a conocer los orígenes biológicos. Se establece que las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus

representantes legales (modifica el término “padres”), tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas (suprime el término “españolas”), sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de las legislación de los países de procedencia de los menores; este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública (suprime “de protección de menores”), los organismos acreditados o entidades autorizados para tal fin.

Esta Ley 26/2015 ha introducido además importantes modificaciones en normas de derecho internacional privado a través de la reforma de los artículos 15, 17, 19, 24 de la Ley de Adopción Internacional de 2007.

Con todo lo expuesto hasta el momento, entendemos necesario diferenciar entre dos periodos absolutamente distintos: El anterior a la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, y el posterior en el que ya el derecho a conocer los orígenes biológicos se contempló como un reconocimiento legal y expreso.

6.- Situación del derecho a conocer los orígenes biológicos en el periodo anterior a la entrada en vigor de la ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional

Hasta esta reforma clave del año 2007, los hijos adoptados encontraban muchos obstáculos en su investigación. La única opción viable era comenzar la búsqueda acudiendo al Registro Civil con el fin de comprobar si estaba constatada la filiación biológica del adoptado. Toda persona mayor de edad puede obtener del Registro Civil toda la información que a ella se refiere. Si el resultado era negativo, lo único que podían hacer era acudir a las entidades o sujetos que intervinieron en su proceso de adopción, o a las personas que pudieran tener algún tipo de información sobre aquello: el ginecólogo, la comadrona o el hospital. Alegando una negativa por razones de confidencialidad, tanto los profesionales como las entidades, y la propia administración, ponían punto y final a la búsqueda, no dejando más alternativa que acudir a los tribunales con el fin de obtener la información sobre la familia natural.

En resumen, tal y como refleja en su estudio Pinto Andrade[368], los pasos necesarios a seguir por una persona que tenía la inquietud de buscar sus orígenes biológicos, eran los siguientes:

1.- Acudir al Registro Civil en busca de los datos identificativos de su filiación natural[369].

2.- Ante el fracaso de lo anterior por no hallar esa información, acudir a los organismos que intervinieron tanto en el nacimiento como en el proceso de adopción, con el fin de solicitar los datos del expediente correspondiente.

3.- Ante un resultado poco satisfactorio, la única vía restante era acudir a los tribunales para impetrar el auxilio judicial en la búsqueda.

Desglosando estos pasos debemos manifestar lo siguiente:

6.1) <u>Ausencia de datos de identificación de los padres biológicos en el Registro Civil:</u>

La falta de éxito del adoptado al acudir al Registro Civil se producía por dos situaciones:

a) <u>A causa del anonimato voluntario de la madre biológica.</u>

En España, el Código Civil se remite a la Legislación Registral para la determinación extrajudicial de la filiación materna[370]. El ya derogado artículo 47, párrafo 1º de la Ley del Registro Civil, regulaba lo que se denominaba como desconocimiento de la maternidad extramatrimonial. Esto también se encontraba presente en la regulación del Reglamento del Registro Civil respecto a la identificación de la madre en el parte médico de nacimiento. Así lo permitían los derogados artículos 167, 181 y 182.

Lo anterior significaba la existencia de un verdadero derecho u opción de la mujer no casada a desconocer su maternidad dentro del plazo de 15 días siguientes a la notificación del asiento registral de inscripción de nacimiento.

---

[368] Pinto Andrade, C. "*El derecho del adoptado a conocer su filiación de origen*". http://www.porticolegal.com/pa-artículo.php?ref=272. Consultado el 12 de enero de 2014.

[369] Barberá Fraguas, M., hace un estudio detallado de la legislación registral y la inscripción de la adopción en el Registro Civil: en "La adopción: cuestión jurídica. Problema humano", ob. cit., pág. 8.

[370] Artículo 120.4 CC regula la filiación extramatrimonial y artículo 115 CC se encarga de matrimonial.

La inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 47 de la Ley del Registro Civil, acordada por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 1999,[371] declaró que la legislación registral anterior a la Constitución Española de 1978, la cual posibilitaba la ocultación de la identificación de la madre biológica, no iba de la mano del Texto Constitucional y, en consecuencia, se optó por la preferencia de la verdad biológica frente a la verdad formal. De esta forma, se logró un primer avance en la materia puesto que se anteponía el derecho de los hijos a conocer su pasado y antecedentes biológicos, frente al derecho de la madre al anonimato[372].

La sentencia cuestiona el anonimato materno aludiendo a graves razones de interés público contrarias a la Constitución de 1978.

Esta resolución estableció literalmente[373] lo siguiente:

"*…la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. El hijo biológico, además pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer la verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes. Por último, el sistema encierra graves discordancias, no solo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre*

[371] STS, Sala Primera, de 21 de septiembre de 1999. Ponente, José Almagro Nosete, (RGD 1999, 663) 14225.

[372] Antes de esta sentencia existían importantes fundamentos que avalaban la existencia del parto anónimo. Entre ellos, la Resolución de la DGRN, de 11 de abril de 1997, que a pesar de la cercanía cronológica era opuesta a la posterior decisión del TS. Como dice Durán Rivacoba, R, en "*El anonimato del progenitor*", ob. cit., pág. 5, la idea mantenida por la Dirección General puede calificarse de cautelosa y prudente, aun cuando manifestaba con toda certidumbre los intereses opuestos en cada óptica: La DGRN señalaba que "*no es oportuno que este Centro Directivo se pronuncie ahora sobre una cuestión controvertida y en modo alguno indiscutible, como es la de decidir si esa facultad de la madre de ocultar su identidad vulnera derechos superiores del hijo a conocer sus orígenes y la prevalencia del principio de "mater semper certa est", o, si por el contrario, aquella facultad está en consonancia con el propio interés del menor, a veces el de su propia vida que se vería en peligro si su madre no tuviera la posibilidad de ocultar el parto. Basta recordar que el alumbramiento anónimo está admitido en otros países de la Unión Europea, como Francia, Italia y Luxemburgo*".

[373] Sentencia de la Sala Primera del T.S, de 21 de septiembre de 1999. Ponente, José Almagro Nosete, RGD 1999, nº 663, pág. 14225.

deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente, máxime, cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera, que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética".

En consecuencia a lo anterior, casi con carácter inmediato a la publicación de referida sentencia, el Gobierno aprobó por Orden Ministerial, de 10 de noviembre de 1999[374], un modelo de cuestionario para la declaración de nacimiento que contiene dos recuadros en blanco destinados a recoger las huellas dactilares de la madre junto con las del hijo.

En virtud de lo anterior, actualmente, en nuestro país ya no puede entenderse amparado en Derecho el deseo de la madre de permanecer en el anonimato.

En orden a todo lo anterior, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 2/2001 de 8 de noviembre de 2001[375] declaró que, "*Conforme a la STS de 21 de septiembre de 1999, hay que estimar inconstitucionales las normas registrales que permitían a la madre ocultar su identidad en el parto, de modo que, identificada la madre en el expediente por parte médico, la filiación materna ha quedado determinada y debe inscribirse",* y añadió:

"La maternidad queda determinada en nuestro derecho por el hecho del parto, conforme al principio tradicional de mater semper certa est".

A pesar de lo anterior, no se lograba con plenitud una garantía de verdad. Lo cierto es que, el hijo adoptado, aun teniendo la certeza de su condición, aunque acuda al Registro Civil lamentablemente es muy posible que no consiga saber de su filiación natural. Si la inscripción de nacimiento es anterior a la Orden de 10 de noviembre de 1999, cabe la posibilidad de que la maternidad no esté identificada.

Por la importancia de esta cuestión relativa a la maternidad anónima, le dedicaremos un apartado especial más adelante.

---

[374] Orden de 10 de noviembre de 1999 del Ministerio de Justicia (BOE del 23 de noviembre de 1999) sobre Modelo de Cuestionario para la Declaración de Nacimiento al Registro Civil.

[375] En esta línea la RDGRN, de 17 de marzo de 2001, estableció la obligatoriedad de la inscripción de la maternidad en el Registro Civil: "*En la inscripción española de nacimiento deben hacerse constar los padres biológicos del adoptado*". En ocasiones esta circunstancia no consta en las certificaciones registrales extranjeras. En efecto, en algunos países como Canadá, está prohibido que consten los datos de los padres biológicos del menor adoptado: En Calvo Caravaca, A.L., y Carrascosa González, J: "*La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional*", ob. cit., pág. 291.

b) Inscripción de la adopción y su publicidad

Otro motivo por el que el deseo de verdad biológica del adoptado podía quedar frustrado descansaba en el juego de las normas registrales relativas a la inscripción de la adopción, así como a su publicidad.

Las adopciones en España se constituyen con intervención judicial. En otros tiempos, el auto judicial por el que acuerda se inscribía con carácter general al margen de la inscripción de nacimiento, en virtud del artículo 46 LRC. Esta inscripción originaria no se veía afectada por la adopción, ni podía pretenderse su cancelación pues el Registro Civil debe contener todos los datos relativos al origen de las personas.

No obstante, a través de la Instrucción de fecha 15 de febrero de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado[376], se estableció posibilidad de la cancelación de la inscripción originaria de nacimiento del adoptado, y la realización de una inscripción nueva, a instancia de los adoptantes[377]. Al tiempo, se garantizaba la conservación de la primera inscripción. En todo caso, esta inscripción estaría sometida al régimen de publicidad restringida.

A la anterior inscripción únicamente podrán tener acceso los adoptantes, y el adoptado mayor de edad, así como terceros que obtengan la autorización judicial (art. 21 RRC, 1958)

Como consecuencia de este sistema de inscripción se da la posibilidad de que el adoptado inscrito que desconozca su verdadero origen, se mantenga en esa ignorancia a pesar de la búsqueda intencionada y solicitud de su certificación literal de nacimiento. La nueva inscripción solo contendrá una referencia al tomo y página donde consta la inscripción originaria, pero no mencionará el hecho de la adopción.

Los artículos 21 y 22 del RRC, establecen como regla general la necesidad de autorización del Juez encargado del Registro Civil para obtener certificación respecto de

[376] Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre constancia registral de la adopción, de 15 de febrero de 1999 (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1999).

[377] Esta Instrucción fue dictada como resultado de las múltiples peticiones de padres adoptantes que querían eliminar la filiación original de sus hijos de su inscripción de nacimiento. Por medio de la incoación de un expediente se solicitaba una nueva inscripción en la que únicamente consten los adoptantes. De esta forma la filiación anterior permanecía cancelada formalmente, haciéndose una referencia de ella en la nueva certificación. En opinión de Barberá Fraguas, M., el adoptado mayor de edad debería tener el mismo derecho que los adoptantes a acceder a la partida original o para solicitar su cancelación. A fin de cuantas, lo que en ella se recoge afecta directamente a su propia identidad: en "*La adopción: cuestión jurídica. Problema humano*", ob. cit., pág. 9.

la filiación adoptiva originaria, excepto si el solicitante es el adoptado mayor de edad, o se trata del adoptante o adoptantes.

Por todo ello, con independencia de haberse superado la indefensión que provocaba la maternidad anónima[378] y que la legislación registral permita expresamente al adoptado acceder a su certificado de nacimiento en el Registro Civil con el objeto de conocer la identidad de los padres naturales, esta vía no es en absoluto garantista. Entendemos por todo lo expuesto que estos dos motivos[379] presiden la imposibilidad de llegar a la verdad biológica a través del Registro Civil: la antigua regulación permisiva de la maternidad oculta y el sistema de inscripción de la adopción establecida en España en virtud de la Instrucción de 15 de febrero de 1999 que exige un conocimiento previo o sospecha en la condición de hijo adoptado del solicitante de la partida de nacimiento.

6.2) Derecho de acceso a documentos obrantes en la Administración.

Ante la falta de satisfacción del adoptado en virtud de las reglas registrales, el adoptado podía intentar la búsqueda acudiendo a los expedientes administrativos, hospitalarios o eclesiásticos de los centros que, en su día, solían intervenir en la gestión de la adopción.

El permiso de acceso a esos expedientes dependía, en cada caso, del criterio que cada institución tenía adoptado al respecto. Como regla general consolidada, en España la Administración venía denegando el acceso a la información obrante en sus expedientes, alegando principalmente el secreto profesional de sus trabajadores respecto a la información custodiada en la Administración.

[378] En este aspecto merece especial mención la Resolución de la DGRN, de 29 de septiembre de 1990, que resolvía un asunto en el que los padres adoptivos de una niña habían solicitado la omisión de la identidad de la madre biológica en la partida de nacimiento de su hija. En este caso, la niña al nacer haber sido abandonada por su madre aunque, con independencia de esto, constaban sus datos de identidad en el certificado médico del parto. Los adoptantes instaron la inscripción de la menor fuera de plazo, solicitándose únicamente que constaran los apellidos de éstos. El Juez encargado ordenó la inscripción de los datos de la madre biológica. Los adoptantes interpusieron contra este asiento el pertinente recurso ante la DGRN basándose en que había mediado un abandono y que la madre había dejado claro que no quería que a la niña se les pusiera sus apellidos. El Encargado del Registro estaba de acuerdo con que la filiación debía ser desconocida pero debía dejarse constancia de la identidad de la madre "*al objeto de no romper totalmente los lazos con la familia natural cuyos derechos no cabe desconocer*". La DGRN falló a favor de los padres adoptivos entendiendo que no constaba filiación alguna y en aplicación

[379] Pinto Andrade, C. "*El derecho del adoptado a conocer su filiación de origen*". http://www.porticolegal.com/pa-artículo.php?ref=272. Consultado el 12 de enero de 2014.

La negativa a proporcionar información estaba fundamentada en los siguientes argumentos[380]:

.- El artículo 105.b) de la Constitución Española: "*La Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo que afecte a (…) la intimidad de las personas*".

En nuestro país, en esos años, no existía una normativa específica sobre el acceso a los archivos o documentos administrativos, sino que había que aplicar la regulación genérica de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común:

.- El artículo 37 de la de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), modificada por la Ley 4/1994, de 13 de enero, establecía literalmente que "*Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o en el tipo de soporte material en que figuren siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados a la fecha de la solicitud.. (…) se regirán por sus disposiciones específicas (…) el acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes".*

(…) el ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley (…)".

.- Artículo 37.4 de la LRJPAC, establecía que el ejercicio del derecho de acceso a los archivos administrativos podría ser denegado, entre otras causas, cuando prevalecieran intereses de terceros más dignos de protección.

.- Por otro lado, Disposición Adicional Primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de Adopción y otras formas de Protección de Menores:

Establece que las personas que presten servicios en las Entidades Públicas o en las instituciones colaboradoras, están obligadas a guardar secreto de la información

[380] Garriga Gorina, M. "*La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencia*l", ob. cit., pág. 191.

obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando en particular, que la familia de origen conozca de la adopción.

.- Por último, el artículo 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, considera intromisiones ilegítimas la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficio de quien los revela.

De igual forma, la negativa al acceso de la documentación necesaria también estaba presente en criterios jurisprudenciales:

.- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 197/1991, de 17 de octubre de 1991[381]:

Esta resolución señaló que el derecho a la intimidad personal que se recoge en el artículo 18 de la Constitución Española está estrictamente vinculado a la dignidad de la persona, que reconoce el artículo 10 del mismo Texto legal. Implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás y que, desde esta perspectiva, no cabe duda de que la filiación, y muy particularmente la identificación del origen del adoptado, ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio.

.- De igual forma, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 231/1988, de 2 de diciembre de 1988[382]:

Aplicó el derecho a la intimidad personal y familiar no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados supuestos de la vida de terceros con las que se guarda una especial vinculación. Este es el caso de la familia. Por la relación y vínculo existente entre estas personas se incide en la propia esfera de la personalidad del individuo, protegida por el artículo 18 de la Constitución.

En definitiva, tal y como señala Magaldi[383], de todo lo expuesto no está claro que debiera entregarse al solicitante la información requerida sobre los datos identificativos de su supuesta madre biológica. A la vista de la legislación indicada, parece que difícilmente era sostenible con éxito una solicitud amparándose en el derecho de acceso para obtener los datos o documentos donde figure la identidad de la

[381] (RTC 1991/ 197).
[382] (RTC 1988/ 231).
[383] Magaldi Mendaña, N. "*Derecho a saber, filiación biológica y Administraciones Públicas*", ob. cit., págs. 44 y ss.

madre biológica. Esas solicitudes, al menos en sede administrativa, no prosperaban al darse prevalencia superior a la intimidad de la persona[384] cuyos datos se pretendía obtener.

En conclusión, ante la ausencia de información en el Registro Civil, y ante una negativa de acceso a los archivos de la Administración, a los hijos adoptados sólo les quedaba acudir a los tribunales con el fin de obtener los datos relativos a la identidad de sus padres biológicos.

Para una justificación jurídica de esa acción que les permitiera fundamentar el fondo del asunto, debían apoyarse en una serie de normas jurídicas dispersas. Citamos las siguientes:

6.3) La necesidad de acudir a los Tribunales impetrando el auxilio judicial

Como decimos, cuando la visita al Registro Civil correspondiente y el intento de acceso a los documentos del expediente de adopción, no había dado resultado satisfactorio, solo quedaba la última vía: acudir a la Justicia.

Evidentemente, la demanda que iniciaba el procedimiento judicial tenía que contemplar una fundamentación jurídica que asentara la petición realizada en la misma. Los fundamentos alegados en las instancias solían basarse en los siguientes fundamentos:

Fundamentos legales del derecho a conocer los orígenes en la normativa anterior: Reconocimiento implícito y no explícito:

Con anterioridad a que este derecho fuera ya una realidad jurídica, los defensores del mismo iniciaron un importante camino dirigido a encontrar lo que finalmente se ha producido; el reconocimiento expreso.

Como antecedentes a este logro los estudiosos basaban la existencia de este derecho en textos legales, doctrina y jurisprudencia, que contemplaban pinceladas aisladas pero que, de forma unitaria, lo daba por reconocido indirectamente. Entre los anteriores podemos citar:

[384] En este sentido, Van Bueren, G., manifiesta que el hecho de otorgar preferencia al derecho la intimidad de los padres biológicos frente al derecho del hijo a conocer los orígenes biológicos da a entender que aquellos poseen un mejor derecho por el hecho de haber decidido sobre su procreación. Matiza diciendo que no hay que olvidar que la adopción es una institución dirigida a proteger los intereses de los adoptados, no de los progenitores. En "*Children´s access to adoption records. State discretion ora n enforceable international right*? 58 MLR, 1995, pág. 52.

1.- <u>En cuanto a Tratados y Convenios internacionales</u>

Los siguientes instrumentos internacionales han sido ratificados por España y por tanto vinculan al Estado español[385].

a) <u>Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950</u>:

<u>Artículo 8</u>: 1. "*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*".

2. "*No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa el orden y prevención del delito, la protección de la salud o de ola moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás*".

<u>Artículo 14</u>: 1. "*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, nacional o social, pertenencia a una minoría nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*".

b) <u>Convenio de Bruselas Núm. 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil, de 12 de septiembre de 1962, sobre Determinación de la Filiación Materna de los Hijos Extramatrimoniales</u>:

Artículo 1.- "*Cuando una persona es designada en la inscripción del nacimiento de un hijo no matrimonial como madre de éste, la filiación materna queda determinada por tal designación. Sin embargo, esta filiación podrá ser impugnada*".

Ya hemos hecho referencia a la abolición en España del parto anónimo como consecuencia de la citada STS, de 21 de septiembre de 1999.

[385] Artículo 96.1 de la CE de 1978: "*Los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional*".

c) <u>Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989</u>:

<u>Artículo 2</u>: 1. "*Los Estados partes de la presente Convención respetarán los derechos enunciados en esta Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*".

2. "*Los Estados parte toarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas, o las creencias de sus padres, de su representantes legales o de sus familiares*".

<u>Artículo 3</u>: 1. "*En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atendrá será el interés superior del niño*".

<u>Artículo 7</u>: 1. "*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*".

2. "*Los Estados partes velará por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.*"

<u>Artículo 8</u>: 1. "*Los Estados Partes 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 Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*".

<u>Artículo 9</u>: 1. "*Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial,*

las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño…"

3. "*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*".

d) <u>Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de 20 de Mayo de 1993</u>

<u>Artículo 16</u>: 1.- "*Si la Autoridad del Estado Central de origen considera que el niño es adoptable preparará un informe que contenga información sobre la identidad del niño, su adaptabilidad, su medio social y familiar, su historia médica y la de su familia, así como la de sus necesidades particulares*".

2. "*Esta Autoridad central transmitirá a la Autoridad central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad*".

<u>Artículo 30</u>: 1. "*Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto de la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia*"..

2. "*Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la Ley de dicho Estado*".

e) <u>Carta Europea de Derechos del Niño (aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992)</u>.

<u>Artículo 8.10</u>: "*Todo niño tiene derecho a la protección de la identidad y, en su caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las que se dará al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos, así como las*

condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros".

2.- <u>Constitución Española de 1978</u>

Dentro de los artículos de la Carta Magna que se podían utilizar como fundamento jurídico para instar judicialmente la información relativa a los orígenes biológicos podían alegarse:

<u>Artículo 10</u>: Reconoce la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad. Entre estos derechos inherentes, siguiendo la opinión de autores como Garriga Gorina[386], entendemos incluido el derecho a la identidad.

Por su parte, Quesada González[387] entiende que el derecho a conocer la filiación de origen debe ser elevado a la categoría de derecho de la personalidad, por cuanto presenta íntimas vinculaciones con la persona, con su dignidad y con el libre desarrollo de la personalidad[388]. Defiende una concepción abierta de los derechos de la personalidad, dentro de los que incluye el derecho a conocer el propio origen biológico, por cuanto dignifica a la persona y contribuye al desarrollo de la personalidad desde una doble perspectiva: material y espiritual.

<u>Artículo 14</u>: En él se reconoce la igualdad de todos los españoles ante la Ley, sin discriminación por razón de nacimiento.

<u>Artículo 15</u>: Se reconoce el derecho a la integridad física y moral. Este derecho a la integridad física y moral también podría verse vulnerado si no se reconoce el acceso de toda persona al conocimiento de su identidad biológica. La falta de información podría dificultar diagnósticos y tratamientos médicos o crear problemas psicológicos.

<u>Artículo 18</u>: Podría verse también afectado el derecho a la intimidad, en sentido positivo, es decir, el derecho a controlar la información acerca de uno mismo.

Dicha violación positiva del derecho a la intimidad frente a la violación negativa que ostenta el derecho de los padres biológicos a proteger su intimidad, debe ser resuelta sobreponiendo el derecho del hijo adoptado. De lo contrario sería confundir la

[386] Garriga Gorina, M: "*La Adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: Un estudio legislativo y jurisprudencial*", ob. cit., pág. 248.
[387] Quesada González, M. C: "*El derecho ¿constitucional? a conocer el propio origen biológico*". Anuario de Derecho Civil, 1994, abril-junio, pág. 246.
[388] Ibídem, pág. 252.

institución de la adopción, que lo que pretende en definitiva es proteger y cuidar los intereses del hijo, y no los de los progenitores ni los de los padres adoptivos. Los padres biológicos no pueden impedir a la persona a la que procrearon la plena realización de sus derechos. Evidentemente, entre estos, se encuentra el derecho a conocer el origen biológico.

Artículo 20.1.4: Se consagra el derecho a la información de todos los españoles.

Artículo 39.2: Se recoge la protección integral de los hijos, todos ellos iguales con independencia de su filiación. De igual forma, en el apartado segundo, se recoge el derecho a la libre investigación de la paternidad.

Independientemente de todas las normas citadas, insistimos en que, en esa etapa, no existía en España una norma racional, categórica y expresa que asentara sin ambages el derecho a conocer los orígenes biológicos. Se entendía que sí había preceptos constitucionales que pudieran sustentarlo, si bien ninguno de forma absoluta y clara. De la misma forma, a la vista de la legislación administrativa, no era sostenible con éxito una solicitud amparada en el derecho de acceso a documentos donde figure la identidad de la madre biológica.

Por tanto, en ausencia de norma expresa podíamos afirmar que, con anterioridad a la Ley de Adopción Internacional de 2007, sí existía un derecho a conocer los orígenes pero, necesariamente, había que sustentarlo en otros como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad o la integridad personal.

En palabras de Pinto Andrade "*el derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado no era por tanto un derecho absoluto sino que tenía matices y sombras que hacían y obligaban a tener que analizar, caso por caso, si se debería proteger el interés, valor o bien jurídico que se consideraba más digno de protección*"[389].

La cuestión principal por tanto residía en poner en la balanza la supremacía o subordinación del derecho a conocer los orígenes, respecto de otros derechos: Derecho de los padres a mantener en secreto su identidad, el derecho al secreto profesional etc…

[389] Pinto Andrade, C. "*El derecho del adoptado a conocer su filiación de origen*". http://www.porticolegal.com/pa-artículo.php?ref=272. Consultado el 12 de enero de 2014.

De igual forma, Magaldi[390] entiende que, en relación a una posible existencia constitucional del derecho fundamental al conocimiento de los orígenes basado en el artículo 39.2º CE, si se pone en conexión con la teoría de que la investigación de la paternidad es relativa a la atribución de los deberes y obligaciones de tipo asistencial de sus hijos (art. 39.3) el interesado a conocer sus propios orígenes no puede ser identificado como derecho fundamental, ya que cuando se admite la identificación del padre o madre genéticos no se busca la ruptura de la filiación adoptiva.

En España, desde el año 1999, se comenzó a lograr que los jueces permitieran indagar en los datos existentes en los organismos de referencia. Tras nueve años de lucha judicial, el legislador ha recogido de una forma expresa el derecho de éstas personas a buscar sus orígenes. Para ello cuentan ya con un mandato legal que obliga a los organismos correspondientes a prestar su ayuda. Hoy en día, esa negativa a proporcionar la información obrante, podría ser constitutiva de un delito desobediencia[391].

No hay que olvidar que, a pesar de este logro legislativo, los jueces españoles, antes de la reforma de 2007, a través de sus sentencias, ya habían comenzado a decidir que el derecho a conocer los orígenes de los hijos estaba por encima del derecho a la intimidad de los padres que un día decidieron ocultar su identidad.

A la vista de esos fallos judiciales, se contó con un reconocimiento jurisprudencial de ese derecho a saber.

3.- Reconocimiento jurisprudencial del derecho a conocer los orígenes biológicos

Junto a la jurisprudencia de nuestros tribunales, vamos también a analizar algunas sentencias del TEDH, previamente citadas en materia de identidad, decisivas en esta materia.

En cuanto a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo insistimos en la importancia de la ya analizada Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999. El hecho de que a través de esta resolución se obligara a realizar cambios en la normativa del Registro Civil, permisiva con la maternidad anónima, significó un

[390] Magaldi Mendaña, N: "*Derecho a saber, filiación biológica y AdministracionesPúblicas*", ob. cit., pág. 72.
[391] Ballesteros de los Ríos, M. "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes*" Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 17/2008 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2008, pág. 1.

importante avance en la defensa del derecho a conocer los orígenes biológicos. Es por tanto esta resolución un referente obligado en la afirmación de la existencia implícita de este derecho en España.

Junto a esta sentencia, son de obligada mención, algunas sentencias del TEDH que se han convertido a nivel internacional en decisiones de referencia indiscutible:

a) Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

a.- Caso Gaskin contra Reino Unido[392]

Recordamos que, tal y como hemos visto anteriormente, en este supuesto, el demandante, señor Gaskin, ciudadano británico nacido el 2 de diciembre de 1959, quien, poco después de su nacimiento, tras la muerte de su madre, fue recogido por el Ayuntamiento de Liverpool quien se ocupó de él desde el día 1 de septiembre de 1960. Al margen de un corto periodo en el que se ocupó de él su padre, permaneció bajo situación de guarda en distintas familias, hasta el 18 de julio de 1974. Finalmente, el Ayuntamiento dejó de tutelarle el día 2 de diciembre de 1977, fecha en la que alcanzó la mayoría de edad.

Con los años, ya siendo un adulto, el demandante quiso conocer su historia personal y saber con quiénes y en qué condiciones se había realmente criado. Un dato importante es que afirmaba haber sido maltratado durante aquella época de periplo. El demandante afirmó que, desde que alcanzó la mayoría de edad, había intentado averiguar dónde, con quién y en qué condiciones había vivido. Su intención descansaba en poder superar sus problemas y, en definitiva, conocer su pasado.

Las normas de aplicación exigían que la autoridad local llevara un expediente confidencial al respecto. Su historia, por tanto, estaba en poder de los servicios sociales que sólo le permitieron conocer algún dato general basándose en la vigente legislación británica y su necesidad de confidencialidad.

Tras acudir a los tribunales, quienes rechazaron su demanda, finalmente demandó al Estado británico ante el TEDH por violación de los artículos 8[393] y 10 de la

[392] STEDH 1989/16, de 7 de julio 1989.

[393] Artículo 8:1. "*Toda persona tiene el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"*.2. *"No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de ese derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia está prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito. La protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos*".

Convención, los cuales contemplan el derecho a la vida privada y familiar y el acceso a la información, respectivamente.

El Tribunal Europeo, a través de Sentencia de fecha de 7 de julio de 1989, declaró que se había vulnerado el artículo 8, pero no el 10. El Tribunal justificó que la información que poseían los servicios sociales afectaba a la identidad del demandante y, por tanto, debían proporcionarle esos datos instados sobre su infancia. En este punto, la negativa del Estado significaba un atentado contra el derecho al respeto de la vida privada de las personas. En definitiva, el TEDH, decidió condenar al Estado británico al carecer su legislación de instrumento o proceso que permitiera ponderar correctamente los intereses enfrentados: el derecho del demandado a conocer su infancia y su pasado de forma detallada y amplia, contra el derecho a la confidencialidad garantizada a los informadores de dichos expedientes (médicos, asistentes sociales, padres de acogida etc…).

Entendió, por tanto, que sí había sido quebrantado el artículo 8 de la Convención. Literalmente, el Tribunal afirmó que:

"*…las personas que estén en la situación del demandante tienen un interés primordial, protegido por el Convenio, en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia y sus años de formación. Sin embargo hay que tener también en cuenta que el carácter reservado de los expedientes administrativos es muy importante si se quiere disponer de informaciones objetivas y merecedoras de crédito; y que, además, puede ser necesario para proteger a terceras personas. Desde este punto de vista, un sistema como el británico que subordina el acceso a los expedientes al consentimiento de los informantes puede considerarse en principio compatible con el artículo 8, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, cuando no se consigue entrar en relación con el informante o éste niega abusivamente su conformidad, el sistema debe proteger los intereses de cualquiera que pretenda consultar los datos sobre su vida privada y familiar; y sólo estará de acuerdo con el principio de proporcionalidad si dispone de un órgano independiente que, en el supuesto de que un informante no conteste o no dé su consentimiento, pueda tomar la resolución definitiva sobre la cuestión … Por consiguiente, los procedimientos seguidos no aseguran al señor Gaskin el respeto de su vida privada y familiar exigido por el artículo 8 del Convenio. En consecuencia el precepto fue violado*".

Por el contrario, en relación con el segundo de los preceptos alegados (artículo 10)[394], el Tribunal entendió que "la libertad de recibir informaciones…" prohíbe fundamentalmente a un Gobierno impedir a cualquier persona que reciba las que otras estén dispuestas a facilitarle o consienten en que así se haga". En las circunstancias concretas del caso de autos, el artículo 10 no obliga al Estado demandado a comunicar al interesado las informaciones de que se trata, por lo que el señor Gaskin, no sufrió injerencia ninguna en relación con lo que se protege en este artículo.

b.- Caso Mikulic contra Croacia[395].

La demandante, nacida el 25 de noviembre de 1996, era hija de padres no casados. Tras la interposición de la correspondiente demanda judicial ante el Tribunal Municipal de Zagreb, en fecha 30 de enero de 1997 (interposición junto con su madre), reclamó la declaración de paternidad. Tras una absoluta e injustificada dilación procesal, con repetida negativa del demandado a someterse a las pruebas de paternidad biológica admitidas en el proceso de filiación, sin que el Tribunal actuara en consecuencia, Milukic demandó a Croacia por violación del derecho al respeto de su vida privada. Entre otros argumentos señalaba que se le había mantenido en un estado de incertidumbre prolongada sobre su identidad personal por la ineficiencia de los Tribunales internos. Afirmó que si el Tribunal hubiese decidido prontamente sobre su caso, su relación familiar con su padre podría haber sido establecida en una etapa más temprana de su vida.

El TEDH, a través de sentencia de fecha 7 de febrero de 2002, falló que no había razón para entender que el artículo 8 de la Convención, que protege el derecho a la vida familiar, no pueda proteger también la relación legal entre un niño nacido fuera del matrimonio y su progenitor puesto que, el respeto de la vida privada, supone que todos pueden establecer elementos de identidad como seres humanos individuales y que el derecho del individuo a tal información es importante para desarrollar su identidad.

---

[394] Artículo 10: 1. "*Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende, la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones e ideas sin que pueda haber injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras (…)* 2. "*El ejercicio de estas libertades, que, entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley. Que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial*".

[395] STEDH 78019/2002, de 7 de febrero de 2002.

Al estar los procesos de filiación directamente relacionados con la vida privada, y al no adoptar Croacia medidas, se había vulnerado el artículo 8 de la Convención. El Tribunal entendió en este caso que, "*vida privada" incluye la integridad física y psíquica de la persona y puede, a veces, abarcar aspectos de la identidad física y social de una persona. El respeto por la "vida privada" debe también comprender, hasta cierto punto, el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos. El respeto a la vida privada exige que todos puedan ser capaces de establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales y que el derecho de una persona a tal información es de gran importancia por sus implicaciones formativas para su personalidad. En el presente caso, la demandante es una niña nacida fuera del matrimonio que está buscando, por medio de un proceso judicial, establecer quién es su padre natural. El proceso de paternidad que ha incoado tiene la intención de determinar su relación legal… a través del esclarecimiento de la verdad biológica. En consecuencia, hay un vínculo directo entre el esclarecimiento de la paternidad y la vida privada de la demandante*."

c.- Caso Odiévre contra Francia[396]

Se trata sin duda alguna del caso más controvertido e importante en materia de derecho a conocer orígenes. La demandante intentaba conocer la identidad de su madre biológica, quien se había acogido a la figura legalmente permitida en Francia: el llamado "*ACCOUCHEMENT SOUS X*" (parto anónimo) en el que la madre oculta su identidad.

La demandante y protagonista de este asunto es Pascale Odiévre, una francesa nacida en 1965. Su madre se acogió a la figura del parto anónimo por lo que los datos relativos su identidad no constaban de forma oficial. Como resultado de ese abandono, Pascale fue entregada a los servicios sociales y estuvo cuatro años en una familia de acogida. En el año 1969, fue adoptada por el matrimonio Odiévre, del cual adoptó su apellido. Una vez enterada de su condición de hija adoptada, acudió a los servicios sociales con la intención de obtener información sobre los datos identificativos de su familia biológica. Estos sólo le proporcionaron información general; sus padres, quienes convivieron durante siete años antes de que ella naciera, habían sido padres de un hijo y su padre era un pintor de nacionalidad española.

[396] STEDH 42326/98, de 13 de febrero de 2003.

Tras la negativa de los servicios a desvelar más información, acudió a los tribunales franceses, en concreto presentó demanda ante el Tribunal de Gran Instancia de París, el cual se declaró no competente, remitiéndose el caso a los tribunales administrativos. Pascale Odiévre, demandó a Francia directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación de los artículos 8 y 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 1950.

Como consecuencia de no haber agotado los recursos internos ante la jurisdicción francesa, Francia planteó la excepción procesal con fundamento en el artículo 35 del Convenio. En este precepto se establece claramente que sólo se podrá acudir al Tribunal Europeo después de agotar estas vías internas. A su vez, los principios de derecho internacional, entienden que se podrá acudir a este Tribunal una vez transcurridos seis meses desde la fecha de la resolución interna definitiva. Por esta razón, Francia solicitaba que no se entrara a resolver el fondo del asunto.

La excepción fue rechazada pues, a juicio del Tribunal, no se podía exigir a la demandante someter su queja a los tribunales administrativos franceses debido a que dicho recurso estaba claramente condenado al fracaso teniendo en cuenta que el secreto del parto estaba claramente protegido por las leyes galas. Entendió el Tribunal que acudir a la vía administrativa no iba de ninguna manera permitir a la demandante obtener detalles sobre la identidad de sus progenitores. Este hecho, sin duda, sentó un importante y curioso precedente puesto que permite que cuando sea previsible la desestimación de la demanda en la jurisdicción interna, quede atenuado el requisito exigido literalmente en el Convenio relativo al agotamiento de los recursos internos nacionales.

Centrándonos en el artículo 8 de la Convención, relativo a la protección del derecho a la vida privada y familiar, alegado por Odiévre, el Estado francés entendió que no se podía hablar de este derecho en el caso de la demandante, pues la existencia de una familia exige estrechos lazos personales entre sus miembros, los cuales, no se daban en su caso. Recordemos que ni siquiera conoció a sus padres biológicos. La demanda, además del citado artículo 8, se basó en la decisión de la Comisión de 8 de febrero de 1993, la cual desestimó la pretensión de un ciudadano holandés que había donado material genético a una pareja de mujeres homosexuales con el fin de que una de ellas llevara a cabo la gestación. Tras el nacimiento, el donante mantuvo visitas con carácter regular con el niño hasta que finalmente quiso entablar un régimen de visitas

con carácter formal. Las mujeres se opusieron y así fue denegado por los Tribunales Holandeses. La Comisión estableció que no podía haber vida familiar en el sentido reclamado del artículo 8.1 de la Convención puesto que, la condición de donante no implica ipso facto un derecho a la vida familiar. Determinó que los contactos que había mantenido con el niño tras los meses posteriores al nacimiento, no habían sido lo suficientemente intensos como para entender una relación familiar que mereciera esa protección legal alegada.

La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resolvió la cuestión Odiévre a través de la Sentencia de fecha 13 de febrero de 2003. Dicha Sala estuvo compuesta por diecisiete magistrados que, tal y como establece el artículo 30 del Convenio, resolverán las cuestiones graves relativas a interpretación del Convenio[397].

En la resolución, finamente se desestimó la petición de la demandante por diez votos frente a siete. Reconociéndose que el artículo 8 protege el derecho a la identidad del ser humano y el interés en obtener las informaciones necesarias para descubrir la identidad de los progenitores, la sentencia añadió que la expresión "toda persona" quiere decir que se protege no sólo el derecho a conocer el propio origen del hijo, sino también el anonimato de una mujer a la hora de dar a luz; hecho que sin duda forma parte también de su derecho a la vida privada y familiar. Y es que, aunque ese derecho a la vida privada tiene como finalidad principal evitar injerencias arbitrarias del Estado en la vida de los particulares, también es ese Estado el que tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para conseguir materialmente el derecho a la vida privada y familiar del resto de particulares, lo que incluye de igual manera a la madre anónima[398].

En el fundamento 29 de la sentencia se concluye que el nacimiento y las circunstancias de éste, forman parte de la vida privada del niño, luego adulto, protegido por el artículo 8, pues como en el caso Mikulic[399], se considera que dentro del desarrollo personal figuran detalles de la identidad del ser humano como la identidad de los progenitores.

---

[397] Rodríguez Vega, L. "*Los límites del derecho a conocer la propia*". Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Nº 4/2003 parte Estudio. Editorial Aranzadi. Pamplona 2003.

[398] En este aspecto es interesante el criterio expuesto, en relación con esta sentencia, por Kemelmajer de Carlucci, A., que opina que con este fallo el TEDH "*hace prevalecer la voluntad de quién realizó un acto consciente, sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto, pues no estaba en su decisión nacer o no nacer*": en "*El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13 de febrero de 2003, en el caso Odiévre contra Francia*". Colex, Madrid, 2004, pág. 89.

[399] Sentencia TEDH, de 7 de febrero de 2002.

Independientemente de esto, el Tribunal finalmente valoró el riesgo que supondría levantar el secreto elegido en el momento del nacimiento dado que afectaría, no sólo a la vida privada de la madre sino también de la familia adoptiva, del padre y los hermanos biológicos. Todos ellos, tiene igualmente derecho al respeto de su vida privada y familiar. Según el Tribunal, existe un interés general en la medida en que el "*accouchement sous X*" protege la salud tanto de la madre como la del hijo, se evitan abortos clandestinos y abandonos salvajes. En este mismo sentido, con esta figura, se está protegiendo el derecho a la vida, el más universal de todos los derechos y reconocido, como no, en múltiples instrumentos internacionales, entre ellos la propia Convención (artículo 2).

En esa sentencia se encuentran algunos pronunciamientos a destacar:

Uno de los magistrados que votaron a favor de desestimar la demanda, destacó que lo importante a tener en cuenta, era admitir la legalidad del parto anónimo como medio para garantizar a toda mujer la asistencia médica necesaria en el momento del alumbramiento, con independencia de que la eficacia estadística del "*accochement sous X"* no esté acreditada.

Entre los jueces con opinión mayoritariamente contraria a la demandante, hubo algún pronunciamiento especialmente duro con Odiévre. Concretamente los Jueces Ress y Kuris afirmaron que "*el individuo que trata de levantar el secreto a cualquier precio, incluso contra la voluntad expresa de su madre natural, deben preguntarse si su nacimiento hubiese tenido lugar sin el sistema del parto anónimo*". También se recordó en la resolución que la madre biológica de Pascale Odiévre nunca visitó a su hija en el hospital y se separó de ella con una indiferencia absoluta, no constando en ningún momento que posteriormente tuviera el más mínimo deseo de conocer a su hija. Es evidente que estos magistrados reprochan a la demandante que interfiera en la vida privada de una mujer que nunca ha querido saber nada de ella.

El Tribunal consideró que debido a la complejidad del derecho a conocer los orígenes, el Estado francés no había sobrepasado el margen de apreciación o de maniobra que tiene a la hora de adoptar medidas que garanticen la protección de los derechos humanos. A su vez, el Tribunal defendió que la legislación francesa busca un equilibrio y una proporcionalidad suficiente entre todos los intereses en conflicto, ya que, si por un lado mantiene en sus normas el parto anónimo, existe la posibilidad de levantar el secreto de identidad materno, lo que facilita la búsqueda del origen biológico

gracias a la creación de un Consejo Nacional de acceso a los orígenes personales. Se puede solicitar ante dicho Consejo el levantamiento de la identidad de la madre siempre con el consentimiento de ésta, reserva impuesta con el fin de garantizar el equilibrio entre el derecho de la madre a la vida privada y el derecho del hijo a conocer sus orígenes.

Por todo lo anterior, el fallo recoge que no hubo vulneración del derecho a la vida privada del artículo 8 de la Convención. Sin embargo, no hay que olvidar que siete de los Jueces que votaron en contra aportaron importantes razonamientos por los que entendían que sí había habido vulneración de citado precepto. Partiendo de la idea de que lo que hay que procurar es la búsqueda de un justo equilibrio entre todos los derechos en conflicto, afirmaron que el sistema francés no había contemplado, ni de hecho ni de derecho, dicho equilibrio.

En este caso los intereses contrapuestos eran varios:

.- El de la demandante; a conocer a su madre biológica.

.- El de la madre; a mantener en secreto su identidad.

.- El del resto de parientes biológicos; a la vida privada y familiar.

.- El del Estado francés; a conservar el parto anónimo en su ordenamiento jurídico.

En la sentencia se niega la ponderación de intereses, basándose en el obstáculo insalvable del consentimiento de la madre, barrera infranqueable para el derecho a conocer los orígenes. La decisión de la madre, sin tener que justificar razón alguna, era absoluta e irreversible, y se imponía a la del hijo. La madre tiene así una capacidad discrecional ilimitada, lo cual es muy diferente a la capacidad del hijo quien ve como nunca llegará a conocer sus orígenes biológicos. Esto significa que la madre no puede únicamente vetar el derecho del hijo, sino también el del padre biológico y el de sus hermanos. No debemos olvidar que estas relaciones también se encuentran comprendidas y protegidas en el citado artículo 8.

Al igual que gran parte de la doctrina, los jueces disidentes entendieron que el acceso a la información general sobre los progenitores no es suficiente para considerar protegido el derecho a conocer los orígenes. De igual forma se entendió que la eficacia del *"accochement sous X"* a la hora de evitar abortos no ha quedado constatada puesto

que no hay datos que demuestren que el número de abortos o infanticidios es menor en Francia que en otros países, ni puede considerarse que sólo la configuración legal francesa protege el derecho a la vida del artículo 2 de la Convención.

Dentro del margen de apreciación debe valorarse si los derechos en conflicto son de naturaleza nuclear o periférica, y el derecho a conocer los orígenes forma parte del núcleo duro del derecho al respeto de la vida privada.

Se rechazó por completo el hecho de que hubiera habido un justo equilibrio o proporcionalidad entre los derechos pues, en la ley francesa, la última palabra le corresponde siempre a la madre, quien únicamente puede ser invitada a revelar su identidad en el momento del parto, pero no tiene obligación de proporcionar sus datos y puede incluso exigir que se mantenga la confidencialidad tras su muerte. El desequilibrio de derechos es evidente. Es más, la decisión materna no está sometida a ningún control ni se exige una justificación mínima. En conclusión, según los disidentes, el sistema francés no había alcanzado el equilibrio de derechos, violando así el artículo 8 de la Convención.

Compartimos la opinión de estos jueces disidentes. En primer lugar debemos manifestar que en otros casos ya analizados previamente (Gaskin contra Reino Unido y Mikulic contra Croacia) donde entra en juego la interpretación del mismo derecho, se haya reconocido la vulneración del artículo 8, incluso por unanimidad en éste último, y en el presente caso se haya resuelto con posterioridad en sentido contrario. En los dos primeros casos de referencia, se tomó el derecho a conocer los orígenes biológicos como elemento esencial del derecho a la identidad y al desarrollo de la personalidad. Este último derecho no se aborda en la presente sentencia.

En definitiva, no entendemos qué grado de proporcionalidad hay entre el derecho a conocer los orígenes del hijo y el derecho a la vida privada de la madre en un sistema en el que la última palabra siempre va a corresponder a la madre[400].

Esto era lo que presidió la época anterior española a la entrada en vigor de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional. A partir de ese momento en el que se

[400] Hay que hacer mención de que el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en las observaciones finales presentadas en enero del año 2005 hizo crítica sobre el parto anónimo y sobre su exigencia en algunas de las regulaciones. Invitó a estos estados a tomar medidas legislativas con el fin de eliminar de sus ordenamientos el parto anónimo. De igual forma, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, a través de la resolución núm. 1624, de 27 de junio de 2008, recordó a los Estados su obligación de animar a las madres a dar a conocer su identidad. En junio de 2009, la Comisión de los Derechos del Niños de Naciones Unidas condenó a Francia por vulnerar los arts. 7 y 8 de la CEDH.

reconoció expresamente el derecho de los hijos adoptados a conocer sus orígenes biológicos, la cuestión a debatir residirá en el cauce adecuado para ejecutar ese derecho.

7.- <u>Situación legal en España tras la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional</u>.

Debemos destacar la importancia de este derecho reconocido a los hijos adoptados. Como sabemos, hasta tiempos recientes, la adopción se veía como un tema tabú en el que sólo el círculo familiar más íntimo conocía la realidad.

Después de épocas de lucha judicial, en las que se presentaba como materia en conflicto el choque entre el derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado, frente el derecho a la intimidad de la madre biológica[401], en la década de los años noventa, los tribunales empezaron a dar prevalencia al derecho a saber. Precisamente, fruto de la jurisprudencia y de los criterios doctrinales, estudios nacionales e internacionales sobre la importancia de esta cuestión en el derecho a la identidad de las personas, la perspectiva cambió de rumbo.

En consecuencia y con ocasión de la entrada en vigor de esa Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, fue cuando finalmente se introdujo en nuestro sistema una norma expresa que otorgara este derecho. Como ya hemos indicado, esta Ley reformó nuestro CC e introdujo el punto 5º del art. 180 CC. Fue a través de esta norma mediante la que los hijos adoptados, habiendo cumplido la mayoría de edad, o durante la minoría a través de sus representantes legales, pueden ampararse para ejercitar este derecho y que la Administración correspondiente que intervino en el proceso de adopción, les proporcione la información identificativa de sus padres biológicos.

El contenido del derecho se limita únicamente al derecho a saber la identidad. Esto no implica que los padres biológicos puedan ser obligados a mantener contacto con el niño, ni mucho menos, a que se genera alguna obligación legal respecto al hijo.

[401] Autores como Ballesteros de los Ríos, M, entienden que el derecho a conocer el propio origen biológico del adoptado no es un derecho absoluto de éste, sino que tiene matices y sombras que hacen y obligan a que el responsable de tomar la decisión estudie caso por caso concreto. En cada supuesto se debería proteger el interés, valor o bien jurídico que se considere más digno de protección; la cuestión candente es fiar la relación de supremacía o subordinación respecto a otros derechos, derecho de los padres a mantener en secreto su identidad y más en concreto, el derecho de la madre biológica al anonimato, el derecho al secreto profesional etc… En "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes*", ob. cit., pág. 19.

Como veremos más adelante, en la actualidad uno de los cauces más recomendables para ejercitar este derecho es la mediación familiar. Es esta vía la que puede proporcionar menos lesiones de derechos a las personas implicadas, independientemente del factor sentimental que no dudamos que existe.

Una vez realizada la solicitud de averiguación de datos de identidad, la Administración de referencia deberá realizar una previa notificación de la instancia a los padres de origen, los cuales, independientemente de su decisión, no quedan obligados a realizar contacto alguno[402].

En esta etapa posterior a la Ley de Adopción Internacional, ha habido, como hemos visto, varias reformas legislativas en materia de adopción. Habrá de estar, por tanto, a la nueva redacción dada al CC por parte de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, así como a la Ley15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en materia procesal.

De igual forma, en materia de adopción, no podemos pasar por alto el Convenio Europeo de Adopción de Menores, de 27 de noviembre de 2008, en base al cual, la Ley 26/2015, con el objeto de darle cumplimiento, introdujo muchos de sus reformas.

- **Convenio Europeo de Estrasburgo en materia de Adopción de Menores, de 27 de noviembre de 2008**[403]

Este Convenio, al que ya hemos hecho referencia en páginas anteriores, fue ratificado por España y, en consecuencia forma parte de nuestro ordenamiento. Como ya hemos indicado, entró en vigor el 1 de septiembre de 2011 y supuso una nueva regulación en ciertos aspectos relativos a la adopción.

Este Tratado fue realizado en el seno del Consejo de Europa por lo que constituye una norma extracomunitaria que tiene vigencia en España, al ser nuestro país miembro de esta organización internacional. En virtud de los arts. 94.1 y 96 CE, este Convenio ostenta una posición privilegiada dentro del sistema de fuentes español, ocupando en la escala jerárquica el segundo lugar inmediatamente después de nuestra

[402] En palabras de Vela Sánchez, A, J., lo que debe quedar claro es que nadie puede ser obligado a ponerse en contacto con otra persona, esto es, los padres biológicos no pueden ser compelidos, ni siquiera judicialmente, a relacionarse con su hijo por naturaleza. Téngase en cuenta que rotos definitivamente los vínculos jurídicos por la adopción, estos progenitores no deben atención material ni moral a su hijo ya adoptado, por lo que, aunque aquéllos no puedan evitar que éste llegue a conocer su identidad, sí pueden negarse a encontrarse y a relacionarse con él: E "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos*", ob. cit., pág. 11.
[403] (RCL, 2011, 1355).

Norma suprema y prevaleciendo sobre nuestro derecho interno, el cual no puede contradecir el mismo.

Por esta razón se tomó la decisión legislativa de reformar los artículos 175-180 CC, con el fin de adaptarse al mismo.

El fin perseguido en este Convenio es, independientemente de las distintas regulaciones nacionales europeas en materia de adopción, que se consiga una unidad en relación con ciertos criterios consiguiendo una unión mucho más estrecha entre sus miembros.

Este Convenio en materia de adopción está presidido por la defensa del interés superior del menor. Esto significa que la protección de este interés podrá incluso producir incluso el hecho de poder prescindir de ciertos los límites de edad (art. 9.1) en los casos en que las circunstancias excepcionales del caso lo exijan.

Recogiendo una síntesis de las novedades que aporta al ordenamiento jurídico español, destacamos:

En cuanto a la idoneidad necesaria para adoptar un niño, la LO 1/96 y el art. 10 del Convenio, regulan que esta característica la debe analizar la Entidad Pública. Estos serán los que, previamente a la emisión del correspondiente certificado de idoneidad, deberán investigar criterios tales como cuál es la intención de los solicitantes, motivos, entorno socio-económico, origen cultural, personalidad etc…

En definitiva, el Convenio, en el art. 4.2, establece la necesidad de proporcionar al menor un hogar estable y armonioso.

Este tratado recoge la posibilidad de adoptar tanto a personas de sexo diferente, unidas en matrimonio o en unión de hecho registrada, como a sujetos en solitario. El art. 7.2 permite la posibilidad de que los estados miembros amplíen el alcance de este Convenio a parejas homosexuales casadas o en unión de hecho registrada incluso a parejas que convivan en una relación estable. Hay por tanto, una regulación de mínimos, pero se permite a los Estados miembros ampliarlos, a través de una regulación marco.

En realidad, en relación a estos últimos supuestos, esto ya es posible en nuestra legislación interna, independientemente del Convenio. La Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/87 ya extendía la posibilidad de adoptar a cualquier pareja unida por relación afectiva estable, análoga al matrimonio y, por otro lado, la Ley 13/2005 que introdujo

en España el matrimonio entre personas del mismo sexo, presupone ya la posibilidad de adopción para estas personas, aunque no hace inclusión de las uniones de hecho.

El Convenio sólo permite la adopción de menores de edad (que no estén o hayan estado casados o unidos registrados) por lo que restringe nuestra legislación (art. 175CC) que como regla excepcional permite en situaciones condicionadas la adopción de mayores de edad o emancipados, antes de la Ley 26/2015, con situación de convivencia o acogimiento ininterrumpida iniciada antes de que la persona cumpliera 14 años y, después, con un año de acogimiento. En realidad en España la adopción de mayores de edad ha sido tan rígida que no se han planteado casi supuestos aceptados. El Convenio no afecta a las situaciones de acogimiento puesto que es una figura nacional interna. Ya en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de julio de 2011, se contempló la posibilidad de adopción de mayores de edad que previamente habían estado en situación de acogida formal durante un año. Así quedó reflejado finalmente con la entrada en vigor de la posterior Ley.

- <u>En cuanto a la edad para adoptar</u>:

  El Convenio regula la edad del adoptante entre 18 y 30 años:

Este requisito ha resultado duramente criticado por la edad máxima que, en aras de cómo se establece la vida social en nuestro país, haría prácticamente imposible las adopciones. España pone como mínimo para adoptar, casi la edad máxima que propone el Convenio, 25 años. Este dato se soluciona como consecuencia de que el Convenio da cierta discrecionalidad a los Estados para decidirlo en relación con el interés superior del menor.

Otro dato relativo a la edad, al que se le da de igual forma una concepción no obligatoria sino discrecional para los Estados miembros, es la necesidad de que el adoptante tenga que superar en edad al adoptado en 16 años “preferentemente”. Recordemos que España, la diferencia estuvo tasada en los catorce años hasta la entrada en vigor de la Ley 26/2015, que la situó en los dieciséis.

- <u>En cuanto al plazo en el que la madre biológica debe prestar consentimiento a la adopción</u>:

Ya hemos visto que la regulación española señalaba anteriormente que la madre no podrá prestar el consentimiento hasta transcurridos 30 días del parto o del momento en que, por circunstancias justificables, esté lista para hacerlo. El Convenio amplió este

plazo a seis semanas. En este aspecto vuelve a aplicar la discrecionalidad. Esto significa que ese plazo no hubiera sido obligatorio reformarlo. Únicamente hubiera sido obligado imponerlo ante la falta de regulación interna al respecto, cosa que no sucede en España. Independiente de ello, finalmente, la Ley 26/2015 ha optado por la opción prevista en el Convenio.

- En cuanto al límite de adopciones por sujeto:

El artículo 13 del Convenio establece que no hay límite en el número de adopciones que cada persona o pareja puede realizar. De igual manera, no podrá impedir a una persona que adopte por el simple hecho de que tenga o pueda tener hijos naturales. En España, nuestro Código Civil no tiene regulación específica en este sentido, por lo que entendemos que debe regirse por este Convenio en este punto. El artículo 175 CC lo que indica en realidad es la única posibilidad de adopción sucesiva por parte de cónyuges. Esto está destinado a evitar situaciones en que un menor pueda ser adoptado por varias personas de forma sucesiva.

Este Convenio regula un punto absolutamente contrario a la legislación Española. Es el relativo al derecho del hijo adoptado a conocer sus orígenes biológicos. Parece desprenderse de su redacción la negativa a revelar esa información, a no ser que no lo autorice un juez o los padres biológicos consientan.

Independientemente de esto, se da luz verde a los países miembros para que regulen en otro sentido. Es lo que ha ocurrido en España, país que ya cuenta con una regulación expresa que permite conocer los orígenes biológicos en el caso de los hijos adoptados.

A pesar de lo anterior, y aunque resulte sorprendente, aunque el reconocimiento de ese derecho ya sea una realidad, en el 95% de los casos hay que acudir a la vía judicial para hacerle efectivo[404].

Aunque de manera paulatina, la aplicación de la ley, van facilitando ese derecho de los adoptados que buscan a sus madres biológicas, aún se encuentran con multitud de impedimentos administrativos, legales, morales y sociales que hacen imprescindible la

[404] Ballesteros de los Ríos, M. "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes*", ob. cit., pág. 1.

contratación de un abogado[405] que inicie los trámites judiciales o administrativos con el fin de poder acceder a los datos que obran en los archivos de adopciones[406].

Entre los conflictos más comunes nos encontramos, por una parte, ante la dificultad para intentar acceder a la documentación obrante en la Administración, y por otra, ante problemas que surgen en el momento del encuentro personal entre el hijo adoptado y sus progenitores naturales[407]. Lo perfecto sería que todo niño adoptado que lo desee, pueda conocer la identidad de sus padres biológicos y las circunstancias que rodearon su adopción. Para ello, lo ideal sería que se conservaran los documentos que permitieran a ese hijo encontrar a su madre. En la vida normal esto no sucede siempre y se dan circunstancias que impiden que esto se produzca con normalidad.

Atendiendo al citado artículo 180.5 del Código Civil, en la actualidad nuevo artículo 180.6, como consecuencia de la nueva redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, es evidente que ningún motivo concurre para poder negar al solicitante el acceso a esos datos que sean instados al respecto.

El derecho a la intimidad de los padres biológicos carece de sentido en la actualidad. Este debe ceder, sin duda, frente al derecho de la persona a conocer su identidad como elemento integrante de su propia personalidad[408].

8.- Especial tratamiento de la filiación materna desconocida: el parto anónimo

A lo largo de este capítulo, ya hemos hecho referencia a las importantes y negativas consecuencias que, en relación con la posibilidad de conocer los orígenes biológicos, han surgido como consecuencia de la anterior legislación registral, por medio de la cual, se permitía en nuestro país ocultar la maternidad no matrimonial.

---

[405] En opinión de Ballesteros de los Ríos, M., lo ideal sería que todo niño adoptado pudiera conocer la identidad de sus padres y saber en qué circunstancias fue declarado en situación de adoptable. Continúa diciendo que las circunstancias de la vida no siempre permiten que las cosas sucedan de esta forma. Se ha demostrado que los niños adoptados experimentan a menudo una especie de deber de búsqueda de sus padres biológicos. El niño adoptado que no puede acceder a sus orígenes familiares es puesto en una situación de sufrimiento de la que corre el riesgo de padecer secuelas. En "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes*", ob. cit., pág. 17.

[406] Ibídem, pág. 1.

[407] Magaldi Mendaña, N: "*Derecho a saber, filiación biológica y Administraciones Públicas*", ob. cit., págs. 189 y ss.

[408] Elizalde Redín, G. "*Navarra: Colisión entre el derecho a conocer la filiación y el derecho de la madre biológica a la ocultación de su identidad*". Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2012, Parte Fichas de Jurisprudencia., Aranzadi, Pamplona, 2012.

Como ya se ha adelantado en este trabajo, el Código Civil, remitiéndose a esa Legislación Registral, en concreto al amparo de los ya derogados artículos 47, párrafo 1º de la Ley del Registro Civil y de los artículos 167, 181 y 182 del Reglamento, regulaba el denominado "desconocimiento" de la maternidad extramatrimonial. En virtud de estos preceptos, existía un verdadero derecho u opción de la mujer no casada a desconocer su maternidad dentro del plazo de los quince días siguientes a la notificación del asiento registral de inscripción de nacimiento. Regía un sistema que otorgaba a la madre la posibilidad de que no constara su nombre en el parte médico, impidiendo con ello el acceso al registro del nacimiento[409].

La inconstitucionalidad sobrevenida de esa normativa registral, declarada a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 1999,[410] significó que esa legislación registral anterior a la Constitución Española de 1978, que posibilitaba la ocultación de la identificación de la madre biológica, no iba en consonancia con la Constitución. Se optó entonces por la preferencia de la verdad biológica frente a la verdad formal, anteponiendo en definitiva el derecho de los hijos a conocer sus antecedentes biológicos frente a ese derecho de la madre al anonimato.

Citada resolución cuestionó el anonimato materno, aludiendo a graves razones de interés público existentes en la determinación del vínculo de la filiación, que se oponía a esta ocultación, determinando la derogación de esta limitación tras la vigencia de la Constitución de 1978.

El Alto Tribunal declaró que dicha normativa del Registro Civil, suponía una contradicción con el principio constitucional de investigación libre de la paternidad (artículo 39.2 CE), al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la

---

409 A este respecto, Kemelmajer de Carlucci, A., señala que la mujer que decide tener un hijo, especialmente en países en los que abortar es lícito en las condiciones previstas por la Ley, sabe que está generando un nuevo ser, una persona que, nacida, tienen derechos inalienables que ella no puede suprimir, entre otros, saber cuál su origen. De otro modo, se haría prevalecer la voluntad de quien realizó un acto generalmente consciente (salvo el de la mujer violada) sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto, pues no estaba en su decisión nacer o no nacer: En "*El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del TEDH de 13 de febrero de 2003 en el caso Odiévre-Francia*", En "*El derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*", ob. cit., pág. 511.

410 Ya se ha hecho referencia a la STS, Sala Primera, de 21 de septiembre de 1999. Ponente, José Almagro Nosete, (RGD 1999, nº 663).

gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones.

El hijo biológico, perdía totalmente el nexo que le permitía conocer la verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes[411].

De la misma forma, se entendió que dicha regulación contraria a la Constitución, encerraba graves conflictos, no solo con relación al padre y al hijo biológico, sino también frente a la unión matrimonial (artículo 14 CE), en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que resulta absolutamente incongruente, máxime, cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera, que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética. De la misma manera se entendió que esas normas registrales eran contrarias a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE) puesto que el no permitir al hijo conocer sus orígenes biológicos, algo necesario para configurar su identidad y personalidad diferencial frente a los otros, al indicar tanto la maternidad como la paternidad la vinculación a una estirpe y a un parentesco, a una ascendencia individual y familiar y a unos hermanos; el conocer quién es cada uno, de dónde viene, a quiénes debe la vida y su propia individualidad y su origen.

Aunque la sentencia no lo menciona, creemos que otro de los derechos fundamentales en juego es el artículo 15 CE. Privar a una persona de conocer su origen biológico, del que dependen importantes caracteres físicos y psíquicos del nacido, de quién procede y a quién debe su vida, supone una grave lesión de una parte esencial de su integridad moral o espiritual, pues le está impidiendo adquirir plenamente conciencia de quién es.

Como consecuencia de esta Sentencia, a las pocas semanas de publicarse, el Gobierno aprobó por Orden de 10 de noviembre de 1999[412] un modelo de cuestionario

[411] Desde el inicio de la vigencia de esta institución recogida en esa norma registral, la doctrina ya expresó sus reservas a esta formulación del desconocimiento de la filiación. Se entendía que graves razones de interés público en la determinación del vínculo de filiación, cualquiera que fuere su clase, se oponían a esa ocultación; no posible, por otra parte, en cuanto a la entonces denominada "familia Legítima", en la que tal conducta podría rozar el ámbito punitivo. Así se recogía en la sentencia de 21 de septiembre de 1999: en Durán Rivacoba, R: "*El anonimato del progenitor*", ob. cit., pág. 5.

para la declaración de nacimiento y que constituye el actual sistema vigente, que contiene dos recuadros en blanco destinados a recoger las huellas dactilares de la madre junto con las del hijo.

En consecuencia, actualmente en nuestro país ya no puede entenderse amparado en Derecho el deseo de la madre de permanecer en el anonimato.

En este punto, recordemos que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 2/2001 de 8 de noviembre de 2001[413] declaró que, "*Conforme a la STS de 21 de septiembre de 1999, hay que estimar inconstitucionales las normas registrales que permitían a la madre ocultar su identidad en el parto, de modo que, identificada la madre en el expediente por parte médico, la filiación materna ha quedado determinada y debe inscribirse"* (…) "*La maternidad queda determinada en nuestro derecho por el hecho del parto, conforme al principio tradicional de mater semper certa est*".

De todo lo anterior, hemos heredado una complicada situación que supone una absoluta falta de garantía de la verdad. Aunque el hijo adoptado tenga conocimiento de su propia condición, aunque acuda al Registro Civil en busca de datos identificativos de su madre biológica, por desgracia es muy posible que no consiga el propósito de conocer su filiación natural dado que es una realidad que, habiéndose amparado en la legislación del momento, la maternidad no esté identificada.

Todo esto significa que, aunque hoy en día, esté excluida la maternidad anónima, existen aún graves perjuicios derivados de aquellas regulaciones permisivas. Por todo ello, la falta de inclusión de datos sobre la madre biológica significa que, en la actualidad, la consulta al Registro Civil no garantiza que el inscrito llegue a conocer su filiación de origen.

Resuelta ya en nuestro país esa tensión existente entre el principio de imponer la maternidad, una vez acreditada la realidad del parto y la identidad del hijo, ("*mater semper certa est*"), y el margen de libertad que se otorgaba a la madre para que ocultara su identidad con ocasión del alumbramiento, o la posibilidad de oponerse a la

---

[412] Orden de 10 de noviembre de 1999 del Ministerio de Justicia (BOE 23.11.1999) sobre Modelo de Cuestionario para la Declaración de Nacimiento al Registro Civil.

[413] Magaldi Mendaña, N: "*Derecho a saber, filiación biológica y Administraciones Públicas*", ob. cit., págs.44 y ss.

inscripción de su maternidad en el Registro[414], debemos poner de manifiesto que ese anonimato materno está permitido en otras legislaciones.

8.1) El anonimato materno en otras legislaciones y la adopción en el derecho comparado

Parece ser que el origen del anonimato materno se encuentra en la existencia de los "tornos" que en la edad media se colocaban en el exterior de los orfelinatos con el fin de que las madres, que no podían o no querían hacerse cargo de los bebés, los dejaran a las puertas de las instituciones con el fin de ser recogidos. Cuando una madre tocaba el timbre del orfelinato, alguien desde el interior hacía girar el torno y recogía al niño. Otros afirman que el origen de esa forma de abandono materno anónimo fue creado por San Vicente de Paul[415] de los Enfants Trouvés en 1638, con el fin de evitar el abandono sin garantías de niños, los infanticidios o los abortos[416]. En el siglo XVIII se calcula que en Francia existían doscientos cincuenta tornos y que en 1833, el número de niños abandonados rondaba los ciento treinta mil.

En España, se cree que a finales del siglo XVIII y principios del XIX, existía una orden religiosa en la que las mujeres podían dar a luz con el rostro cubierto por petición propia. La finalidad atendía de la misma forma a evitar abandonos, abortos o infanticidios. Otra de las razones que justificaban estas prácticas residía en la salvaguarda del honor de las madres dado que, en aquella época, había que procurar defender el honor de la familia ante una filiación ilegítima que podía provocar prejuicios y temores irreparables[417].

Recientemente, en la Comunidad de Madrid se han tomado medidas con el fin de reducir el abandono de niños de forma irregular. Se trata de un sistema en el que la madre, no deseosa de quedarse con el bebé puede realizar una llamada a la Administración con el fin de que recojan al bebé que posteriormente será entregado en adopción. Este proceso garantiza el anonimato de la madre respecto a la cual, su identidad solo será conocida por el juez encargado del asunto y el Registro Civil en la

---

[414] Vidal Prado, C. "*El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna*", ob. cit., pág. 275.
[415] García Villaluenga, L, Linacero de la Fuente, M:" *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*", ob. cit., pág. 41.
[416] Judgemen Case of Odiévre-France, 13 february 2003, Dabatase from European Court of Human Rights. STEDH 42326/98, 13 de febrero de 2003.
[417] Rivero Hernández, F. "*De nuevo sobre el derecho a conocer el origen propio. Asunto Odiévre (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 2003)*". Actualidad Civil, núm. 24, Sección Doctrina, Ref. XXXVI, tomo 2, La Ley 1018/2003, pág. 593.

forma habitual prevista para la publicidad restringida en casos de adopción. El hijo, en todo caso, al cumplir la mayoría podrá acceder a dicha información con el fin de no vulnerar su derecho a conocer los orígenes biológicos[418].

Con ocasión de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, a través de su artículo 44.4, se establece que "*(…) en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de la filiación*".

Esto significa que, nuestra nueva legislación registral no contempla el abolido parto anónimo pero permite respetar la confidencialidad de la madre que no desee que sus datos sean públicos. De esta forma, se permite que ese dato materno sea de acceso restringido[419].

Ya se ha hecho referencia a la declarada inconstitucionalidad que la sentencia del TS, de 21 de septiembre de 1999, falló respecto a los preceptos de la legislación registral que permitían la maternidad anónima en nuestro sistema jurídico. Gracias a ese fallo, podemos afirmar que en España, dando prevalencia al derecho a conocer los orígenes biológicos del hijo y, de igual forma, respetando los muchos instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la identidad, no se contempla el parto anónimo.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, esto no ha ocurrido de igual forma en todos los países de nuestro entorno.

---

[418] Campos, C: "*Las madres que renuncien a sus hijos en Madrid permanecerán en el anonimato*". RTVE, publicado el 24 de noviembre de 2008. http://www.rtve.es/noticias/20081124/madres-renuncien-hijos-madrid-permaneceran-anonimato/198215.shtml. Consultado el 15 de febrero de 2014.

[419] Recordemos que en España, el ya derogado artículo 47, párrafo 1º de la Ley del Registro Civil, regulaba lo que se denominaba como desconocimiento de la maternidad extramatrimonial. Esto también presidía la regulación del Reglamento del Registro Civil respecto a la identificación de la madre en el parte médico de nacimiento (derogados arts. 167, 181 y 182). Existía, por tanto, en virtud de las anteriores normas, un verdadero derecho u opción de la mujer no casada a desconocer su maternidad dentro del plazo de 15 días siguientes a la notificación del asiento registral de inscripción de nacimiento. Era por tanto un sistema que otorgaba a la madre la posibilidad de que no constara su nombre en el parte médico, impidiendo con ello el acceso al registro del nacimiento. La inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 47 de la Ley del Registro Civil, acordada por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 1999, declaró que la legislación registral anterior a la Constitución Española de 1978, la cual posibilitaba la ocultación de la identificación de la madre biológica, no iba en consonancia con la Carta Magna y, en consecuencia, se optó por la preferencia de la verdad biológica frente a la verdad formal. De esta forma se anteponía el derecho de los hijos a conocer su pasado y antecedentes biológicos, frente al derecho de la madre al anonimato. La sentencia cuestiona el anonimato materno aludiendo a graves razones de interés público existentes en la determinación del vínculo de la filiación, que se oponía a esta ocultación, determinando la derogación de esta limitación tras la vigencia de la Constitución de 1978.

a) <u>FRANCIA</u>

La figura francesa, denominada "a*ccouchement sous X"*, regula precisamente el parto anónimo. El Code Civil francés[420], en su artículo 341-1 establece literalmente que "*<u>En el momento del parto, la madre puede solicitar que el secreto de su admisión y de su identidad sean preservados</u>*". De esta forma, se permite a las mujeres que den a luz anónimamente, eludiendo así la maternidad legal. La madre tiene derecho a solicitar que su ingreso en el hospital y su identidad sean conservadas en secreto. Para ello, en la casilla correspondiente a "Mére" se pondrá una X. Esto es precisamente lo que otorga el nombre a esta figura. Además de este artículo 341-1 del Code francés, existe el artículo 57 del mismo cuerpo legal, que dispone que si el padre o la madre, o ambos, no quieren constar en la inscripción de nacimiento del Registro Civil, dichos datos se dejarán sin rellenar y el niño quedará inscrito como hijo de padres desconocidos.

El hijo nacido de un parto anónimo será adoptable en un plazo de dos meses, según la legislación francesa. Salvo decisión del Consejo de Familia, el niño no podrá ser retornable a la madre, ni al padre que se pretenda como biológico[421]. Esto último deriva de la decisión tomada por la Cour de Cassation, a través de la sentencia de 7 de abril de 2006. El artículo 326 del Code, prohíbe en estos casos la acción de reclamación de filiación.

La regulación francesa vigente, evidentemente partidaria del secretismo absoluto y contraria al derecho de conocer los orígenes biológicos, convive paradójicamente con la <u>Ley 2002-93, de 22 de enero de 2002, sobre el Acceso a los Orígenes de las Personas Adoptadas y Pupilos del Estado</u>[422]. Esta norma no revoca el "a*ccouchement sous X"*, pero permite que se levante el secreto de identidad de la madre, aunque este hecho dependerá únicamente se su propia voluntad. Esto, evidentemente, no da muchas opciones al hijo que quiera conocer la identidad de su madre biológica. El hecho de que la última decisión sea siempre de la madre es indicativo del inexistente equilibrio de derechos. Será únicamente la madre la que tenga la última palabra. Si ella no lo desea, y solicitó el secreto expresamente, el hijo nunca conocerá su identidad. A mayor

[420] Code Civil, artícle 341-1: "*Lors de l,accouchement, la mére peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préserve*".
[421] Favier, Y:"*Breves notas sobre la modificación del Código Civil francés en materia de filiación"*. Dereito, Vol. 14, núm. 2, 2005, pág. 250.
[422]Loi 2002- 93, 22du 22 janvier 2002 relative á láccés aux origines des personnes adoptées et pupilles de l,Etat.

abundancia, hay que señalar que la madre podrá oponerse al levantamiento del secreto sobre sus datos, incluso, después de muerta[423].

Esto significa que la posible acción de investigación que interponga el hijo quedará siempre supeditada a ese secreto permitido por el artículo 341-1 del Code francés. Reflejo de lo anterior, es el contenido del artículo 431 del Code[424], en el que se establece que la búsqueda de la maternidad está solo permitida en ausencia de la aplicación de ese secreto. Esto es una clara barrera infranqueable que, además, supone una absoluta discriminación respecto a la investigación de la paternidad.

Con el objeto de flexibilizar lo anterior, a través de esa Ley 2002-93, se creó el Consejo Nacional para el Acceso a los Orígenes Personales[425]. Su creación tuvo como fin facilitar el acceso a la información sobre los datos personales y orígenes, aunque sin ninguna afectación de la filiación. Independientemente de esto, siempre será necesario el consentimiento materno.

Está claro que el "a*ccouchement sous X*" choca frontalmente con los derechos del niño reconocidos de forma expresa en el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989[426]. Esta situación llevó a la Comisión de los Derechos del Niño de Naciones Unidas a condenar la incorrección francesa, exigiéndole su deber de obediencia respecto de los artículos 7 y 8 de la UNCRC, en relación con el sistema de "a*ccouchement sous X*"[427]. Se recomendó a Francia que tomara las medidas necesarias para asegurar de forma íntegra el derecho del niño a poder conocer a sus padres biológicos, respetando y cumpliendo con la Convención y los principios de no discriminación (artículo 2) y del mayor interés del menor (artículo 3)[428].

---

[423] Article L. 147-6 of the Social Action and Families code, introduced by section 1 of de law of January 2002: "*She may at all times refuse to allow her identity to be disclosed, even after her death*".
[424] Artícle 431 Code Civil: "*La recherche de la maternité est admise sous réserve de l,application de l,article 341-1*".
[425] Conseil National pour l,accés aux Origines Personnelles.
[426] Artículo 8.1. "*Los Estados Partes 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. 8.2. "Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*".
[427] U.N. Committee on the Rights of the Child. Concluding Observations on France para.4 3, U.N.doc CRC/C/FRA/CO/ (june 22, 2009).
[428] U.N. Committee on the Rights of the Child. Concluding Observations on France para.44, U.N.doc CRC/C/FRA/CO/ (june 22, 2009).

Igual dificultad de coexistencia se encuentra entre el "*accouchement sous X*" y el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en el que jurisprudencialmente se ha incluido el derecho a la identidad genética a pesar de que el Tribunal de Derechos Humanos haya considerado de forma sorprendente que no hay vulneración de este artículo[429]. A través de la ya comentada sentencia relativa al caso Odiévre contra Francia, de 13 de febrero de 2003, el parto anónimo francés ha quedado consolidado.

Fue precisamente como consecuencia de esto, por lo que Francia dispuso finalmente, a través de la mentada Ley 2002-93 de 22 de junio, sobre los accesos a los orígenes biológicos de las personas adoptadas y pupilos del Estado, que cuando una mujer solicita en el momento de entregar a su bebé que su ingreso y la entrega sean mantenidos en secreto, ella deberá ser informada de la importancia que para cada individuo tiene conocer sus propios orígenes. Tendrá que ser invitada a dejar información relativa a su salud y a la del padre, circunstancias del nacimiento e identidad. Todo ello quedará recogido en un sobre sellado. Todo lo anterior, resulta absolutamente irrelevante desde el momento en que el no hacerlo no conlleva sanción ninguna. No tiene, por tanto, ningún efecto práctico de peso[430].

En cuanto a las razones que justifican la permanencia del parto anónimo se encuentran las siguientes:

1.- El principal argumento se basa en afirmar que gracias a su permisión se evitan infanticidios, abandonos de recién nacidos, abortos y un posible tráfico no supervisado de bebés. Gracias a su existencia, las mujeres pueden acudir al hospital y dar a luz con asistencia sanitaria de garantía, pudiendo entregar al niño y no verse obligadas a caer en otras soluciones provocadas por la falta de recursos. En otras palabras, se defiende que el Estado francés está protegiendo el derecho a la vida[431].

---

[429] Sentencia del TEDH, de 13 de febrero de 2003 (Asunto Odiévre c.Francia).

[430] Como ya se ha indicado, es importante recordar que el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en las observaciones finales presentadas en enero del año 2005 hizo crítica sobre el parto anónimo y sobre su exigencia en algunas de las regulaciones. Invitó a estos estados a tomar medidas legislativas con el fin de eliminar de sus ordenamientos el parto anónimo. De igual forma, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, a través de la resolución núm. 1624, de 27 de junio de 2008, recordó a los Estados su obligación de animar a las madres a dar a conocer su identidad. En junio de 2009, la Comisión de los Derechos del Niños de Naciones Unidas condenó a Francia por vulnerar los arts. 7 y 8 de la CEDH.

[431] Judgement Case of Odiévre- France, 13 february 2003, Database from European Court of Human Rights.

A pesar de las anteriores manifestaciones, los datos aportados por el Estado francés no demuestran que, estadísticamente, el número de abortos que se dan en países que no contienen esta figura sea mayor que en Francia. Es más, de todos los países miembros de la Unión Europea, sólo el Reino Unido supera a Francia en número de abortos[432]. Esto significa que esa justificación que se otorga a la figura cae por su propio peso[433].

Además de lo anterior, para todos es ya una realidad que los tiempos han cambiado de una forma sustancial. El momento en el que se instaura el "*accouchement sous X*", los temores y consecuencias de tener un hijo no matrimonial eran mucho más graves y negativas. Gobernaban unas creencias religiosas mucho más morales y radicales. Hoy en día, el hecho de tener un hijo no matrimonial no conlleva consideraciones morales negativas. Es muy poco probable que ante un embarazo no deseado, la solución inmediata y normal sea cometer un infanticidio. Por otro lado, en numerosas legislaciones, el aborto está despenalizado.

2.- La segunda justificación en la que descansa la existencia de esta figura, tiene esencia feminista. Para las feministas, el nacimiento anónimo es una extensión no violenta del derecho a abortar de las mujeres. Defienden que, si a una mujer se le permite renunciar a la maternidad a través del aborto, con el mismo derecho debe permitírsele renunciar a la maternidad a través del parto anónimo. Esto puede darse en ocasiones en las que el embarazo ya está demasiado avanzado para interrumpirlo[434].

---

[432] Institute for Family Policies, Birth in Europe and in Spain: Annual Report (2010).

[433] En opinión de Kemelmajer de Carlucci, A., En "*El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del TEDH de 13 de febrero de 2003 en el caso Odiévre-Francia*", En "*El derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales"*, ob. cit., pág. 511, los países que carecen de la figura del parto anónimo tienen una tasa de infanticidio mucho más elevada que Francia. Indica la autora que, en Francia, el número de condenas por infanticidios, fluctúa alrededor de una decena por año. En esta línea, Diez Picazo, L., En "*Derecho a saber, filiación biológica y Administraciones Públicas*", ob. cit, Prólogo, de Magaldi Mendaña, N, entiende que la regulación francesa es muy razonable. Según el autor, se trata de una normativa que permite a la madre mantener oculta su identidad, lo que persigue reducir el número de abortos y de abandonos de recién nacidos. De este modo, el derecho del hijo a conocer la propia identidad biológica no estaría en colisión, tanto con el derecho a la intimidad de la madre, cuanto con el propio derecho a la vida regulado en el art. 15 CE.

[434] Reva Siegel, "*Abortion as a Sex Equality Right: It´s Basis in Feminist Theory, in Mothers Law: Feminist Theory and a Legal Regulations of Motherhood*", pág. 64.

Por otro lado, están los que defienden que esa analogía no es comparable dado que en el aborto se trata de fetos y en el nacimiento anónimo se trata de bebés; de personas[435].

3.- El tercer argumento en que se asienta la maternidad anónima del sistema francés, descansa en el aspecto anti-biológico, es decir, que la familia no está formada únicamente por los que conectan con lazos de sangre, sino por el vínculo volitivo y afectivo. No hay duda de que, cada vez más, van adquiriendo importancia estos últimos; adopciones, familias reconstituidas, madres subrogadas, técnicas de reproducción asistida etc. Nos encontramos en un periodo en el que, si bien subsiste el modelo tradicional de familia, aparecen otras formas de convivencia constituidas por la propia voluntad de sus miembros y no simples conexiones genéticas en el que la familia es quien uno quiere que sea[436]. Todos estos nuevos vínculos no pueden ser obviados por el Estado, obligado a dar protección a la familia, concepto jurídico indeterminado, en virtud del artículo 39 de la Constitución, en el caso de España[437].

4.- Los grupos pro-adopción alegan que la posibilidad de dejar la maternidad indeterminada facilita la ruptura con la verdad biológica en la adopción, argumento nimio a nuestro entender. Esta razón es contraria a los numerosos estudios psicológicos que apuntan a lo ventajoso y beneficioso que resulta, no sólo para los hijos adoptados, sino para todas las partes implicadas, conocer a sus progenitores naturales. En nuestro ordenamiento existe la posibilidad de que la madre, transcurridas seis semanas (anteriormente treinta días desde el nacimiento), consienta dar en adopción a su hijo[438].

Independientemente de todo lo anterior, deberíamos preguntarnos si el anonimato materno podría estar siendo utilizado de forma fraudulenta para dar cobertura a maternidades subrogadas, o para inscribir en el Registro Civil como madre a una mujer diferente de la que verdaderamente ha dado a luz y que se opuso a que constara su identidad en la inscripción de nacimiento[439].

---

435 Michael Freeman: "*The Human Rights of Children*". Current Legal Probs. núm. 1, 2010. http://clp.oxfordjournals.org/content/63/1/1.extract.

436 Tamayo Haya, S. "*El principio de igualdad en las relaciones jurídico familiares. Mujer y Derecho de Familia. Luces y sombras en el camino hacia la igualdad*". Cursos de Doctorado, Universidad de Cantabria, Noviembre 2010- Abril 2011.

437 Artículo 39 CE: "*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*".

438 Artículo 177 del Código Civil: "*(…) El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto*".

439 Rivero Hernández, F. "*De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odiévre (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 2003")*, ob. cit., pág.596.

Al margen de la legislación francesa, tal y como se indica en la citada sentencia del caso Odiévre contra Francia, la mayoría de los ordenamientos comunitarios registran obligatoriamente la identidad de la madre y del padre. Excepcionalmente, sólo Italia y Luxemburgo siguen la línea de "a*ccouchement sous X*", francés.

En cuanto a la adopción en general, en Francia, ésta se inscribe en el Registro del lugar de nacimiento del adoptado, con referencia al día, hora, sexo y lugar de nacimiento. También se menciona el nombre y apellidos de los adoptantes así como su fecha y lugar de nacimiento[440]. Esto significa que no se hace referencia alguna a la filiación biológica. Esto, una vez más, supone la resistencia del adoptado a poder acceder a su información natural. Únicamente la copia original de la inscripción de nacimiento contiene datos al respecto[441].

El Code francés se reformó en materia de familia a través de la Ordonnance de 5 de julio de 2005 (entró en vigor el 1 de enero de 2006)[442]. Esta modificación tuvo especial repercusión en la noción de posesión de estado y en la eliminación del concepto de filiación ilegítima. No hay duda de que el derecho francés, al permitir el parto anónimo tiene una postura peculiar frente al resto de países europeos[443]. A pesar de las críticas a su sistema, el legislador no modificó la figura del parto anónimo. No hay que olvidar que Francia estaba avalada por el TEDH, desde la sentencia del caso Odiévre del año 2003.

b) <u>LUXEMBURGO</u>

Sigue la corriente vulneradora del derecho a conocer los orígenes de la legislación francesa. Vincula la maternidad al reconocimiento. En este país se permite legalmente al hijo que fue dado a luz de forma anónima, interponer la acción para establecer vínculo legal con la madre. Los resguardos del nacimiento son mantenidos en secreto, pero el nacimiento y la identidad de la madre quedan registrados.

En Luxemburgo, la identidad del padre y de la madre sólo puede constar en el acta de nacimiento si aquellos quieren, es decir, la paternidad y la maternidad queda

[440] Artículo 354 Code Civil.
[441] Artículo 356 Code Civil.
[442] Esta ha sido la reforma más importante en materia de filiación desde la Ley de 3 de enero de 1973. En este transcurso de tiempo únicamente se habían realizado reformas parciales en los años 1993 y 1994.
[443] Favier, Y:"*Breves notas sobre la modificación del Código Civil francés en materia de filiación"*, ob. cit., pág. 243.

determinada únicamente por el reconocimiento[444].De todas formas, el nacimiento y la identidad de la madre quedan registrados.

c) <u>ITALIA</u>

También sigue la corriente vulneradora del derecho a conocer los orígenes de la legislación francesa. De la misma forma, se vincula la maternidad al reconocimiento. También se permite legalmente al hijo que fue dado a luz de forma anónima, interponer la acción para establecer vínculo legal con la madre. Los resguardos del nacimiento también son mantenidos en secreto, pero el nacimiento y la identidad de la madre quedan registrados.

Los efectos reales, no deben ser sobreestimados, porque la acción para establecer el vínculo legal con la madre puede ser interpuesta cuando un hijo anónimamente nacido no es adoptado. Esto será excepcional dado que la mayoría de los niños son entregados en adopción[445].

En Italia está presente una regulación muy protectora del honor de la mujer. La maternidad queda siempre supeditada al consentimiento de la madre y distingue textualmente entre filiación legítima e ilegítima[446]. Cuando el hijo es legítimo, la inscripción de nacimiento refleja la identidad del padre y de la madre[447] . Si por el contrario es ilegítimo, sólo constan los datos aportados voluntariamente por los progenitores. Esto significa que el derecho a acceder a la identidad de los padres biológicos queda gravemente dañado. Lejos de igualar el derecho del hijo extramatrimonial al hijo "legítimo", sorprendentemente la sentencia de la Corte Constituzionale de 5 de mayo de 1994, permitió a una mujer casada ocultar su identidad al hijo matrimonial.

En materia de adopción, la Ley de 28 de marzo de 2001 recoge, en su artículo 24, la posibilidad de que el adoptado acceda a la identidad de sus progenitores. Los padres adoptivos tienen la obligación de comunicar al hijo su condición de adoptado "*en los modos y términos que estimen más oportunos*".

---

[444] Martín Mora, P: "*El reconocimiento de un hijo*". En Sociedad, Escritura Pública, pág. 66. http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-10647.pdf. Consultado el 27 de marzo de 2015.

[445] Tamayo Haya, S: "*La cuestión de la pluriparentalidad: de la lógica sustitutiva a la lógica adicional*", ob. cit. pág. 5.

[446] Para ver una visión de esta materia en el derecho italiano puede verse Aguilar Ruiz, L: "*El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia*". Actualidad Civil, núm. 6, 2006, págs. 645 y ss.

[447] Artículos 71 y 73 del Ordenamento dello Stato Civile 1939.

La identidad de los padres biológicos podrá ser revelada a los padres adoptivos bajo autorización del Tribunal de Menores siempre que existan graves y acreditados motivos. El adoptado, alcanzados los veinticinco años de edad, podrá acceder a esa información y, antes de esa edad, en el caso de que existan graves riesgos para su salud.

A pesar de todo lo anterior, no se proporcionará esa información sobre los orígenes biológicos en los casos en los que el Tribunal de Menores lo considere perjudicial para el menor, o en los casos en los que uno de los progenitores haya declarado su deseo de no que no se revele esa información.

El Dictamen sobre la adopción elaborado por el Comité Económico y Social de la Unión europea, 92/C287/08, de 1 de julio de 1992, indicaba que, "*En materia de acceso a los orígenes se sabe que no es fácil establecer una regla general, (…), si se hallan soluciones, deberán rodearse de precauciones para garantizar el interés legítimo de todas personas afectadas*"[448].

d) <u>ALEMANIA</u>

En el derecho alemán, desde la entrada en vigor de la Constitución (*Grundgesetz*), el derecho a conocer los orígenes biológicos tiene cabida en el derecho general de la personalidad[449]. A través de sus artículos, 1-I y 2-I se consagra la intangibilidad de la dignidad del hombre y se reconoce el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, dentro del marco del orden constitucional, la ley moral y el respeto a los derechos de los demás. Estamos pues, ante un derecho constitucional.

Además de lo anterior, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, (*Bundesverfassungsgericht*), ha declarado el conocimiento del origen biológico como un derecho fundamental[450].

La maternidad en Alemania queda determinada en la inscripción registral del nacimiento. Así lo establece el artículo 21 de la *Personenstandgesetz* es fiel al aforismo

[448] En opinión de Vela Sánchez, A.J., en el derecho italiano, excepcionalmente, puede no revelarse al hijo su origen si ello le va a perjudicar teniendo en cuenta la personalidad del menor. En este caso será el Juez el que valore si esta opción es acorde con los intereses del menor, teniendo en cuenta la situación familiar y la del menor en particular, y adoptará la medida que estime más adecuada. Normalmente deberá contar con el apoyo de los servicios sociales y, en concreto, con ayuda de tipo psicológico, acudiéndose a terapia familiar: En "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos*", ob. cit., pág. 21.
[449] García Villaluenga, Linacero de la Fuente: "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*", ob. cit., pág. 64.
[450] Sentencias de 18 de enero de 1988, 31 de enero de 1989 y 26 de abril de 1994.

romano "*mater semper certa est*", y se considera que la inscripción del nombre de la madre en el Registro Civil es suficiente para probar la maternidad biológica. En el caso de que la madre no quiera hacerse cargo de ese hijo, podrá entregarlo en adopción[451]. En la partida de nacimiento, en todo caso, deben quedar recogidos los datos de la familia del niño y sus apellidos[452].

Hay que poner de manifiesto que, tradicionalmente en Alemania han existido las "*babyklappen*"[453], incubadoras artificiales donde las madres pueden abandonar a los bebés en las puertas de los hospitales, asegurando así su asistencia. La mayoría de la doctrina lo considera un fenómeno marginal.

A su vez, el artículo 61.2 de la *Personenstandsgesetz* otorga al adoptado mayor de dieciséis años la edad mínima para contraer matrimonio y la facultad de consultar en el Registro Civil su filiación biológica. Esta filiación natural consta desde el mismo momento de la inscripción del nacimiento.

En conclusión, en Alemania existe el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos y no se contempla ni el parto anónimo ni la posibilidad de que la maternidad pueda determinarse por voluntad de la madre[454].

e) <u>AUSTRIA</u>

Tal y como ocurre en Alemania, la identidad de la madre consta en el acta de nacimiento, quedando así determinada la maternidad, ya sea matrimonial o no, tal y como se regula en el artículo 19 de la *Personenstandsgesetz*[455].

f) <u>SUIZA</u>

Su punto de partida se encuentra en el Código Civil de 1907, y la Ordonnance sur L´état Civile, de 28 de abril de 2004, que entró en vigor el 1 de julio de 2004. El

---

[451] Furkel, F*:" Le droit a la connissance de ses origenes en République Fédérale D´Allenagne*". Revue International de Droit Comparé, 1997, pág. 936.

[452] Artikel 21.1 Eintragung in das Geburtenregister: "*!im Geburtenregister warden beurkundet:1. Die Vornamen und der Familienname des Kindes*".

[453] Cajas incubadoras controladas por los hospitales donde se permite abandonar a recién nacidos.

[454] En mayo de 2002 se rechazó por el *Bundestag* un Proyecto de ley relativo al parto anónimo, el cual no salió adelante: En Rivero Hernández, F:" *De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odiévre (sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003*", ob. cit., pág. 601.

[455] *19 Personenstandsgesetz:"Im Geburtenbuch ist nur die Geburt lebend geborener Kinder zu beurkunden; einzutragen sind: 4. Die Familiennamen und die Vornamen der Eltern, ihr Wohnort, der Tag, der Ort und die Eintragung ihrer Geburt sowie ihre Zugehörigkeit zu einer gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft". En Inglés: "In the register of births, are to be put down: 4. The surnames and the first names of the parents, their place of residence, the day, the place and entry of their births as well as their affiliation to a legally recognized church or religion society"*

estado civil se registra de forma electrónica (art. 15). Respecto al nacimiento se incorpora fecha, lugar y hora. La familia tiene la obligación de anunciar el nacimiento (art. 34).

En base al artículo 252 del Código Civil Suizo, tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial quedan determinadas por el hecho del parto[456]. En la inscripción del nacimiento siempre constará el nombre y apellidos de la madre[457]. A su vez, el artículo 138 de la Ordonnance su L,état Civile, prevé que el adoptado pueda acceder al contenido de su acta de nacimiento con autorización cantonal.

La Constitución Federal de la Confederación suiza, de 18 de abril de 1999, en vigor desde el 1 de enero de 2000, recoge, en su artículo 119.g), el derecho de la persona a conocer la ascendencia. Lo anterior, en realidad está previsto para los nacimientos de técnicas de reproducción asistida, pero la doctrina ha interpretado que es de aplicación a la adopción[458].

La adopción se inscribe al margen de la inscripción de nacimiento. Se crea una nueva inscripción en la que únicamente constará la filiación adoptiva. Se realiza en una hoja complementaria que se superpone a la anterior inscripción (artículo 73.b) del Código Civil). De esta forma, los documentos que expide el registro se refieren a la familia adoptiva[459].

Hay que hacer mención del artículo 268.b) del Código Civil que impone que los padres biológicos no pueden conocer la identidad de los padres adoptivos. Esto es el llamado "secreto de la adopción". Este artículo, que fue introducido por la Ley Federal, de 30 de junio de 1972, intentaba favorecer la plena integración del hijo en la familia de adopción, evitando posibles inmersiones de los padres biológicos en la paz familiar. Sin embargo hay que decir que en esa época estaba permitida la adopción simple por lo que, el contacto entre el hijo y su familia natural, provocaba la transferencia continua de datos de identidad. A lo anterior hay que decir, que en realidad ese artículo 268.b) lo que imponía era el secreto frente a los padres, pero no frente al hijo[460].

---

[456] Artículo 252 CC Suizo: *" a L,égard de la mére, la filiation resulte du seul fait de la naissance*"
[457] Artículo 67.1 Ordonnace sur L,état civile.
[458] Schweizer, R, J*:" Comentario a la Constitución Federal de la Confederación suiza, art. 24*". En García villaluenga, L, Linacero de la fuente, M: "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*", ob. cit., pág. 61.
[459] Garriga Gorina, M: "*La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*", ob. cit., pág. 189.
[460] Werro, F:" *Quelques aspects juridiques de l´adopcion*".RDC, 1994, págs. 73 y ss.

Todo esto pone en duda que realmente exista un verdadero derecho a conocer los orígenes por parte del hijo adoptado.

En conclusión, en Suiza cuando una persona adoptada decide indagar sobre sus orígenes biológicos, será la autoridad competente quien deba poner los intereses en juego a ponderar. En atención a las circunstancias de cada caso, decidirá si cabe o no ejercitar el derecho a acceder a los archivos relativos a la adopción. En caso de duda prevalecerá el interés del menor.

En este punto, es importante citar la sentencia del Tribunal Federal Suizo (*Bundesgericht*), de 5 de febrero de 1986. El demandante, hijo de madre soltera, solicitó poder acceder a los datos relativos a su filiación. Su petición fue rechazada por la autoridad competente. Tras la interposición del correspondiente recurso, su petición no fue atendida. En la sentencia se refleja la necesidad de acreditar el especial interés en hacer valer el acceso a los expedientes o inscripciones. Los límites a ese derecho descansan en el interés del Estado y del resto de las personas al secreto de sus archivos[461].

Finalmente, la respuesta llegó con la introducción del apartado c) del artículo 268 del Código Civil. La Ley Federal, de 22 de junio de 2001, relativa a la Convención de La Haya sobre adopción y otras medidas de protección del menor en caso de adopción internacional. Este artículo permite al adoptado mayor de dieciocho años obtener los datos o antecedentes solicitados, relativos a la identidad de sus padres. Si este derecho se pretende ejercitar con menos de esa edad, el interesado deberá hacer valer ante la autoridad competente un interés legítimo.

Una vez que se solicite el acceso a la información por un mayor de edad, la oficina que posea los datos informarán a los padres biológicos de la demanda. Si alguno de ellos, o ambos, se niegan a un encuentro con el adoptado, éste debe ser avisado e informado de los derechos de la personalidad de los padres naturales.

En definitiva, el interés de los padres biológicos va a ser el que finalmente subsista por encima de los intereses del hijo. De igual manera esta regulación ha sido recogida por el artículo 46.3 del Reglamento del Estado Civil. El legislador suizo se ha decantado por un derecho a saber de carácter limitado por los derechos de la personalidad de los padres biológicos.

[461] Quesada González, M.C:" *El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico"*, ob. cit., pág. 278.

g) PAÍSES BAJOS

En esta legislación, está determinado que, en la inscripción de nacimiento, figure la identidad de la madre, con lo que queda determinada la filiación materna. Se descarta, por tanto, la figura del parto anónimo.

A su vez, el Tribunal Supremo Holandés ha reconocido el derecho a conocer la identidad de los padres biológicos en el derecho de la personalidad del hijo[462].

h) PORTUGAL

En este ordenamiento jurídico se prevé que en la inscripción de nacimiento constará la identidad de la madre si la misma se produce en un año desde el nacimiento. Si ha transcurrido ese plazo, y la inscripción no es hecha por ella o su marido, se le deberá notificar a ella. Si la confirma, quedará determinada la maternidad. Si la niega, el Encargado deberá investigarlo de oficio, para proteger el derecho del hijo a su identidad[463].

En Portugal, por tanto, está excluida la figura del parto anónimo.

i) BÉLGICA

En este país, hubo un antes y un después como consecuencia de su condena por el Tribunal de Derechos Humanos, a través de la sentencia de fecha 13 de junio de 1979, por el caso Marcks[464]. En consecuencia, se modificó su Código Civil. Ahora, el Cuerpo legal declara que el nombre e identidad de la madre, o la mujer que conste en el acta de nacimiento, son de obligada mención[465].

Ante la oleada de mujeres belgas que cruzaron la frontera para dar a luz de forma anónima en Francia, el Comité Consultivo de la Bioética de Bélgica se planteó la posibilidad de, si bien no conceder un derecho absoluto a dar a luz anónimamente, si permitir hacerlo "discretamente"[466]. La madre tiene dos meses después del nacimiento para decidir si desea que se preserve el anonimato o no. El niño tiene la oportunidad de requerir el acceso a su certificado de nacimiento en un momento posterior, y si la madre

[462] Rivero Hernández, F. "*Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en nuestro ordenamiento*". Anuario de Derecho Civil, enero- marzo, 1997, pág. 5.
[463] Artículo 1804, 1805 del CC, y 141 del Código del Registro Civil.
[464] STEDH, de 13 de junio de 1979. La demandante, hija ilegítima, instaba los derechos sucesorios de su progenitor biológico.
[465] Freeman, M, Margaria, A.:"*Who and What is a Mother?"* Maternity, Responsability and Liberty. Theoretical Inquiries in Law. Volume 13, núm. 1, article 6, january 2012.
[466] Es lo que se conoce como el "*accouchement dans la discretion*": en Tamayo Haya, S: "*La cuestión de la pluriparentalidad: de la lógica sustitutiva a la lógica adicional*", ob. cit. pág. 5.

todavía no permite el levantamiento del mismo, el niño tiene derecho a apelar. Un mediador es responsable de aclarar a la madre, el interés del niño en conocer sus orígenes[467]. Se entiende por tanto la necesidad de acreditar un interés legítimo para acceder a la información.

j) <u>REINO UNIDO</u>

La maternidad queda automáticamente determinada por el hecho del nacimiento[468]. La madre, así como las personas que asistan al parto, están obligadas legalmente a registrar su nombre como madre en el certificado de nacimiento[469].

En este país, la Sección 26 de la Children Act de 1975, concedió a loa adoptados mayores de edad el derecho a acceder a la copia de su certificado de nacimiento. En esta consta la identidad de sus padres biológicos y su dirección en el momento del nacimiento. Entendemos que este dato es una mera ilusión puesto que es probable que transcurrido tan largo periodo de tiempo, la dirección de éstos haya variado.

Esta Sección de la Children Act de 1975, fue posteriormente integrada en la Adoption Act de 1976.

Además de lo anterior, esta legislación concedía al adoptado el derecho a pedir ante los tribunales, el nombre de la agencia de adopción o el de las autoridades locales que habían intervenido en su proceso.

El tema relativo al conocimiento de los orígenes biológicos está ya presente a lo largo de todo el proceso de adopción. Ya en las fases previas, se instruye a los posibles padres adoptivos sobre la necesidad de que los niños tengan derecho a querer conocer su pasado. Les explican que estos deseos no deben ser ignorados.

De igual forma, a diferencia de épocas pasadas en las que los consejeros desalentaban a los adoptados a seguir con la búsqueda, por las posibles decepciones que se pudieran encontrar, hoy en día se pone acento en la obligación del consejero de obtener el certificado de nacimiento del peticionario. Únicamente, cuando éste vea que

[467] Le Droit de Savoir d´on Je Viens: "*Problematique de l`accouchement sous X, Institut Européen de Bioéthique*". agosto 2007: http:// www.ieb.org/fr/document/accouchement-sous-x-30.html.
[468] Human Fertilisations and Embryology Act, 2008, c & 33 (1) (Eng.).
[469] Births and Deaths Registrations Act, 1952, 1 & 2 Eliz. 2, c, -10 (1) (a) (Eng.).

las consecuencias de ese encuentro pueden ser gravemente negativas, tras notificarlo al asesor del Registro General, se podrá denegar[470].

En relación con la legislación de Reino Unido, es importante destacar la existencia del "Adoption Contact Register". Este Registro de contractos de Adopción fue creado con ocasión de la reforma introducida por la Children Act de 1989, que añadió la sección 51-A a la Adoption Act de 1976. De esta forma, a través de este organismo se permite que las personas adoptadas o sus parientes registren su deseo de contactar con sus familiares de origen.

k) <u>ESTADOS UNIDOS</u>

En Estados Unidos, la adopción, con carácter general, tiene un carácter puramente confidencial[471]. La partida de nacimiento original del adoptado se archiva de forma que ni el hijo ni los adoptantes pueden informarse de la identidad de la familia biológica. En consecuencia, esto lleva aparejado la redacción de un nueva partida de nacimiento en la que constan los padres de adopción. Este es el llamado "*sealed adoption records*".

En algunos Estados se ha discutido acerca de la constitucionalidad de ese anonimato al entenderse que afecta al derecho a la identidad de los hijos. A pesar de ello, de forma tradicional la jurisprudencia[472] mayoritaria ha entendido que, aunque es evidente que la información relativa al historial médico del adoptado, y el de su familia biológica, es un dato fundamental para la formación de la identidad del adoptado, el respeto a la intimidad de los demás no otorga a ese derecho el control absoluto. Se da protección al derecho a la intimidad de los progenitores biológicos por entenderse que éstos, en su día, confiaron en una confidencialidad. Esto se extiende al hecho de que, probablemente, esas personas cuenten con una nueva vida y una nueva familia.

---

[470] Así ocurrió en el caso R. versus Registrar General, ex parte Smith (1989). El Tribunal de apelación denegó la solicitud de un ciudadano con problemas mentales, y graves antecedentes penales por doble asesinato, que instaba, desde un hospital de alta seguridad, conocer a su madre biológica, haciéndola responsable de sus problemas. La denegación en este caso se fundamentó en razones de orden público, al temerse realmente que pudiera dañar a su madre.

[471] El Sistema Americano de adopción, según Martín García, Mª, L., presenta una serie de caracteres que le hace muy diferente del resto de sistemas de adopción existentes en Europa, al considerarse el procedimiento parcialmente privado. De esta forma, se constituye un acuerdo entre la familia o la madre biológica, y la adoptiva *("cooperative adoption"*) en el que se fijan las condiciones de la adopción, posibilitando el contacto entre ambas familias, tanto en el momento anterior a la adopción, como en etapas posteriores: En "*Inscripción en el Registro Civil de la adopción internacional: la protección de la intimidad personal y familiar a través del Registro Civil. Breve reflexión en torno al derecho del adoptado a conocer sus orígenes*", ob, cit., pág. 97.

[472] Caso Mills versus Atlantic City Department of Vital Statistics, 373 A.2d 646 (N.J. Super Ct. Ch. Div, 1977.

En relación con lo anterior, la doctrina norteamericana se ha planteado que pudiera darse una vulneración al derecho a recibir información[473]. En respuesta a lo expuesto, la jurisprudencia ha establecido que el derecho a recibir información no es un derecho absoluto por lo que puede limitarse[474] cuando entra en conflicto con otros intereses. En este caso, el conflicto se presenta entre el derecho del hijo a conocer su identidad y el respeto al derecho a la intimidad de los progenitores biológicos[475].

En consecuencia, aunque los Tribunales norteamericanos no dudan de que el derecho a conocer los orígenes biológicos de los hijos adoptados debe gozar de una protección constitucional, cuando confronta con el derecho a la intimidad de los progenitores biológicos, así como el del Estado a proteger el interés general que deriva de los expedientes de adopción, han decidido imponer limitaciones al derecho de los hijos a acceder a la información registral biológica.

A pesar de la generalidad del sistema anterior, también se contemplan excepciones:

a.- <u>La acreditación de una justa causa</u>:

En algunos Estados prevén la posibilidad de que los hijos adoptados puedan acceder a su partida de nacimiento original alegando una causa. Esta justa causa es, por tanto, lo que hay que valorar. En la mayoría de Estados[476] se necesita un mandamiento judicial para poder acceder a esta información identificativa.

Entre las causas consideradas como "justas" por la jurisprudencia, es evidente que se consideran las relativas a la salud. Independientemente de esto, no cualquier motivo médico será considerado de forma absoluta para conceder al hijo el acceso a la información relativa a sus padres naturales. Tendrá que ser una razón médica de fundamento serio y con nexo causal con las características biológicas de los ascendientes. Se conoce algún caso, relacionado con la necesidad de trasplante de médula ósea, en el que se denegó el mandamiento judicial al haberse comprobado que

[473] Reconocido en la Primera Enmienda de la Constitución Estadounidense.
[474] Caso Maples, In Re Giman, 101, Misc. 2ª, 853, 863, 422, N.Y.S. 2ª, 1003, 1009, 1979: de igual forma en esta sentencia se falló que no tampoco existe la discriminación por razón de nacimiento alegada porque la Constitución no prohíbe que pueda tratarse de forma desigual a personas que se encuentren en situaciones distintas.
[475] Caso Mills versus Atlantic City Department of Vital Statistics. 373 A.2d 646 (N.J. Super Ct. Ch. Div, 1977.
[476] Entre otros, Columbia (Secciones 16-311 y 16-314 del Estatuto de Columbia), New Jersey (Secciones 9.3.52 y 26.8-40.1 del Estatuto de New Jersey), Estado Libre Asociado de Puerto Rico (Título 24.1136 del Estatuto de Puerto Rico) y Virginia (Secciones 63.2.1246 y 63.2. 1247 del Estatuto de Virginia).

los miembros de la familia de origen no eran compatibles con el hijo entregado en adopción[477].

En cuanto a las causas de tipo psicológico, los tribunales no han sido muy partidarios de entenderlas como "justas". Así, en los Casos Backes[478] y Dixon[479], se denegaron las autorizaciones por entender que la necesidad psicológica de los adoptados, incluida la necesidad de tratamiento psicológico, y las necesidades alegadas por éstos no eran suficientes.

b.- La existencia de un Registro de Voluntades:

Con ocasión de la *Uniform Adoption Act 1994* (UAA 1994) se estableció en la mayor parte de los Estados[480] un sistema de Registro de Voluntades (*Mutual Consent Registry o Voluntary Registry*).

La Sección 6-101 de esta UAA 1994, marca la confidencialidad como regla general en el procedimiento de adopción. Toda la documentación será reservada y confidencial. Desde el nacimiento del adoptado será necesario que los expedientes se custodien sellados durante noventa y nueva años. También se les exige confidencialidad a las agencias de adopción intermediarias.

Es en las secciones 6-104 y 2-404 UAA 1994, la que contempla este sistema de registro. A través de éste se concede al adoptado mayor de edad que lo solicite, la posibilidad de acceder a información relativa a sus progenitores de origen. Para ello, será necesario que los progenitores naturales, cuando otorguen su consentimiento a la adopción, sean informados de la existencia de este Registro. Esto significa que el derecho a la información del adoptado reside claramente en la decisión de sus padres de

[477] Caso In Re George, 630 S.W. 2d.614 (Mo. App. 1982).
[478] Caso Backes versus Catholic Family Community Services, 210. N.J. Super 186, 509, A.2d, 283 (Ch. Div.185)
[479] Caso In Re Dixon, 323, N.W. 2d, 549 (Mich. Ct. APP. 1982).
[480] National Adoption Information Clearinghouse (NAIC), Legal issues and Laws: Georgia (Sección 19.8.23 del Estatuto de Georgia), Arizona (Sección 8. 121 y 36.322 y 337 del estatuto de Arizona), Alabama (Sección 22.9ª-12 (c)) -(d) del Estatuto de Alabama), Arkansas (Sección 9.9.504 del Estatuto de Arkansas), California (Sección 8706 , 8817, 9201-9206 del Código civil de Familia de California), Colorado (Sección 19.5-305 y 25.2-113.5 del Estatuto de Colorado), Connecticut (Sección 45ª-751, 753, 746 del Estatuto de Connecticut), Florida (Sección 63.162 del Estatuto de Florida), Idaho (Sección 39-258 y 259-A del Estatuto de Idaho), Kentucky (Sección 199.572 y 520 del estatuto de Kentucky), Massachusetts (Chapter 210, Sección 5D del Estatuto de Massachusetts), Missouri (Sección 453.121 del estatuto de Missouri), Nevada (Sección 127.007, 440.310 del Estatuto de Nevada) New Hampshire (Sección 170-B-19 del estatuto de New Hampshire), Oregón (Sección 109.430 del estatuto de Oregón), North Carolina (Sección 48.9.106, 170-B-19 del Estatuto de North Carolina), South Carolina (Sección 20.7.1780 del Estatuto de South Carolina), Dakota (Sección 25.6.15.3, 34.25-16.4, 25.6.15-2 del estatuto de Dakota), Texas (Sección 162.146 del Código de Familia de Texas), Utah (Sección 78-30-18 y 15 del Estatuto de Utah). http://naic.acf.hhs.gov/legal/statutes.

prestar ese consentimiento. Esto da lugar a problemas puesto que pueden darse casos de discrepancia entre ambos padres naturales, o incluso que uno de ellos falleciera sin dar su consentimiento.

Ante estas situaciones, la Sección 6-105 UAA 1994 prevé la posibilidad de que el adoptado acuda a los tribunales con el fin de que le autoricen la información sobre su filiación. En este caso, los tribunales analizarán las circunstancias del caso, la existencia de justa causa y la posible negativa expresa del progenitor biológico a su búsqueda. De igual forma, se analizarán los posibles efectos que la revelación de esa información pudiera implicar para los progenitores biológicos y sus familiares. El tribunal valorará si se puede satisfacer la necesidad buscada por el adoptado sin necesidad de revelar concretamente la identidad de los progenitores naturales.

Como vemos, la legislación norteamericana, con estas medidas, intenta dar soluciones a los casos de negativas abusivas de los progenitores de origen que no desean ser identificados[481].

c.- Sistema de búsqueda activa de progenitores naturales:

Como hemos visto, las soluciones plasmadas en la UAA 1994, no implican en la búsqueda a la Administración Pública. No se le encarga a ningún organismo público concreto una función derivada en la localización de estas personas que en su día entregaron a su hijo en adopción. De esta forma, no intervienen en la labor de obtener los consentimientos necesarios.

Con el fin de dar soluciones al problema, algunos Estados[482] han incorporado a sus legislaciones el sistema "*search and consent*". Esto consiste en un sistema público de búsqueda con el fin de obtener el consentimiento de los padres biológicos. La Administración, o el propio Registro de voluntades, se encargan de la labor de encontrarlos y solicitar su consentimiento a la revelación de su identidad. En todo caso, esta tarea debe ser costeada por el propio solicitante.

[481] García Villaluenga, L, Linacero de la Fuente, M:"*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*", ob. cit., pág. 26.

[482] National Adoption Information Clearinghouse (NAIC), Legal issues and Laws: Tennessee (Sección 36-1-128 y 129 del Estatuto de Tennessee), Hawaii (Sección 578-15 del Estatuto de Hawaii), Indiana (Sección 31-19-25-2 y 3 del Estatuto de Indiana) Michigan (Sección 710.68 del Estatuto de Michigan), Minnesota (Sección 259.83 y 89 del Estatuto de Minnesota), Mississippi (Sección 93-17-21, 205, 207 y 209 del Estatuto de Mississippi), Nebraska (Sección 43-146.04, 07 y 43-1510 y 110 del Estatuto de Nebraska), Ohio (Sección 3107.66 del Estatuto de Ohio), Alaska (Sección 18.50.500 y 510 del Estatuto de Alaska) , Kansas (Sección 59.2122 del Estatuto de Kansas), Nueva York (Sección 4138-c del Estatuto de Salud Pública de Nueva York). http://naic.acf.hhs.gov/legal/statutes.

En el caso de que los padres biológicos sean localizados, deberán manifestar si están de acuerdo o no con la revelación de sus datos identificativos. Si los padres no responden en el plazo otorgado para decidir, con carácter general, el hijo adoptado no tendrá más opción que acudir a los tribunales.

Excepcionalmente, en algunos Estados, esta solución se altera en virtud de un silencio positivo, es decir, ante la ausencia de respuesta, se permitirá al adoptado acceder a la información solicitada.

d.- La adopción abierta:

La "*cooperative adoption*" es el sistema equiparable a la adopción abierta regulada recientemente en España a través de la reforma del artículo 178 CC, introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia. En estas adopciones se mantiene cierto contacto entre el hijo adoptado y su familia biológica. Este sistema surgió como consecuencia de que, en Estados Unidos, la adopción se ha generalizado respecto a niños que ya no son de corta edad. Esto implica que hayan mantenido ya contacto con su familia de origen durante un tiempo o, al menos, los tengan localizados.

En la actualidad, como hemos visto, ha quedado demostrado que el contacto entre el hijo adoptado y su familia natural es positivo.

La "*cooperative adoption*" es un sistema que, al no estar prohibido en las legislaciones norteamericanas[483] otorga plena libertad a los padres de adopción para decidir si su hijo legal va a mantener contacto con su familia de origen y en qué medida. En este aspecto, los expertos[484] sugieren que, más que dejar al libre albedrío de las partes esta cuestión, es mucho más garantista redactar un convenio donde se pauten

[483] Entre otros Estados, la adopción con contacto está permitida en Arizona, California, Connecticut, Florida, Indiana, Lousiana, Massachusetts, Minnesota, Montana, Nebraska, Nuevo México, Nueva York, Oregón, Rhode Island, Dakota del Sur, Vermont, Washington y West Virginia.

[484] En 1999, un grupo de expertos en adopción, contratados por la Children´s Bureau del Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos, emitieron unas conclusiones relativas a los contactos en la adopción abierta. Se entendió necesario que los acuerdos los dictaminara un juez, en aras al interés superior del menor y con el acuerdo de todos los implicados, incluyendo el del hijo mayor de doce años. Los contactos o en su caso las visitas deben ser pautadas y concretadas en forma y extensión. Se podrá pedir ante el tribunal de referencia la modificación, supresión o anulación de ese régimen. Ante un incumplimiento se podrá solicitar la ejecución de las medidas: En García Villaluenga, L, Linacero de la Fuente, M: "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*", ob. cit., pág. 35.

estos encuentros o contactos. Algunos Estados imponen como cauce previo a acudir a los tribunales someter el conflicto a la mediación[485].

La adopción de contacto no implica necesariamente las relaciones únicas entre padres e hijos. En algunos Estados, la jurisprudencia, ha ampliado el contacto a otros parientes, como abuelos[486] y, sobre todo, hermanos[487]. Se intenta evitar que los hermanos de sangre pierdan el contracto como consecuencia de la adopción.

En conclusión, todas las vías anteriores, intentan paliar en alguna medida la preferencia indiscutible que la legislación y la jurisprudencia norteamericana otorgan a la protección del derecho a la intimidad y a la confidencialidad de los padres biológicos, frente al derecho del hijo adoptado a conocer sus orígenes naturales.

En vista de todo lo expuesto en el presente capítulo relativo a la adopción, y siendo ya una realidad en España el reconocimiento expreso del derecho a saber de los hijos adoptados, entendemos necesario ofrecer propuestas, con el fin de facilitar la ejecución de ese derecho admitido.

9.- <u>Cauces de solución para encuentros entre padres biológicos e hijos adoptados</u>.

Concluyendo con todo lo anterior, tal y como hemos venido exponiendo, en España, los hijos adoptados tienen derecho a conocer la identidad de sus progenitores biológicos. Recordemos que el renovado artículo 180 CC, en sus apartados 5 y 6, recoge que, las Entidades Públicas deben conservar, durante un plazo de cincuenta años, la información relativa a los orígenes del menor adoptado y, en particular, los datos referentes a la identidad de sus progenitores y su historial médico. Lo anterior, se trata de una exigencia dirigida a dar cumplimiento al derecho de los adoptados a conocer y completar su verdadera identidad.

El apartado 6 de ese precepto, impone a las Entidades Públicas que, ante una solicitud de búsqueda, notifique a las personas afectadas de esa instancia y, de igual manera, preste al adoptado la ayuda que precise para hacer efectivo este derecho. La Administración Pública debe realizar esa tarea a través de servicios especializados.

---

[485] Arizona, Connecticut, Lousiana, Minnesota, y Oregón.
[486] Caso Mimkon versus Ford, 66 N.J., 426, 332 A, 2ª, 199 (1975) y Caso Beckman versus Boggs, 655 A.2ª, 901 (Md 1995).
[487] Caso In Re Adoption of Anthony, 113, Misc. 2ª, 26, 448, N.Y.S, 2d, 377 (Fam. Ct. 1982).

De forma expresa, el también renovado artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, establece que este derecho a conocer los orígenes biológicos se hará efectivo a través asesoramiento, ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública.

Es precisamente en este punto, de acuerdo a la naturaleza de la figura, donde proponemos, entre otros, la mediación como cauce idóneo para dar efectivo cumplimiento a ese derecho. Otros cauces de ayuda pueden descansar en los servicios post-adopción propuestos por las Comunidades Autónomas o la existencia de un Registro de Adopciones con voluntad de contacto, tal y como hemos visto en algunas legislaciones extranjeras.

1) La Mediación

a) La mediación y las legislaciones autonómicas.

Tal y como vimos anteriormente, en España son ya varias las Leyes de Mediación de carácter autonómico que recogen de forma expresa la conveniencia de esta figura como método de tratamiento y aplicación, respecto a las cuestiones que puedan surgir entre las partes como consecuencia del inicio de la búsqueda biológica por parte del hijo adoptado.

Como no podía ser de otra forma, los cambios vividos en nuestro país en los últimos años, en relación con el concepto de grupo familiar, han sido reflejados de forma sucesiva en esas leyes. Las normas autonómicas han ido ampliando las temáticas de aplicación al ámbito de la mediación. De esta forma, a pesar de que la mayoría de esas leyes hablan de mediación familiar y, con carácter general, se refieren principalmente a crisis matrimoniales, han ido progresando y acaparando dentro de su contenido, supuestos más amplios de ayuda general a todos los miembros de la familia con el objeto de llegar a la toma de decisiones consensuadas en distintas etapas y áreas de la vida familiar: relaciones paterno-filiales, deber de alimentos entre parientes, conflictos encuadrados en la empresa familiar, relaciones entre abuelos y nietos, problemas de derechos sucesorios, acogimiento familiar y, como no, la adopción.

En relación con la temática concreta de la adopción, esas leyes autonómicas reseñan:

.- La Ley 1/ 2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña, fue derogada con ocasión de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho

Privado[488]. El artículo 4, se refiere a las personas legitimadas para intervenir en un procedimiento de mediación. El artículo 2, abre la mediación a cualquier conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro (art. 2.2.e.). Es concretamente en su artículo 2.1.d), donde prevé la mediación en materia de filiación, adopción o acogida, así como en las situaciones que surjan entre el hijo adoptado y su familia biológica, o entre familia biológica y adoptantes, en el ejercicio del derecho a conocer los orígenes biológicos.

.- En relación con el derecho expreso a conocer los orígenes biológicos, la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar[489] del País Vasco, en su artículo 5.3, establece que en el supuesto en el que las personas adoptadas deseen ejercer su derecho al acceso a la información de su filiación biológica, podrán optar a un procedimiento confidencial de mediación, conforme se señala en el artículo 84 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia[490].

.- La Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía[491], en su artículo 1.1.f), establece la mediación como cauce para los conflictos que puedan surgir entre la familia adoptante, el hijo adoptado, y la familia biológica en la búsqueda de orígenes biológicos.

.- De igual forma, a través de la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid[492], en su artículo 8.d) se remite a la mediación como cauce de acercamiento para la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica en la búsqueda de orígenes del adoptado, al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores, de acuerdo con lo previsto en la legislación estatal en esta materia.

.- La Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria[493], no recoge expresamente la posibilidad de utilizar esta vía para facilitar el encuentro entre el hijo adoptado y su familia biológica, o, de igual forma, respecto a los posibles conflictos que puedan surgir entre la familia adoptante, el hijo o la familia biológica. Sin embargo, a través de los artículos 4 y 21, podríamos encuadrar esta materia, al referirse a materias disponibles para las partes involucradas.

[488] BOE núm. 198, de 17 de agosto de 2009.
[489] BOE núm. 212, de 3 de septiembre de 2011.
[490] BOPV núm. 59, de 30 de marzo de 2005.
[491] BOJA núm. 50, de 13 de marzo de 2009.
[492] BOE núm. 153, de 27 de junio de 2007.
[493] BOE núm. 99, de 26 de abril de 2011.

.- Hay que destacar que, uno de los avances más importantes en relación con el derecho a conocer los orígenes biológicos, tuvo ya lugar con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Valencia[494], primera Ley que consideró este aspecto. A pesar de no haber llegado todavía a nuestro ordenamiento jurídico común la Ley de Adopción Internacional de 2007, ya se contempló el problema derivado de los hijos adoptados que buscaban sus orígenes naturales. De esta forma, el Preámbulo de esta Ley recoge literalmente que, *"(…) el incremento de los últimos años de la demanda de búsqueda de sus orígenes biológicos por lo hijos adoptados aconseja la mediación, como marco idóneo para canalizar el posible encuentro (…)"*. En este sentido, las Cortes Valencianas adoptaron, el 16 de febrero de 2000, el acuerdo unánime de que el Gobierno Valenciano facilite al máximo la información necesaria a las personas y familias que traten de conocer su identidad real biológica. La mediación preparará a las pares para realizar el posible encuentro.

En el artículo 13.1.b), se recoge expresamente la mediación como cauce para realizar el posible encuentro entre el hijo adoptado y su familia de origen.

.- Por su parte, el artículo 3 de la Ley 3/2005, de 23 de junio[495], que modificó la Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias, reconoce expresamente la vía de la mediación como cauce adecuado para los conflictos que pudieran surgir entre los adoptantes, adoptado y su familia biológica en la búsqueda de los orígenes biológicos.

Lo anterior resulta interesante al recoger este derecho de los hijos adoptados con antelación a la aprobación de la Ley de carácter nacional sobre Adopción Internacional de 2007.

.- A diferencia de la anterior, la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León[496], por su época de entrada en vigor (anterior a la Ley de Adopción Internacional de 2007), no recoge expresamente la utilidad de este cauce en materia de derecho a conocer los orígenes biológicos pero, tampoco podemos entenderlo descartado. En virtud de la amplitud de actuación que otorga el artículo 1, se entiende que pueda ser utilizado como vía ideal para solventar este tipo de conflictos entra las

[494] BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2001.
[495] BOE núm. 177, de 26 de julio de 2005.
[496] BOE núm. 105, de 3 de mayo de 2006.

partes o, incluso, como opción para fomentar el encuentro.

.- La Ley 1/2015, de 12 de febrero del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Catilla La Mancha[497] (que derogó la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar). En su artículo 3.c), regula la necesidad de mediación ante conflictos familiares derivados del ejercicio del menor de conocer sus orígenes biológicos.

.- Al igual que en las anteriores Comunidades, en el Principado de Asturias, a través de su Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar, concretamente en su artículo 3.d), propone la mediación para solventar los posibles conflictos relacionados con los hijos adoptados y sus familias biológicas.

.- A su vez, la Ley 14/2010, de 9 de noviembre, de Mediación Familiar de Islas Baleares[498], en su artículo 4.f) contempla la mediación para solventar conflictos que deriven de "*cuestiones relativas a la adopción o al acogimiento*". Desarrollando lo anterior, el artículo 5.g) de dicha norma, otorga legitimación para solicitar la mediación a "familias adoptantes, hijos adoptados y familias biológicas". Está claro que las cuestiones derivadas del ejercicio de la búsqueda de sus orígenes biológicos, por parte de los adoptados, podrán solventarse a través de la figura de la mediación.

Todo lo anterior, justifica que, ante un conflicto que se desarrolle entre las partes a la hora de ejecutar ese derecho al que tiene acceso el hijo adoptado, se centre en un proceso de mediación familiar.

Como indica García Presas, la legislación de las Comunidades Autónomas que abordan esta materia, a la hora de considerar el objeto de la Ley, desarrollan fundamentalmente dos temáticas relacionadas con la mediación familiar. Por una parte, y como posición principal, su concepción como un método de resolución de conflictos; y, por otra, como medida de apoyo a la familia[499].

Como hemos visto, aunque la mayoría de las Leyes se refieren a la mediación familiar, algunas, como la catalana o la cántabra, presentan una versión más integral. Por su parte, la Ley catalana de mediación, extiende sus competencias desde el ámbito puramente familiar, hasta la mediación en el ámbito del Derecho privado en su

[497] BOE núm. 148, de 22 de junio de 2015.
[498] BOE núm. 16, de 19 de enero de 2011.
[499] García Presas, I:"*La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*". La Ley, ed. núm. 1, Madrid, abril 2009, pág. 139.

conjunto[500]. En igual dirección, la Ley de Cantabria, tratando de superarla, otorga un ámbito absolutamente integral a esta institución, teniendo como pilar de base fomentar la cultura del arreglo amistoso para evitar que los asuntos lleguen a los tribunales.

Esta tendencia integral ha quedado corroborada a nivel estatal con la entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles[501] que acoge una concepción amplia que comprende, no solo los supuestos de aplicación encuadrados en el Derecho de familia, sino todos los comprendidos en el ámbito del Derecho privado: derecho de obligaciones y contratos, derechos reales, derechos sucesorios, responsabilidad civil, concurso de acreedores etc…

b) La mediación como vía de ayuda al conflicto.

En la actualidad, la mediación tiene una gran aceptación como sistema de gestión de conflictos dentro de las crisis familiares. Como ya hemos indicado, principalmente, el auge de la aplicación de la mediación se está instaurando dentro de las crisis matrimoniales derivadas de una separación o un divorcio de la pareja.

Admitiendo los amplios beneficios que la técnica de la mediación está aportando a estos procesos de crisis, creemos que tiene una excelente cabida en materia de adopción[502].

Como establece Six[503], la mediación no es asunto de arreglo de conflictos sino que se trata de un actuar comunicacional. Es un trabajo de regulación constante de las relaciones entre unos y otros. Se trata de poner en práctica la creación de lazos nuevos entre unos y otros, o reparar los que están flojos o han sufrido algún accidente.

- El proceso de mediación familiar implica:

[500] Esta Ley 15/2009, de 22 de julio, además de la mediación familiar, hace mención a la "mediación civil" que comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si estas deben mantener relaciones en el futuro. En particular, se refiere a: a) Conflicto surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones; b) conflictos en el ámbito de la propiedad intelectual y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones; c) sobre diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, para evitar la iniciación de litigios ente los juzgados; d) los conflictos derivados de una diferente interpretación de la realidad debido a la coexistencia de las diversas culturas presentes en Cataluña; e) y cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si razonablemente, aún puede evitarse la iniciación de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción.

[501] BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

[502] "*El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar*": en "*Nuevos retos de la maternidad y maternidad en el Siglo XXI*", ob. cit., pág. 10. El autor entiende que la mediación puede aplicarse no sólo a cuestiones relacionadas con crisis matrimoniales sino que es un cauce adecuado para cualquier materia derivada de la patria potestad.

[503] Six, J. F: "*Dinámica de la mediación*". Ed. Paidós, Barcelona, 1997, pág. 186.

.- Dos o más personas que tienen un conflicto.

.- Demanda por parte de esos involucrados en el conflicto, del correspondiente proceso de mediación ante la entidad correspondiente.

.- Intervención del mediador.

- La persona que actúe como mediador:

Se constituye en tercera parte involucrada y debe reunir las siguientes características[504]:

- Debe ser un profesional cualificado.
- Tener formación específica en mediación familiar.
- Ser neutral.
- Ser imparcial.
- No aplicar ningún poder de decisión.
- Ser aceptado por las partes.
- Debe garantizar la confidencialidad.
- Ayudar a las partes a que éstas resuelvan sus conflictos.

La mediación familiar se presenta, por tanto, como un recurso idóneo para mediar en los conflictos surgidos entre los miembros de una misma familia, con la asistencia de una tercera persona. La función del mediador consiste en ayudar a alcanzar acuerdos satisfactorios para resolver la cuestión en conflicto[505].

Como indica Samper Bernal, esta figura se revela como un instrumento de pacificación del sistema familiar que logre alcanzar relaciones futuras y acuerdos satisfactorios[506]. Esta vía contribuye a conseguir soluciones extrajudiciales, facilita la conexión entre los miembros de la familia, aminora los problemas surgidos entre las partes en litigio. De igual forma, posibilita la continuidad de las relaciones entre padres e hijos.

Encontramos extraordinariamente apropiado aplicar la mediación familiar a los

[504] Así se recoge en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.
[505] Tal y como entiende Bernal Samper, el objetivo primordial de la mediación no es otro que brindar un proceso en el que las partes puedan reorientar la forma de ver el conflicto e indagar las distintas opciones que tienen para resolverlo. La autora entiende que, aunque obviamente resulta muy positivo alcanzar un acuerdo durante el proceso de mediación, considera que no lograrlo es una conclusión igualmente válida del proceso: En Bernal Samper, T:*"La mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja"*. , 3ª ed. Colex, Madrid, 2006, pág. 85.
[506] Corvo López, F.M*:" Los hijos menores ante la mediación familiar. Derecho y Familia en el S. XXI*". Eds. Herrera Campos, Universidad de Almería, Vol. I, 2011, pág. 261.

problemas que puedan aparecer entre el hijo adoptado y sus progenitores biológicos y, de igual manera, valoramos su extensión en relación con las cuestiones que puedan aparecer entre el adoptado y la propia familia de adopción o, incluso, entre la familia biológica y la adoptiva.

La mediación debe ser instada, no únicamente por las partes afectadas por el conflicto sino que, de igual manera, es conveniente que cuando sea necesario sea la propia Entidad pública competente la que decida prestar ayuda al hijo adoptado en su búsqueda de orígenes biológicos. No queda descartada la idea de que los involucrados puedan acudir a un servicio privado de mediación.

Hay que indicar que la Recomendación número R (98) 1, de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar, no hizo expresa mención a la aplicación de la mediación en este ámbito. Esta Recomendación se trata del marco de referencia obligado pata toda la legislación europea en esta materia[507].

Esta Recomendación parte del concepto de mediación familiar como "*proceso en el que un tercero-el mediador- imparcial y neutro, asiste a las partes de la negociación sobre las cuestiones que son objeto del litigio con vista a la obtención de acuerdos comunes*".

En relación al campo de aplicación dispone que: " *La mediación trata todos los litigios que puedan surgir entre los miembros de una misma familia, vinculados tanto por lazos de sangre, como de matrimonio, y entre las personas que tienen o han tenido relaciones familiares, tal y como las define la legislación nacional. Sin embargo, los Estados tienen la libertad de determinar cuáles son las cuestiones o los casos que cubre la mediación familiar*".

Se reconoce, por tanto, un ámbito amplio de aplicación de la mediación. Aunque a lo largo de su articulado se hagan referencias expresas a los procedimientos de crisis matrimoniales, no queda restringida a este único campo. Parte de un amplio concepto de las relaciones familiares aplicables y, en definitiva, alcanza a todos aquellos miembros que puedan resultar perjudicados. La plasmación de esta posible ampliación abre el camino a la verdadera finalidad pretendida que no es otra que promover y reforzar la institución.

[507] García Villaluenga, L., Linacero de la Fuente, M: "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*", ob. cit., pág. 147.

En nuestro país, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de Separación y Divorcio[508], siguió un criterio restrictivo. Los protagonistas de la mediación van a ser las partes inmersas en un procedimiento judicial de separación o divorcio. A través de la mediación lo que pretenden es alcanzar un convenio regulador de los efectos de la familia tras la ruptura. No obstante, en su Disposición Final Tercera[509], recogió una verdadera declaración de intenciones respecto a la elaboración de una futura ley de mediación de carácter nacional, operativa en un amplio número de materias, sin limitarla a la familia. Se entiende así el espíritu del legislador de extender el ámbito de aplicación de la mediación, siguiendo las pautas de la Recomendación.

Este fue definitivamente el sentido adquirido por la Ley estatal 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles[510] que resulta de aplicación a numerosas materias de derecho disponible.

Como hemos visto, las primeras leyes autonómicas no hicieron una expresa mención a la mediación como vía aplicable a los conflictos familiares, y mucho menos, al ámbito de la adopción. Independientemente de ello, se ha apreciado una importante evolución. La propia realidad de nuestra sociedad actual aconseja extender la mediación a todos los modelos familiares que van surgiendo en sociedad. Hasta tiempos recientes, el concepto de familia iba aparejado íntimamente a la idea de matrimonio. Es necesaria la inclusión de nuevos conceptos basados en los nuevos modelos familiares como son las familias reconstituidas.

Este cambio evolutivo se vio reflejado en la sucesión de normas autonómicas de mediación que ampliaban las cuestiones de su ámbito de aplicación[511].

Actualmente, en materia concreta de derecho a conocer los orígenes biológicos del hijo adoptado, las numerosas leyes de mediación, con carácter general, hacen un tratamiento expreso del conflicto que pueda surgir entre éste y su familia de origen, o, de igual manera, con la familia de adopción, o entre ambas.

---

[508] BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

[509] Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005: "*El Gobierno remitirá a la cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las Disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas*".

[510] BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

[511] García Presas, I: "*La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*", ob. cit., pág. 139.

En conclusión, el derecho a la identidad de la personas, y de igual manera, su elemento integrador del derecho a saber, es una materia que ha cobrado especial importancia y así se refleja en el concreto tratamiento que recogen estas normas.

c) <u>Tratamiento especial de la mediación en el derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado</u>.

En este aspecto, vamos a partir de la base que la mediación es una figura relativamente novedosa en el derecho español. A pesar de esto, España ya cuenta con una aplicación amplia que puede traducirse en un consolidado ejercicio[512]. Si a esto le añadimos que el reconocimiento del derecho del hijo adoptado a conocer su filiación biológica no supera los diez años de existencia, entendemos que ambas cuestiones pueden avanzar en una síntesis de conexión unitaria.

Partimos de la base de que la mediación no debe alejarse en ningún caso de la aplicación de sus pilares. La imparcialidad, neutralidad, voluntariedad y confidencialidad, no pueden quedarse inoperables.

España es un país donde la adopción ha sido claramente protagonista[513] en las relaciones familiares. El número de adopciones internacionales en los últimos años ha sido evidente.

Teniendo en cuenta las especialidades que presenta este tema, no sólo a nivel jurídico, sino también psicológico y afectivo, es conveniente que la figura del mediador esté familiarizado con los conceptos propios de la adopción y sus aristas[514]. Hay que ser consciente de que el adoptado que inste un proceso de mediación generalmente sufre un sentimiento de reproche por el abandono sufrido. De igual forma, no es extraño que

---

[512] Vázquez de Castro, E: "*El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar*": en "*Nuevos retos de la maternidad y maternidad en el Siglo XXI*", Comares, 2015, pág. 1 (en prensa). Opina el autor que en el ámbito familiar ha sido el primero en el que se introdujo la mediación y en el que se reguló su ejercicio.

513 En palabras de Ledesma del Busto, J., a pesar de habernos convertido en el segundo país del mundo (por detrás de Estados Unidos) en que más procesos de adopción se tramitan a través de la figura de la adopción internacional, todavía estamos aprendiendo: en "La mediación familiar en la búsqueda de los orígenes". MM, Mundo Mediación, Expertos en Mediación Familiar, Revista digital, núm. 7, 2012, pág. 1. http://www. mundomediacion.es/revista-10-edicion-7/3/vivir-la-mediacion/27-la-mediacion-familiar-en-la-busqueda-de-los-origenes. Consultado el 25 de noviembre de 2015

[514] En este sentido, Vázquez de Castro, E., señala que, en cuanto a la formación específica que debe tener el mediador es una realidad que cuando cuenta con conocimientos jurídicos suele mostrar carencias en el aspecto psicológico que se procede generalmente al tratar al menor en los procesos de mediación relativos a crisis de matrimonios. De igual forma, cuando el mediador está formado en psicología, su falta de conocimientos jurídicos puede hacerle sentirse incómodo ante el indiscutible contenido técnico que lleva aparejada la mediación: en "*El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar*": en "*Nuevos retos de la maternidad y paternidad en el Siglo XXI*", ob. cit., pág. 1.

también pueda sentirse desleal a su familia de adopción por el inicio de la búsqueda de sus progenitores biológicos. Creemos que, en base a estas razones, es conveniente que el mediador esté preparado en mediación psicológica.

La experiencia de Ledesma del Busto[515] en esta materia nos indica que con carácter general, un mediador familiar que actué en un procedimiento en el que intervenga un hijo adoptado, seguramente tendrá que tener en cuenta la aparición de los siguientes conflictos:

a.- Casos se matrimonios o parejas que se separan o divorcian habiendo hijos adoptados.

b.- Conflictos con el hijo adoptado en edad adolescente.

c.- Problemas en la convivencia entre hijos adoptados e hijos biológicos de un mismo grupo familiar.

d.- Búsqueda de orígenes del adoptado en edad adulta.

e.- Restablecimiento del contacto familiar con la familia de origen.

Centrándonos en el ejercicio del derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado, actualmente partimos de un dato positivo. Como hemos señalado a lo largo de este capítulo en España hemos prácticamente logrado implantar con normalidad que los padres adoptantes sean conscientes de la necesidad de informar a su hijos sobre su condición de adoptados. Esta información es muy normal que vaya arrojándose "a pinceladas", de forma paulatina a los largo del tiempo. Como es evidente, en función de la edad, de la madurez y del crecimiento evolutivo, se va ampliando la información relativa a los orígenes. De esta forma, es habitual que el hijo adoptado llegue a la adolescencia con la información, al menos en gran parte, asumida.

Independientemente de lo anterior, por desgracia y aunque sean lo casos más aislados, no siempre sucede así. Todavía se dan supuestos de personas adoptadas que no

[515] Jaime Ledesma del Busto es psicopedagogo, educador especial y mediador familiar, especializado en procesos de adopción y post-adopción. Su carrera profesional está centrada fundamentalmente en la aplicación de la mediación en la búsqueda de orígenes biológicos del adoptado adulto. Es miembro activo de la Asociación "La voz de los adoptados". Autor del libro, junto a Ana Berastégui y al ya nombrado abogado Enrique Vila, "*Mediación familiar en la búsqueda de orígenes: el encuentro con mi espejo biológico"*. Edit. Grupo 5, Madrid, 2012. Opina el autor que el mediador que actué en un proceso relativo a búsqueda de orígenes biológicos debe estar preparado en conocimiento psicológicos adecuados para capear los sentimiento de tristeza y pena que muchos adoptados pueden experimentar a los largo del proceso.

son en absoluto conscientes de su origen y condición hasta que un tercero, generalmente un miembro del círculo familiar o social, le descubre la verdad de su origen. Como hemos indicado, es muy probable que ante este tipo de situaciones surjan complicadas dificultades en relación entre el hijo adoptado y sus progenitores de adopción.

Es importante dejar constancia de que el mediador no se puede convertir en un subrogado de los padres que asuma sus responsabilidades en esta cuestión. El mediador debe aconsejarles, guiarles desde la imparcialidad y neutralidad. Se busca llegar a una solución[516] en la que todas las partes intervinientes puedan sentirse cómodos y conformes.

* Teniendo en cuenta que el artículo 180 CC permite la solicitud de búsqueda tanto a personas mayores de edad como a menores, junto a sus representantes legales, entendemos necesario analizar la cuestión relativa a <u>la participación del menor de edad en el proceso</u>:

En este sentido, a nivel general, la presencia del menor en el proceso de mediación es una cuestión aún por resolver. Autores como Vázquez de Castro[517] opinan que es curioso que la doctrina y la ley hayan admitido la mediación para intervenir en las rupturas de parejas con hijos menores y que, por el momento, no existan pautas suficientes para resolver este planteamiento[518].

Nuestras Leyes autonómicas de mediación se refieran en términos muy generales al interés superior del menor, pero no tratan el papel concreto que a éste debe

---

[516] En la misma línea de opinión se expresan Bernal Samper, T:"*La mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja"*, ob. cit., pág. 85; y Belloso Martín, N: "*Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas*". Estudios sobre la mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León", 2006, pág. 69. Aunque lo lógico es pensar en que el principal objetivo de la mediación estriba en conseguir llegar a un acuerdo, eso no es del todo cierto. Menciona Belloso Martín, que los objetivos que puede tener la mediación pueden ser: a) facilitar que se establezca una nueva relación entre las partes en conflicto; b) aumentar el respeto y confianza entre las mismas; c) corregir las percepciones e informaciones falsas que puedan tener en relación al conflicto y/o entre los implicados; d) crear un marco que facilite la comunicación entre las partes y la trasformación del conflicto.

[517] Expresa Vázquez de Castro, E, que esta ausencia de criterio relativa a la participación del menor de edad en el proceso es una cuestión ya resulta en otros países como Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelanda o Canadá. La referencia la hace a procesos matrimoniales pero entendemos que tienen perfecta cabida en el derecho a conocer los orígenes biológicos. De esta forma, matiza que existen dos sistemas apropiados consolidados: el "*Child-focused*", en el que se conocen las necesidades del menor con una intervención indirecta, y el "*Child-Inclusive Intervention*" donde se integra al menor de edad a través de una participación puntual con el fin de que exprese sus deseos sobre la situación relativa a sus padres: en "*El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar*": en "*Nuevos retos de la maternidad y maternidad en el Siglo XXI*", ob. cit., pág. 1.

[518] La Ley 15/2009, de 22 de julio, de Medicación, sí hace mención expresa a esta cuestión pero no da las pautas de regulación.

otorgársele en el proceso. A pesar de que la mayoría de ellas hablen en primer lugar de cuestiones relacionadas con crisis matrimoniales, la flexibilidad y el carácter informal de la figura hacen que cualquier cuestión relacionada con la patria potestad tenga cabida en ella.

Siendo cuestiones que afectan directamente al menor y a su proyección de vida, entendemos que no es adecuado apartarlos del proceso. Mucho más justificado está lo anterior en supuestos relativos a adolescentes de dieciséis años. Si la Ley les ampara para emanciparse o para contraer matrimonio, creemos que su participación activa en el procedimiento debe ser esencial. Los hijos a fin de cuentas son los verdaderos protagonistas y, en consecuencia, la solución definitiva no les resulta indiferente[519].

A pesar de lo anterior, entendemos que la cuestión puede quedar solventada con aplicación de artículo 12 de la Convención de los Derechos del niño, a través del cual les reconoce el derecho a expresar su opinión en los aspectos que le afecten, siempre en función de su edad y madurez.

* Para analizar la figura de la mediación encaminada a los procesos de búsqueda de orígenes biológicos, vamos a compartir las líneas de aplicación seguidas por Ledesma del Busto:

El autor parte de la base de que debemos arrancar desde la idea de que ningún mediador, ni ningún otro profesional, puede ser el responsable de la revelación de los orígenes biológicos respecto a una persona adoptada. Esta es de exclusiva competencia de los padres y sólo a ellos les corresponde.

Independientemente de lo anterior, el mediador sí podrá acompañar a éstos en los momentos duros que puedan surgir durante el proceso. Probablemente el hijo adoptado pueda vivir situaciones complicadas al verse en el medio de su familia legal y de sus parientes naturales.

Estamos de acuerdo en que el mediador, por tanto, será el nexo de unión entre el hijo adoptado y a la madre o familiar biológico. Ningún dato de los que le aporten las partes podrá ser trasladado al otro sin su consentimiento[520]. La confidencialidad es una

[519] Vázquez de Castro, E: "*El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar*": en "*Nuevos retos de la maternidad y maternidad en el Siglo XXI*", ob. cit., pág. 10.

[520] Vázquez de Castro opina que el mediador generalmente, en asuntos de mediación entre padres e hijos, solo le va a transmitir a la otra parte la información que realmente crea necesario que debe conocer: *El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar*": en "*Nuevos retos de la maternidad y maternidad en el Siglo XXI*", Comares, 2015, pág. 10 (en prensa).

garantía que posibilita que la familia biológica acepte participar en el proceso.

Una cuestión fundamental será asegurar a las partes que se respetará tanto su espacio, sus tiempos y su intimidad. El adoptado no debe aparecer de repente en la vida de familiar biológico, ni a la inversa. De igual forma, puede ocurrir que alguno de ellos se quiera involucrar demasiado y el otro no. Muchas veces, los partícipes en un proceso de mediación relativo a búsqueda de orígenes ponen demasiadas esperanzas en cuanto al resultado del proceso[521].

Como afirma Ledesma, *"estos procesos de mediación son largos y muy delicados. Aunque haya habido una correcta transmisión de información a lo largo de la vida del adoptado, durante el procedimiento es probable que surja el deseo del hijo de contactar o reencontrarse con su familia natural. Por esta razón se estima conveniente que la mediación ya esté presente en el mismo momento de tomar la decisión de búsqueda. Es necesario un proceso de preparación anterior a la búsqueda activa. Será en esta fase previa en la que deban exponerse los sentimientos de cada uno, sus necesidades, os temores y miedos, tanto de la familia adoptiva como del hijo*[522].

Resulta necesario realizar una completa construcción de su identidad. Muchos adoptados sienten que esa identidad se confirma por el hecho de conocer más datos de su historia, su lugar de nacimiento, existencia de posibles hermanos[523], etc… El hecho de que el adoptado comience la búsqueda de sus orígenes no significa que entre sus intenciones esté sustituir a la familia de adopción ni reconstruir con sus familiares biológicos una relación familiar[524]. Al contrario, el hecho de que decida compartirlo con su familia de adopción resulta absolutamente positivo.

* Fases a seguir en el proceso de mediación:

1.- Preparación previa:

En esta fase el mediador dejará claras las bases con el solicitante del proceso. Se concretarán las pretendidas intenciones, y alcance de las mismas. En esta fase pueden participar los padres y la familia de adopción.

---

[521] Ledesma del Busto, J:" *La mediación familiar en la búsqueda de los orígenes*", ob. cit., pág. 4.
[522] Ibídem, pág. 8.
[523] Ibídem, pág. 4.
[524] Abalo Gandía, M:" *Reportaje III: El derecho a la información del hijo adoptado y la búsqueda de la familia biológica*".http://www.elbebe.com/adopcion/reportaje-derecho-informacion-del-hijo-adoptado-y-busqueda-familia-biologica Consultado el 17 de octubre de 2015.

Vamos a partir del hecho de que con anterioridad al inicio del proceso de mediación, ya se ha accedido, a través de los Entidades Públicas correspondientes, al expediente de adopción. En este momento, ya se cuenta con la identificación de la madre, o padres biológicos[525]. En los casos en los que la mediación se inicie en el servicio otorgado por la correspondiente Administración Pública[526], puede que el mediador, de momento, sea el único conocedor de la identidad de los familiares biológicos.

De igual forma, hay que poner de manifiesto que, como se ha visto, en algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Castilla y León[527], existen servicios especializados en búsqueda de orígenes biológicos en relación con los hijos adoptados. En esta Comunidad se ofrece asesoramiento y mediación a estas personas.

2.- Contacto con la familia biológica:

Esta es, sin duda, la fase más importante. Una vez que el adoptado tiene claras las ideas y ha decidido hasta dónde quiere llegar con el proceso, el mediador contactará con la familia biológica. Debe explicar con cautela y calma la situación creada transmitiendo tranquilidad. Hay que contar con que el primer contacto generalmente suele realizarse con la madre biológica. Siempre con respeto a los principios básicos de la mediación, se pedirá su consentimiento para seguir adelante y hacer fructífero el encuentro[528].

---

[525] Como sabemos, esto no podrá ocurrir siempre puesto que, con anterioridad al año 2007 en el que se reconoce este derecho, existían en España situaciones que han dificultado en el futuro el acceso a las informaciones relativas a la identidad de los padres biológicos: Existencia legal del parto anónimo hasta el año 1999, registros hospitalarios o religiosos de adopciones extraviados o destruidos, casos de "niños robados" donde no constaba la identidad de la madre biológica etc… De igual forma, en algunos casos de adopción internacional, dependerá del país de origen del hijo y de sus legislaciones nacionales. Por ejemplo, en el caso de China no suele aparecer en la partida de nacimiento el nombre de la madre.

[526] Dándose cumplimiento a lo recogido en el art. 180. 5 y 6 CC, y en el art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional que exigen a las Entidades Públicas aportar información relativa a la adopción y a sus partícipes, así como prestar los servicios de ayuda, asesoramiento y mediación.

[527] Castilla y León, ofrece un servicio público destinado a la búsqueda de los orígenes biológicos de personas adoptadas. Su objeto descansa en proporcionar un servicio de asesoramiento y mediación a personas adoptadas, mayores de edad y residentes en Castilla y León. Entre sus funciones están dar información y orientación, con carácter previo al ejercicio del derecho, sobre las consecuencias y trascendencia de dicho ejercicio. Informar y orientar, de igual manera, a los miembros de la familia biológica sobre el deseo del hijo adoptado, y saber si acepta y autoriza un encuentro entre ambos. También se ocupan de la investigación y localización de la familia biológica y de la facilitación del contacto. Este servicio también otorga servicio a las familias biológicas que un día entregaron a su hijo en adopción y en la actualidad quieren conocer algún dato sobre él. Se les da la posibilidad de inscribirse bajo anotación registral. http://www.tramitacastillayleon.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionesElectronica/es/Plantilla100Detalles/1251181054765/_/1264142153693/Tramite. Consultado el 3 de enero de 2015.

[528] Ledesma del Busto, J:" *La mediación familiar en la búsqueda de los orígenes*", ob. cit., pág. 5.

En el caso de que la madre o familiar de origen muestre su deseo de no comenzar proceso alguno habrá que respetarlo y resignarse. El adoptado debe haber sido también preparado para ello con carácter previo.

En el caso de que la madre o familiar de origen decidan intentarlo deberá otorgársele un tiempo de preparación necesario antes de propiciar un encuentro.

3.- Intercambio de información a través del mediador:

Esta fase constará de las evidentes preguntas y respuestas que las partes quieran realizar. La información para ambos podrá ampliarse a través del intercambio de fotografías o cartas. Esta fase puede resultar difícil por lo que el mediador tendrá que actuar dependiendo del estado emocional que esos datos hayan causado en las partes[529].

4.- Planteamiento del encuentro físico entre adoptado y madre o familiar biológico:

Las partes por separado, tendrán que plantear junto al mediador las expectativas concretas de cada parte, así como definir la relación que pretendan llevar en un futuro.

5.- Encuentro físico entre el hijo adoptado y su madre o familiar biológico:

En opinión de Ledesma del Busto, en algunos casos, puede resultar interesante redactar una especie de convenio regulador[530] en el que las partes se comprometan a respetar tiempos pautados, horarios de visitas, pautas de contacto telefónico. Lo anterior es conveniente cuando una de las partes haya asumido el encuentro con mayor intensidad que el otro.

Hay que tener en cuenta que, en ocasiones, no se trata tanto de un proceso de búsqueda de orígenes sino del restablecimiento de contacto con la familia de origen. Existen multitud de adopciones que se producen cuando el niño ya cuenta con una determinada edad y, por tanto, recuerda a sus familiares de origen. En este caso se cuenta de antemano con la información relativa a la identidad de los mismos.

En conclusión, entendemos que el cauce de solución basado en la mediación es el más apropiado para afrontar estas situaciones. Enfrentarse en solitario a esta complicada situación puede resultar contraproducente.

[529] Ledesma del Busto, J:" *La mediación familiar en la búsqueda de los orígenes*", ob. cit., pág. 5.
[530] Ibídem, pág.6.

2.- <u>Creación de un Registro Nacional de Consentimiento de Voluntades en la Adopción</u>.

Otro de los cauces que entendemos muy apropiado para aplicar a esta materia consistiría en la creación de un Registro Nacional de Adopciones. De esta forma, todos los procedimientos de adopción quedarían registrados de forma unitaria, facilitando enormemente la tare de búsqueda. Los datos registrados en las respectivas Comunidades Autónomas quedarían a su vez agrupados en un Registro Nacional.

Tal y como hemos visto con ocasión del análisis del derecho comparado, países como Estados Unidos o Reino Unido gozan de este tipo de Registros con el fin de que, tanto los hijos adoptados, como las personas que en su día entregaron a su hijos en adopción, puedan inscribirse en él, aportando expresamente su consentimiento al encuentro entre ambos. Entendemos que la instauración de un organismo del tipo del "*Mutual Consent Registry*" norteamericano, o del "*Adoption Contact Register*" británico, es una opción muy valiosa en materia de adopción[531].

De esta forma, el primer paso en el proceso de búsqueda pasaría por consultar los datos de este Registro y comprobar si la familia biológica ha prestado su voluntad al encuentro. Esta información facilitaría mucho la búsqueda y, a su vez, aclararía las expectativas que las partes puedan haber imaginado al respecto.

Recordemos que los familiares biológicos no podrán en ningún caso ser obligados a tomar contacto de ningún tipo con el hijo biológico. Una cosa es que sea obligación legal proporcionar al hijo adoptado su identidad y, otra muy distinta, es que ese derecho a conocer los orígenes biológicos lleve implícita la obligación de contacto o encuentro entre las partes.

10.- <u>Conclusiones</u>.

Para sintetizar todo lo analizado en este capítulo dedicado a la adopción debemos decir que, en España, durante décadas, el tema relativo a la adopción fue una cuestión tabú que se mantenía en secreto en el más íntimo círculo familiar. El deseo del hijo adoptado de conocer su origen estaba visto como un fracaso de la adopción, incluso, como una traición a los padres legales. La tradición jurídica española ha

[531] Tal y como se verá en el próximo Capítulo, en Estados Unidos también existe el "*Donor Sibling Registry*", un Registro en la red dedicado a poner en contacto a hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, con material reproductor donado, con sus padres genéticos (donantes). De igual forma, estos Registros en materia de reproducción asistida heteróloga existen en países como Reino Unido, Australia (Victoria), Nueva Zelanda o Irlanda ("*Donor Conceived Person Register*").

consistido en la expresa prohibición de investigar los orígenes naturales, al entenderse como una figura irrevocable, en interés del menor. Prueba de lo anterior es que nuestra legislación registral contempló la figura del parto anónimo hasta que el T.S, en el año 1999, declaró su inconstitucionalidad sobrevenida, por atacar el contenido del artículo 39.2 CE que reconoce el principio a la libre investigación de la maternidad.

Ya a finales del Siglo XX, principios del XXI, la sociedad española, tras una evolución paulatina en la materia, ha entendido que el hijo adoptado siente unas necesidades comunes y que el Estado tiene el deber de cubrirlas y respetarlas. Tras acreditarse, a través de estudios e investigaciones de referencia nacional e internacional, que el hijo adoptado siente un vacío en su identidad que puede acarrearle males personales, y que vulnera su derecho a la dignidad, a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad, el legislador, finalmente, se planteó proteger esos derechos.

La anterior legislación, imponía a los intervinientes y a la Administración competente en los procesos de adopción un deber de confidencialidad que impedía investigar al adoptado sobre sus propis orígenes. De igual forma, el sistema registral de adopciones instaurado con ocasión de la Instrucción de la DGRN, de 15 de febrero de 1999, no permitía, en todos los casos, poder acceder a la partida original de nacimiento solicitada por el adoptado.

A pesar de lo anterior, a finales de la década de los noventa, los tribunales españoles empezaron a alterar la balanza tradicional, reconociendo la supremacía del derecho a la identidad de los hijos adoptados, frente al derecho a la intimidad de los progenitores biológicos. Para ello se fundamentaba en derechos constitucionales e instrumentos internacionales asumidos por España. De igual forma, la jurisprudencia arrojada en este aspecto por el TEDH, fue decisiva.

Finalmente, fruto de todo lo anterior, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional, consiguió finalmente el reconocimiento expreso del derecho a la búsqueda de los orígenes biológicos del adoptado. En consecuencia se redactó el artículo 180.5 CC.

Con independencia de lo anterior, una vez reconocido legalmente este derecho, hay que marcar los cauces para lograr su eficaz ejercicio. La legislación española ordena a las Entidades Públicas que custodien los expedientes de adopción y su información. A

su vez, tendrán la obligación de proporcionar esta información siempre que el hijo adoptado, mayor de edad, o menor en compañía de su representante legal, así lo requieran. Estas Entidades deben, a su vez, proporcionar los servicios de asesoramiento, ayuda y mediación en esta búsqueda de orígenes.

Para lo anterior, proponemos la vía de la mediación para solventar los conflictos que puedan surgir entre los intervinientes o afectados en el ejercicio de este derecho. Así se determina en las propias Leyes autonómicas de Mediación.

De igual forma, se propone la creación de un Registro Nacional de Adopciones donde se custodie de forma unitaria todo la información nacional aportada por las Comunidades Autónomas, al ser estas competentes en materia de adopción. En este Registro, los hijos adoptados y las familias biológicas podrán registrar su consentimiento al contacto con el familiar de referencia. Esto facilitaría enormemente la labor.

CAPITULO IV

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (I) Y EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS Y GENÉTICOS

1.-Cuestiones previas sobre las técnicas de reproducción humana asistida

El derecho a la identidad genética descansa en la facultad de una persona para poder acceder a un conocimiento veraz y certero acerca de la información relativa a sus propios orígenes genéticos[532]. Desde la década de los setenta, con ocasión de la aparición de las técnicas de reproducción asistida, se ha producido una revolución procreadora que ha derivado en el hecho de que ya no siempre tendrá que coincidir el origen genético con el biológico. Nos referimos, en concreto, a nacimientos derivados de técnicas reproductivas en las se ha utilizado material genético aportado por donante (heterólogas). La utilización para la fecundación de óvulos o de esperma donado, significa que el ascendente genético será precisamente el donante del mismo y, de igual forma, el ascendente biológico será la mujer que alumbre al niño.

Por lo que respecta al uso de estas técnicas reproductivas, no podemos olvidar la inclusión en las mismas de la polémica figura de la gestación por sustitución, también denominada maternidad subrogada. Como veremos en el capítulo siguiente, esta técnica consiste en que una mujer, generalmente a través de la aplicación de técnicas artificiales en las que ha mediado material genético aportado por mujer distinta, acepta quedar embarazada con el fin de gestar y alumbrar un hijo que entregará a una persona o pareja comitente[533]. En todo caso, la gestante renuncia a cualquier inscripción o derecho en relación con el recién nacido. Partiendo de lo anterior, a través de esta figura, una persona puede ser descendiente genético de una mujer (la aportante del óvulo utilizado en la fecundación) y, sin embargo, ser hijo biológico de otra mujer distinta, la cual le gestó y alumbró a partir de la implantación en su útero del óvulo de la primera. En este

[532] Romero Coloma, A: "*La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos*", ob. cit., pág. 1.
[533] Díaz Romero, M.R. "*La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*" Diario La Ley, núm. 7527, Sección Doctrina, 2010, pág.1.

caso, la madre biológica, a pesar de parirle, no será determinada como madre legal. En relación a lo anterior, podría irse todavía más allá. Podría darse el supuesto de la concurrencia de una tercera mujer quien, a través de la institución de la adopción, se hubiera convertido en madre legal y social de ese hijo. En este caso podríamos hablar de tres modalidades de maternidad, la genética, la biológica y la legal.

Independientemente de lo anterior, es una realidad que hace décadas únicamente era posible la reproducción lograda a partir de una relación sexual. No se contemplaba más opción que, el varón que había generado el embarazo a través de la práctica de relaciones sexuales con la madre biológica, era el padre biológico y genético[534]. De igual forma, la mujer que desarrollaba un embarazo era forzosamente la única madre genética de ese niño al haberse fecundado a partir de su propio óvulo[535].

El panorama reproductivo que estamos viviendo en la actualidad ha dado el pistoletazo de salida a otra de las grandes revoluciones en materia de filiación y, por tanto, en derecho de familia. La anterior etapa culminó con la institución de la adopción tal y como la concebimos hoy en día. La presente, está aún en desarrollo. Está claro que la ciencia y los avances en biomédica van más rápido que el derecho. Gracias a estos descubrimientos en materia de reproducción asistida han venido al mundo millones de niños que, de otra forma, nunca hubieran llegado a existir. Las situaciones logradas gracias a estas prácticas reproductivas, hace años resultaban sencillamente impensables. Hoy todo ello es posible gracias a estos imparables avances de la ciencia biomédica.

El día 26 de julio de 1978, tuvo lugar el nacimiento de Louise Brown[536], conocida como "*la primera niña probeta*". En realidad se trata del primer bebé humano

---

[534] Sostiene Ordás Alonso, M., que la aparición de técnicas de reproducción asistida de tipo heterólogo ha supuesto una profunda crisis en la visión binaria de la filiación natural y la adoptiva. Esto trae como consecuencia la necesidad de introducir un nuevo mecanismo de determinación de la filiación basado en el criterio de la voluntad procreacional, y su extensión a través del consentimiento informado. En: "*El derecho a la identidad versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida*", ob. cit., pág. 15. En esta línea están autores como Lamm, E: "*La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida"*. Revista de Bioética y Derecho, núm. 24, 2012, pág. 87; Roca Trías, E: "*Filiación asistida y protección de derechos fundamentales*", ob. cit, pág. 3; Kemelmajer de Carlucci, A, Herrera, M, Lamm, E: "*Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción asistida*". Revista de Derecho Privado, núm. 1, Argentina, 2012, pág. 5,

[535] Lamm, E: "*La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*", ob. cit., pág. 80.

[536] Louise Brown fue el primer bebé nacido como resultado de los experimentos realizados por el profesor Robert Edwards y el doctor Patrick Steptoe, pioneros británicos en la técnica de unión de un espermatozoide y un óvulo para obtener un cigoto en laboratorio para posteriormente implantarlo en un útero femenino. Después de casi treinta años, Louis Brown ha afirmado sentirse orgullosa de tener la distinción de ser la "primera niña probeta". Afirmó que se enteró de este hecho a la edad de cuatro años y

nacido mediante la práctica reproductiva de la fecundación in vitro. En aquél momento se produjo un inevitable debate público sobre la pertinencia moral o no de esas nuevas formas de entender la procreación. El motivo de la polémica descansaba en la lejanía de estos novedosos métodos reproductivos del, hasta el momento, únicamente conocido proceso natural de procreación. Los miedos y reticencias ante lo desconocido, las reflexiones sobre una posible ciencia "*contra natur*a", no se hicieron esperar.

Los cambios sociales, el desarrollo tecnológico y la investigación científica, asociados a la reproducción y a la sexualidad, avanzan no exentos de polémica y a diversos ritmos, dependiendo de las distintas maneras de entender y afrontar los múltiples aspectos que convergen. Estos factores son de índole científica, ética, sociológica, psicológica, jurídica, económica y cultural[537]. Estas novedades científicas ponían en cuarentena la concepción de muchos derechos entendidos hasta la fecha dentro de un entorno sociocultural concreto. Con independencia de lo anterior, no podemos obviar que los derechos "*no nacen todos en un momento, nacen cuando deben o pueden nacer*"[538].

Esta nueva situación social planteaba la necesidad de un nuevo marco normativo en el que incluir, proteger y limitar estos nuevos derechos reproductivos y sexuales. De igual forma, se incluían planteamientos varios relacionados con el derecho a formar una familia[539]. No hay duda de que entran en juego situaciones de conflicto o coexistencia con otros derechos tales como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal, la integridad moral, física y psíquica, los derechos propios del niño y, como no, de igual forma, el derecho a la identidad.

---

se siente contenta de que sus padres recurrieran a este método para engendrarla, así como de que repitieran la experiencia para el nacimiento de su hermana menor, Natalie.: "*La Revolución Sexual*". http://16revolucionsexual.blogspot.com.es/2009/04/6-la-segunda-revolucion-sexual-html.

[537] Sánchez Martínez, Mª. O: "*La incidencia de la reproducción humana asistida en el ámbito familiar y los derechos de sus integrantes*": en "*Problemas actuales de derecho y salud. Perspectivas desde España y Latinoamérica*". Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida, Comares, 2014, pág. 49.

[538] Bobbio, N: "*El tiempo de los derechos*", trad. R de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, pág. 18, En Sánchez Martínez, Mª, O: "*La incidencia de la reproducción humana asistida en el ámbito familiar y los derechos integrantes*", ob. cit., pág. 51.

[539] Entiende de Verda y Beamonde, J.R, que la libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión, de concebir o no a un hijo. De esta libertad no surge el derecho a exigir a los poderes públicos que hagan efectiva la pretensión de tener un hijo. Tampoco existe el derecho a exigir al Estado el acceso a las Técnicas reproductivas para proteger los intereses de los usuarios. Entiende legitimo la limitación al acceso a estas técnicas con el fin de proteger los intereses de los niños que van a nacer. Sitúa este interés en nacer en una familia donde pueda desarrollar su personalidad de la manera más plena posible: "*Reproducción humana asistida*", ob. cit., pág. 195.

Como ya hemos analizado anteriormente, la identidad genética[540] es una de las parcelas que componen el derecho a la identidad en su globalidad. Lo anterior significa que, dentro de las muchas celdas individuales que configuran esa identidad (el nombre, apellidos, nacionalidad, sexo determinado etc…), podemos considerar la genética como uno de los pilares principales del mismo, independientemente de la importancia de todos ellos como factores integrantes de una identidad global y completa.

No hay derecho más esencial, por detrás del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, que el derecho a la identidad genética. Este consiste principalmente en el derecho a conocer quiénes son el padre y madre naturales de una persona. Así lo afirma Romero Coloma[541].

Estudios científicos sobre genética han demostrado que los orígenes biológicos o genéticos influyen, al menos en igual medida, que la crianza, en el desarrollo de los rasgos psíquicos de una persona, y no sólo de sus rasgos físicos[542]. Esto significa que nuestro propio ser personal deriva no sólo de los comportamientos, enseñanzas, pautas de conducta y mimetismo adquirido de nuestro entorno social sino que, de igual manera, parten de un contenido puramente genético transmitido por parte de nuestros ascendentes originarios.

Como ya se ha señalado, ante la aparición en la década de los setenta de estas técnicas modernas de reproducción asistida, se incorporó una nueva opción para solventar el problema de la esterilidad. Esta revolución científica que supone la posibilidad de la reproducción sin sexualidad, se refleja por muchos como un paso más en la consolidación de los derechos sexuales y reproductivos, sobre todo, de las mujeres, así como su tremenda incidencia en el núcleo social y familiar Al tiempo que la sexualidad va perdiendo parte de su sentido como acto procreador, las técnicas de reproducción asistida van dando lugar a nuevas estructuras familiares distintas a las tradicionales.[543].

Es en este punto donde surge el interrogante acerca del reconocimiento individualizado de esos derechos sexuales y reproductivos a los que estamos haciendo

[540] Fama, Mª. V: "*El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto del código Civil y comercial de la Nación*", ob. cit., 173.
[541] Romero Coloma, A.M: "*Identidad genética frente a intimidad*", ob. cit., págs. 10-13.
[542] Soler Beltrán, A.C. "*La cuestión del anonimato del donante de gametos*". Noticias Jurídicas. Mayo 2002.http:// jurídicas.com/áreas-virtual/Artículos/45-Derecho%20Civil/200205-256815410231341.html.
[543] Sánchez Martínez, Mª. O: "*La incidencia de la reproducción humana asistida en el ámbito familiar y los derechos de sus integrantes*", ob. cit., pág. 50.

referencia. Estos comienzan su andadura independiente en un marco internacional con ocasión de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer, suscrita en Nueva York el 18 de diciembre de 1979[544]. En el artículo 16.1.e) se recoge que los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para la eliminación de la discriminación contra la mujer, en particular, asegurarán las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, en concreto, entre otras, en la decisión relativa al "*intervalo entre los nacimientos así como a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos*".

Ya con ocasión de la redacción del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, así como en la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, tanto la salud sexual como la reproductiva fueron reconocidos como parte de ciertos derechos humanos ya contemplados en leyes nacionales e instrumentos internacionales, entendiéndoles como un concepto extenso dentro de un estado general de bienestar físico, mental y social. Con esta nueva concepción la salud sexual y reproductiva ya no se limita a ser identificada exclusivamente como una mera enfermedad.

En cuanto al concepto de derecho a la salud, la Organización Mundial de la Salud, alude al problema de la infertilidad y es considerada como "*una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales sin anticoncepción*"[545]. De igual forma, el artículo 25.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, recoge que estas personas tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud, obligando a los estados miembros a proporcionar a estas personas programas y atención de la salud gratuitos y a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva[546].

De acuerdo con lo anterior, la salud sexual y reproductiva no puede por tanto limitarse a la concesión de la libertad de las personas en relación con las medidas legales de anticoncepción o prevención de embarazos no deseados o, en el mismo sentido, en materia de interrupción voluntaria del mismo como consecuencia del

[544] Ratificado por España en fecha 16 de diciembre de 1983 (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984).
[545] http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology/en/.
[546] http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf.

reconocido derecho a una maternidad libremente escogida[547]. Debe incluirse de igual manera, la libertad de elegir tener descendencia así como las medidas de protección necesarias para ejecutar dicha libertad procreativa. Los avances en medicina reproductiva existen y el legislador, para darlos efectividad debe ponerlos en coherencia con el sistema ético y cultural de nuestra sociedad democrática actual.

Como consecuencia de esa revolución tecnológica y reproductiva, muy pronto, en la mayoría de los países desarrollados, se vio la necesidad de abordar una regulación jurídica. En consecuencia a lo anterior, en España se promulgó la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida[548] (LTRA). Esta norma fue una de las primeras normativas en la materia creadas en los países de nuestro entorno cultural y geográfico[549]. De igual forma, esta Ley fue complementada por la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, que no resultó afectada por la posterior Ley reguladora de la materia del año 2006, pero sí por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, que la derogó.

La Ley de 1988, optó por incluir un método consistente en la enumeración cerrada de cuantas posibilidades técnicas eran conocidas en aquél momento, fijando los límites legales de actuación. Esto significó que la norma dejaba fuera de su ámbito de aplicación las nuevas técnicas que surgieron con posterioridad a la entrada en vigor de la anterior. Los avances científicos emergentes carecían de consideración legal expresa y suscitaron la existencia de un vacío jurídico en su tratamiento.

Citada norma experimentó una importante reforma en el año 2003. Como consecuencia de la existencia de los grandes avances científicos que se produjeron en esos años, se intentó dar respuesta principalmente al destino de los preembriones supernumerarios[550]. La original redacción de la Ley de técnicas no fijaba límites al número de óvulos fecundables. En su artículo 4 limitaba la transferencia al útero al "*número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo*". Esto derivaba en que, en la práctica, el número

[547] Así se contempla en la Exposición de Motivos de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de la Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010).
[548] BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.
[549] Esta Ley de 1988 fue complementada por la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos (BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 1988), que finalmente fue derogada por la Ley 14/2007, de julio, reguladora de la Investigación Biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007).
[550] Terminología empleada por la Ley 45/2003 y que introduce en su reforma de la LTRA.

de preembriones obtenidos era frecuentemente superior al de los implantados, destinándose por tanto los preembriones sobrantes a ser crioconservados por un máximo de cinco años. Esta situación provocó en los bancos una problemática acumulación de preembriones viables sobrantes.

Con la reforma introducida, a través de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre[551], se autorizó la utilización de los preembriones ya existentes a la entrada en vigor esta norma, limitando los fines únicamente en materia de investigación e imponiendo condiciones restrictivas al respecto. En cuanto a los preembriones generados con posterioridad al mes de noviembre de 2003, su utilización se determinó únicamente con fines reproductivos y con la limitación de transferir un máximo de tres ovocitos, salvo en los casos en los que lo impidiera la propia patología de los progenitores. Con este límite se pretendía eliminar la generalidad de los sobrantes. Sin embargo, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida insistió en la necesidad de acometer con prontitud una reforma global de la legislación vigente con el objeto de poder sanar las deficiencias y amoldarla a los tiempos.

Con este propósito finalmente se publicó la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida[552] (LTRHA), norma vigente en la actualidad, sobre la que descansará el estudio realizado en este capítulo.

España, como decimos, fue un país progresista a la hora de implantar su regulación relativa a estas técnicas de reproducción asistida. El camino no fue sencillo. Los debates y planteamientos acerca de lo que debía regularse, y de qué forma, dio lugar a importantes debates. Ejemplo de lo anterior, fue la celebración de la Comisión Especial de Estudio sobre la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas[553].

En relación a lo anterior, vamos a analizar los antecedentes que influyeron de manera muy notable en lo que hoy significa en nuestro entorno nuestra regulación en materia de regulación asistida.

[551] BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 1988.
[552] BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.
[553] Congreso de los Diputados. Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987.

2.- Antecedentes a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida: el "Informe Palacios"

Como ya apuntábamos, a lo largo del siglo XX se ha producido una auténtica revolución científica que hace que algunos autores lo califiquen como el "*siglo de la ciencia*"[554]. La reproducción humana asistida así como las técnicas a ella vinculadas se circunscribe a la llamada "revolución biotecnológica" gracias a la algún autor como Núñez de Castro entiende que "*se ha podido entrar en el comienzo, desarrollo y fin de la vida humana*"[555].

La inseminación artificial experimentada de forma ocasional desde finales del siglo XVIII, alcanzó difusión internacional en el siglo XX. En los años 1945 y 1950, aparecieron las primeras noticias sobre la fecundación artificial[556]. Al poco tiempo, además de biólogos y ginecólogos, empiezan a tener interés por el tema juristas, como es el caso de Batlle[557], el cual se planteó la licitud y consecuencias de esas técnicas reproductivas.

Como hemos indicado, en 1978 se produce el nacimiento de Louis Brown. Es precisamente en ese año cuando en España se crea el primer banco de semen. El primer nacimiento en nuestro país a través de la fecundación in vitro se produjo en 1984[558]. Se trató de una niña llamada Victoria Anna, que nació el 12 de julio en el Institut Dexeus de Barcelona.

La creciente práctica de estas técnicas aconsejó proceder a alcanzar una regulación jurídica apropiada en la que los poderes públicos pudieran establecer límites y pautas a la libertad de celebración de las mismas. De esta forma se creó la *Comisión*

---

[554] Souto Paz, J.A:" *El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida*", En "*Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de las reformas*". Dialnet plus, 2006, pág. 187.

[555] Nuñez de Castro, I:"*Respecto a la vida humana y a su integridad personal*". IV Congreso Nacional de Reales Academias de Medicina, Murcia, mayo 1985, pág. 85.

[556] Los americanos John Rock y Myrian Menkin, realizaron las primeras fecundaciones humanas. Estas fueron continuadas diez años después por el Doctor Shettler, aunque en todos estos casos los embriones no sobrevivían por falta de nutrientes. Los británicos, Patrick Steptoe y Robert G. Edwards, el 1972, consiguieron los primeros embarazos en la cavidad uterina con la implantación de embriones pluricelulares.

[557] Batlle, M: "*La eutelegenesia y el derecho*". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, junio 1949. En López, A: "*Presupuestos bioéticos y biojurídicos para una crítica a la Ley española sobre técnicas de reproducción asistida*". http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/12726/1/PD_23_06.pdf. Consultado el 12 de diciembre de 2015.

[558] La primera niña nacida en nuestro país a través de la fecundación in vitro fue Victoria Anna. Nació el 12 de julio de 1984 en el Institut Dexeus de Barcelona, con un peso de 2.470 Kg. Los doctores que intervinieron en el proceso de reproducción fueron Dña. Anna Viega y D. Pedro. N. Barri. http://www.20minutos.es/noticia/2190616/0/primer-bebe-probeta-espana/victoria-anna/cumple-30-anos/

Especial de Estudio sobre la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas[559] con el objeto de poder ofrecer al legislador un estudio de calidad acerca de los problemas que se ocasionaban en relación a estos avances tecnológicos. A través de la elaboración de recomendaciones podía instruirse al legislador y orientarle con el fin de crear un marco legal adecuado y necesario. Esto permitió situar a España a la cabeza, convirtiéndose en uno de los países pioneros en la regulación de esta materia.

Esta Comisión Especial contó con un representante de cada uno de los grupos parlamentarios[560] existentes en el Congreso de los Diputados y fue presidida por el parlamentario del Grupo Socialista, D. Marcelo Palacios Alonso. Este dato refleja que el informe final de la Comisión sea conocido como "*Informe Palacios*". De igual forma, se invitó a participar a treinta y seis personalidades de varias áreas de conocimiento como biólogos, ginecólogos, juristas, filósofos. Finalmente el informe fue debatido y aprobado por el Pleno del Congreso en fecha 10 de abril de 1986[561]. Ponemos de manifiesto que esta Comisión, concretamente en su Plan de Trabajo con el que se inició se decía expresamente "Sin duda, estas técnicas conllevan la "*incógnita de su futuro imprevisible*" y añadió "*Es seguro, entonces, que algunas de las recomendaciones de este Informe no serán excesivamente duraderas y que muy probablemente, el progreso científico y las reacciones sociales incorporadas determinarán su revisión y puesta al día…*"[562].

Ante los avances de la ciencia biomédica, los propios científicos alertaron del peligro que suponía las investigaciones científicas sin limitaciones y los riesgos que se corrían en el caso de dejar únicamente en manos de la comunidad científica. La Comisión estableció la necesidad de abordar el tema desde el punto ético, que incorporara y representara los mínimos éticos racionales e indispensables para proteger la dignidad de la sociedad. Se concluyó que esa ética debía ser considerada desde el respeto al conjunto de los principios que se deducen de la Constitución Española. En

[559] Inicialmente se denominó "Comisión Especial de Estudio sobre la Fertilización Extracorpórea", a través del Acuerdo de la Cámara de fecha 2 de noviembre de 1984, pero la restricción de esta denominación hizo que cambiara de nombre.

[560] La Comisión Especial estuvo integrada por Marcelo Palacios Alonso (Presidente; Partido Socialista), Isaías Zarazaga Bruillo (Vicepresidente; Minoría Catalana), Ana Gorroño Arrizabalaga (Vocal; Partido Nacionalista Vasco), Manuel Núñez Pérez (Vocal; Grupo Parlamentario Centrista) y Agustín Rodríguez Sahagún (Vocal; Grupo Mixto Centro Democrático y Social).

[561] http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI2&PIECE=IWI2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=2-2&QUERY=(I).ACIN1.+%26+(150).SINI.

[562] Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas. Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, pág. 23.

relación a esta cuestión, en este Informe se citaron principios tales como la libertad de la persona y derechos fundamentales como la igualdad y la no discriminación, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a contraer matrimonio, la protección social, económica y jurídica así como el derecho a la salud.

Respecto al debate celebrado en la Comisión, en relación al interrogante relativo a quiénes deberían ser calificados legalmente como los usuarios de estas técnicas, se dieron varias percepciones. El punto de partida se sitúo en el concepto de "familia", entendida, desde un punto de vista constitucional, como una institución unida íntimamente al concepto de "matrimonio". De igual forma, el debate alcanzó a la inclusión del concepto de "pareja estable". En la propuesta final, el Informe Palacios advirtió de que lo más común era considerar a la pareja heterosexual[563] como el ámbito más idóneo para encuadrar los procesos de procreación humana.

En relación a esto, también se invitó a la reflexión teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, por el interés superior del menor, se reclamaba la separación de los padres con el objeto de aportar al hijo un equilibrio en su desarrollo. Esto ponía en duda que la pareja heterosexual proporcionara ese equilibrio armónico entendido como un pilar universalmente válido. Esto significa que no resulta indubitado que el niño necesite obligatoriamente un padre y una madre, aunque esta se contemple como opción más deseable.

Participantes de esa Comisión como Souto Paz, defendieron que "*lo que es posible desde un punta biológico debe serlo también desde un punto de vista social y jurídico*"[564]. De esta forma, entendió que tanto la pareja institucionalizada, como la pareja de hecho o la mujer soltera, debían tener derecho a acceder a estas técnicas reproductivas[565].

---

[563] Estando ya en el Siglo XXI la cuestión de la homosexualidad como posible crítica o desventaja a la hora de criar un hijo entendemos que está casi superada en nuestro ordenamiento jurídico que permite la doble filiación paterna (adopción) y la doble filiación materna (adopción y TRHA). El TEDH, en el caso Schalk y Kopf contra Austria, a través de la sentencia de 24 de junio de 2010, señaló que resulta artificial mantener la opinión de que, a diferencia de una unión de diferente sexo, una pareja homosexual no pueda disfrutar del concepto de vida familiar para los propósitos del art. 8 de la Convención. En este sentido la STEDH, en el caso Salgueiro da Silva Mouta, de 21 de diciembre de 1999, contra Portugal se pronunció de igual forma.

[564] Souto Paz, J.A:" *El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida*", En "*Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de las reformas*", ob. cit., pág. 191.

[565] Opina De Verda y Beamonte, J. R., que al permitir la Ley española sobre reproducción asistida acceder a estas técnicas a mujeres solteras difiere con otras legislaciones como la italiana en las que estos

Finalmente este fue el criterio que se adoptó en la Comisión. Se interpretó que la maternidad gestacional se superpone a la maternidad genética. De esta forma, la mujer que lleva a cabo la gestación será la madre, independientemente de la verdad genética. La materialización de lo anterior en el texto de la posterior LTRA de 1988, se realizó a través del artículo 6 en el que se recogió que "*Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años y plena capacidad de obrar*". Únicamente en el caso de estar casada, y no encontrarse separada o divorciada legalmente, se estableció la necesidad del consentimiento del marido. Hay que indicar que la posterior LTRHA de 2006, reprodujo prácticamente este artículo. Únicamente, en relación con la falta de consentimiento del marido, se añadió la separación de hecho.

Otro punto importante de este Informe fue el relativo a la inclusión de las técnicas de reproducción con material genético aportado por donante. Se concluyó que tanto en la fecundación in vitro como en la inseminación artificial se podrán utilizar gametos o preembriones de personas con las que no exista relación de pareja, es decir, aportado a través de donación.

La cuestión fundamental en este aspecto fue la relativa al anonimato del donante[566]. El fundamento para ese anonimato fue preservar al donante de cualquier responsabilidad derivada de la paternidad, y de protegerle del derecho del hijo a conocer

---

métodos están claramente contemplados para abordar problemas de esterilidad. Tanto La Ley de 1988 como la de 2006 no exige a la mujer receptora, ni estar casada, ni vivir en pareja, ni padecer un problema de esterilidad. Simplemente se le exige ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar, con independencia de su estado civil u orientación sexual. Expresa el autor su desacuerdo con esta amplia permisión al acceso entendiendo que si la mujer lo hace en solitario, debería limitársele el derecho, cediendo su interés ante el interés superior del hijo a tener una familia formada por un padre y una madre: en "*Reproducción humana asistida*", ob. cit., pág. 195. En contra de opinión vid. Tamayo Haya, S., quien defiende que el acceso de mujeres solas a las técnicas reproductivas no se concibe, como en el caso de la adopción, como una medida protectora de la infancia sino como la realización de ser madre en reflejo del libre desarrollo de la personalidad, configurándose como un verdadero "derecho a la maternidad": en "*Problemática jurídica derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida en el seno de las parejas del mismo sexo*", en "*Nuevos retos de la maternidad y paternidad en el Siglo XXI*", Comares, 2015, pág. 2 (en prensa). En esta misma línea se pronuncia Valpuesta Fernández, R, en "*Reflexiones sobre el Derecho de Familia*". Teorder, núm. 2, 2007, pág. 91.

[566] De Verda y Beamonte, J. R., entiende que si además de permitir acceder a estas técnicas a mujeres solas, se impone el anonimato del donante de gametos, se está condenado a que muchos niños que nazcan mediante técnicas reproductivas en España, estén condenados a ser huérfanos de padre, por propia decisión de la madre y del legislador. Nacerán por Ley sin poder conocer a sus padres: en "*Reproducción humana asistida*", ob. cit., pág. 197. En contra de opinión, creemos que es más importante que los niños nazcan y lleguen a vivir aunque sea en una familia monoparental. ¿Cuántas situaciones encontramos en sociedad en las que los niños, por diversas circunstancias, se han criado finalmente sin la figura paterna o materna? Entendemos que lo importante en defensa del interés del menor es que crezca en una familia que le quiera, que le proteja y que cubra las necesidades que todo niño necesita.

su filiación biológica amparada en el artículo 39.2 CE, en el que se incluye el derecho a la investigación de la paternidad.

Teniendo en cuenta que ese anonimato, en relación con lo visto, podría carecer de encuadre constitucional, el Informe recogió la argumentación con la que se pretendía garantizar la constitucionalidad de ese anonimato del donante. De esta forma, la Comisión manifestó literalmente lo siguiente:

"*Se ha estimado en la Comisión Especial que la institución jurídica de la investigación de la paternidad tiene su base y fundamento en la identidad tradicionalmente establecida en el derecho de familia entre padre genético y padre legal, y que a partir del momento en que esa identidad se rompe, en virtud de las nuevas técnicas, dicha institución queda totalmente desnaturalizada. También, que el constituyente*[567]*, al proclamar el derecho a la investigación de la paternidad no tuvo en cuenta las nuevas técnicas de reproducción asistida, y contemplaba únicamente la paternidad y la filiación naturales, de modo que lo esencial del derecho a la investigación de la paternidad era recabar del progenitor el cumplimiento de los deberes inherentes a la paternidad en el supuesto de que después del acto procreativo se desentendiera de los mismos. Se insistió, por ello, que en la reproducción humana asistida con semen de donante, el progenitor, por propio imperativo del sistema, queda excluido desde un principio de todos los derechos de paternidad y, por tanto, queda totalmente exonerado de sus obligaciones*".

Esta polémica argumentación, se intentó justificar siendo reforzada con la razón de que "*aunque la formulación constitucional fuera de alcance global, doctrinalmente ya se ha planteado si aquel derecho del hijo puede quedar anulado- para la legislación alemana el anonimato del donante contradice el derecho fundamental del hijo al conocimiento de su ascendencia genética- en su propio interés, y si la formulación constitucional es compatible con los principios inspiradores de una futura Ley de Fecundación Asistida. En este sentido se ha entendido que puede ser prevalente el mantenimiento de la relación familiar en la que se integra el hijo, que debe ser amparada en derecho impidiendo el ejercicio abusivo y hasta incluso extemporáneo de*

[567] Autores como Díez Soto, C. M "*Usuarios de la técnica*", en Lledo Yagüe, F, Ochoa Marieta, C, Monje Balmaseda, O: "*Comendatarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*", ob. cit., pág. 107, y Vidal Martínez, J: "*La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español"*, en Vidal Martínez, J, Benítez Ortuzar, J, Vega Gutiérrez, A. M: "*Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*". Comares, Granada, 1998, pág. 103.

acciones por quienes sólo pretenderían poner de manifiesto la verdad biológica real en contraste con la verdad formal".

En definitiva, la propuesta que se incluyó en el Informe tuvo la clara finalidad de eliminar los posibles efectos que el derecho a la investigación de los orígenes biológicos pudiera provocar, en el sentido de lesionar la paternidad social y jurídica[568]. Es por ello que la polémica conclusión pasó por entender que "(…) *aunque se reconoce lo espinoso de esta interpretación, se ha considerado prioritario que la Ley debe amparar, proteger y tutelar a los que socialmente se hubieran comportado como padres aunque biológica y genéticamente no fueran los progenitores; es decir, quienes de manera continua e ininterrumpida han acreditado públicamente su condición de padre o madre deben ser mantenidos y protegidos en esta situación*".

La anterior decisión del Informe Palacios descansó, por tanto, en la prevalencia y mayor garantía de protección de la verdad social sobre la biológica. Desde nuestro punto de vista, esto supone una clara contradicción con ese principio constitucional basado en la defensa de la verdad biológica que se recogió en el año 1978 a través del artículo 39.2 CE.

No hay que olvidar que esa Comisión data del año 1986, y que el Informe final emitido fue prácticamente el que el legislador plasmó en la posterior Ley de Técnicas de Reproducción Asistida del año 1988. Esta Ley moderna contemplaba la posibilidad de las técnicas reproductivas tanto homologas como heterólogas (con material genético aportado por donante), tanto con esperma como con ovocitos ajenos[569]. De igual forma ya contemplaba la posibilidad de la donación de embriones. Hay que recordar que esa Ley de 1988 fue, en este aspecto, reproducida por la actual Ley de 2006 que mantiene ese anonimato del donante. Los argumentos en los que se basó la implantación del anonimato del donante de gametos, descansan en una fundamentación social dirigida a proteger a la familia legal de las posibles intromisiones que pudieran producirse como consecuencia de la interposición de acciones de paternidad o maternidad por parte de los interesados en acreditar la verdad biológica. En ese informe, la protección se encaminaba a evitar que se pudieran establecer nuevas filiaciones legales biológicas en

[568] Souto Paz, J.A:" *El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida*", En "*Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de las reformas*", ob. cit., pág. 192.

[569] Algunas de las legislaciones europeas, como el caso de Suecia, en sus inicios únicamente contemplaban las donaciones de esperma. La donación de ovocitos fue el resultado de reformas posteriores. En la actualidad países de nuestro entorno como Alemania, Italia o Austria no permiten la donación de óvulos ni la de embriones.

detrimento de las previamente determinadas tras el nacimiento del hijo a través de la práctica de reproducción asistida.

La tarea de esta Comisión fue tratar de dar respuesta al apropiado tratamiento jurídico que había que otorgarle a las importantes innovaciones tecnológicas producidas en el campo científico reproductivo. La respuesta alcanzada pudo ser ajustada a la naturaleza de nuestra sociedad de entonces, y a sus valores sociales y culturales. Ahora bien, la continua transformación a la que nos exponemos exige nuevas respuestas jurídicas y éticas en el sentido de conseguir la adaptación a las nuevas realidades sociales. Citando palabras de Souto Paz, "*esa actitud, no siempre compartida exige partir del respeto y defensa de la dignidad humana y de los derechos y libertades que le son inherentes y, desde esa óptica, ofrecer soluciones coherentes a los retos que plantea la investigación científica y tecnológica*"[570].

Es este sentido, el argumento consistente en que el artículo 39.2 CE únicamente garantizaba la reclamación e investigación de la paternidad cuando tenga por objeto la constitución de un vínculo de filiación[571], se elaboró en un momento en que el legislador no podía tener en mente la futura existencia de las técnicas de reproducción asistida, puesto que en esos momentos no existían los avances tecnológicos suficientes en esta materia. Es por que aquella argumentación en la actualidad resulta claramente desfasada.

En nuestra opinión, en la actualidad la argumentación alcanzada por la Comisión para justificar la implantación del anonimato del donante de gametos, ha perdido todo su sentido. Teniendo en cuenta la actual normativa aplicable a la figura de la adopción, el hecho de que la causa descanse en el miedo del legislador a que el hijo o el donante puedan algún día dañar la relación paterno-filial inicialmente determinada, ha perdido toda la lógica. Hoy en día, en España, como ya hemos indicado, los hijos adoptados tienen derecho a conocer su origen biológico. Esto, de ninguna manera significa que esta investigación de la verdad biológica lleve implícito un perjuicio para la familia de adopción. El hijo podrá conocer sus orígenes biológicos sin que si filiación legalmente determinada por la adopción sufra alteraciones. La filiación adoptiva es irrevocable. Una cosa es respetar el derecho a saber de dónde procede una persona, y otra bien

[570] Ibídem, pág. 194.
[571] Rivero Hernández, F: "*La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico*". Revista Jurídica de Cataluña, vol. 13, núm. 1, 2004, pág. 110.

distinta es la posibilidad de alteración de la filiación. Los padres de adopción no ven en peligro su rol de padres sociales por el hecho de que el hijo que en su día decidieron adoptar, quiera conocer quiénes son sus ascendientes de sangre.

Es más, como ya se ha expuesto en este trabajo, recientemente en nuestro país se ha rescatado la figura de la adopción abierta. Así se contempla en el artículo 178.4 CC, tras la nueva redacción introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. El hecho de que en un procedimiento de adopción el juez pueda determinar, bajo determinadas circunstancias y requisitos, que el hijo que se incorpora a una nueva familia pueda tener establecido un régimen de visitas con fu familia de origen, en absoluto, supone que esa filiación determinada por la adopción vaya a verse modificada.

Teniendo en cuenta lo anterior, el fundamento de conservar el anonimato del donante en nuestra legislación ya no puede basarse en esa protección respecto a la familia social. A mayor abundamiento, el hecho de que la propia Ley de Técnicas de Reproducción recoja el régimen de filiación de los nacidos por esta vía, hace que ese argumento caiga por su propio peso. Como veremos en el apartado siguiente, el artículo 8.3 LTRHA indica que "*La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación*".

En el caso de que se alcance una reforma legislativa que implique la ampliación de los supuestos en los que el hijo nacido por técnicas puede acceder a esa información biológica o genética, entendemos que la consecuencia sería la misma; obtendría los datos de su generación biológica pero en ningún caso este descubrimiento afectaría a su original filiación legal.

En este sentido, Soler Beltrán[572], considera que debe permitirse legalmente que el hijo nacido mediante técnicas de reproductivas heterólogas pueda averiguar a quien pertenece su propia herencia genética. La autora defiende que lo anterior no tiene que llevar implícito el establecimiento de una relación jurídica y, por tanto, respeta el hecho de que el donante de gametos siempre deba quedar desligado de cualquier

[572] Soler Beltrán, A.C: "*La cuestión del anonimato del donante de gameto (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida)*, ob. cit., págs. 1-8.http://www.derecho.com/articulos/2002/06/01/comentario-a-la-stc-de-17-de-junio-de-1999-resolviendo-el-recurso-de-inconstitucionalidad-contra-la-ley-35-1988-sobre-t-cnicas-de-reproducci-n-asistida-el-a/

determinación de filiación. Propone que estos hijos puedan tener legitimación para interponer las correspondientes acciones judiciales de filiación pero excluyendo la finalidad de determinar finalmente una filiación. De esta forma, el objetivo de esa acción iría únicamente encaminado a investigar los orígenes, pero no podría servir de nexo para la unión de vínculos legales. Lo anterior permitiría dar cumplimiento a un derecho de la personalidad, inherente a la persona, al que debe otorgársele la máxima protección. Dicha acción tendrá un carácter atípico con fundamento en el amparo de los artículos 10, 14, 15 y 24 de la Constitución Española.

3.- Las técnicas reproductivas actuales y la Ley 54/2006, de 26 de mayo, sobre TRHA

Esta Ley que sustituyó a la de 1988, ha alcanzado un significado destacado desde el momento en que, hoy en día, es la Ley en vigor en nuestro país. Nos encontramos en una época en que la que la infertilidad es un problema de extrema importancia.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) contempla la esterilidad como una enfermedad del sistema reproductivo caracterizada por la no consecución de un embarazo clínico tras veinticuatro meses manteniendo relaciones sexuales de manera habitual sin anticoncepción[573]. Este plazo ha sido reducido por la Sociedad Europea de Fertilidad (ESHRE) que, en 1996, la consideró como la incapacidad de lograr un embarazo tras doce meses intentándolo a través de relaciones sexuales sin protección[574].

En nuestra actualidad esta enfermedad afecta entre el 15% y 20% de las parejas en edad reproductiva. Esto significa que el impacto, a nivel mundial, se sitúa en más de setenta millones de parejas. Sin embargo, sólo el 56% de las parejas busca ayuda[575]. Este dato es debido a que el acceso a los distintos tratamientos de fertilidad depende a la calidad de la sanidad en los distintos estados, así como a las distintas políticas

---

573 Zegers-Hochschild, F:"*The international Committee for Monotoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO)"*. Revised Glossary on ART Terminology, Human Reproduction, núm. 24, 2009, págs. 2683-2687.

574 López Gálvez, J.J., Moreno García, J.M:" *¿"Industria de la fertilidad" o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?* EN "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*". Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015, pág. 241.

575 Boivin, J:"*International estimates of fertility prevalence and treatment-seeking: potential need and demand for infertility medical care"*. Human Reproduction, núm. 22, 2007, págs. 1506-1512. EN LÓPEZ Gálvez J.J., Moreno García, J.M:" *¿"Industria de la fertilidad" o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?* En "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*", ob. cit., pág. 241.

económicas, costumbres y religiones. Según datos de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), la esterilidad afecta a una de cada diez parejas. Esto se traduce en que existen en España unas 800.000 parejas con problemas de fertilidad. En nuestro país el número de nacimientos derivados de las técnicas reproductivas representa aproximadamente un 3%[576]. El Registro de la Sociedad Española de Fertilidad ha hecho públicos una serie de datos[577] relativos al año 2012, en los que se refleja que en España se han realizado treinta mil ciclos de inseminación, cuarenta y cinco mil de fecundación in vitro, transferencia embrionarias de cincuenta mil embriones y descongelación de cuarenta y un mil. De igual forma, se han crioconservado veintidós mil ovocitos. A pesar de lo anterior, se entiende que en la actualidad quedan aproximadamente otros cincuenta mil embriones congelados.

Es evidente que uno de los factores que más condiciona esta situación es el acceso cada vez más tardío de las mujeres a la maternidad. En el momento del nacimiento las mujeres tienen alrededor de tres o cuatro millones de folículos primordiales. Alrededor de los treinta y siete años esa reserva ha disminuido a veintisiete o veintiocho mil. A esto hay que añadirle la pérdida de calidad de los mismos. Esta situación provoca un aumento en los abortos y malformaciones. El hecho de que la esperanza de vida en España cada vez sea más avanzada, el descenso de la natalidad sea alarmante, y que la edad media de las mujeres que buscan un embarazo por primera vez se sitúe en los 32-33 años, hace que nuestra situación sea verdaderamente preocupante[578]. Lo mismo está ocurriendo en el resto de países europeos.

La anterior situación provoca la necesidad de acudir a las Técnicas Reproductivas. Este requerimiento se está convirtiendo en algo cada vez más habitual. Entendemos que, dadas las situaciones creadas en política social, laboral y económica en nuestro país, el Estado es responsable de garantizar a sus ciudadanos el acceso a estas prácticas en la medida de lo posible.

---

[576] Matorras, R, Hernández, J:"*Estudio y tratamiento de la pareja estéril: recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad*". Adalia, Madrid, 2007.

[577] Registro de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), Datos del Registro. https://registrosef.wordpress.com/2014/06/25/datos-registro-sef-2012/

[578] López Gálvez, J.J., Moreno García, J.M:" *¿"Industria de la fertilidad" o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?* En "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*", ob. cit., pág. 242.

En resumen, lo cierto es que existe una importante demanda de técnicas reproductivas que se prevé en aumento como consecuencia de los problemas sociales de nuestra época. Para ello, vamos a hacer mención a las técnicas reproductivas permitidas en nuestra legislación, y a las no permitidas. De igual forma, haremos un estudio de las situaciones actuales que motivan el acceso a estas técnicas por distintas razones.

1.- <u>Técnicas legalmente permitidas por la LTRHA de 2006</u>:

El artículo 1.1 de la LTRHA de 2006 establece que tiene por objeto:

a.- Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.

b.- Regular la aplicación de técnicas de reproducción asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnosticadas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en la Ley.

c.- La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

En la actualidad, los centros y clínicas reproductivas emplean habitualmente distintos métodos dependiendo del daño o necesidad padecido por los receptores. Ante nuestra falta de conocimientos médicos o tecnológicos en la materia, nos hemos hechos eco del catálogo recogido por los autores, <u>López Gálvez y Moreno García</u>[579]:

a) <u>Inseminación artificial</u> (IA): Se trata de una técnica de poca complejidad que suele ser utilizada cuando la calidad del esperma es discutible. Los espermatozoides se seleccionan en laboratorio y se introducen en el interior del útero en un momento propicio para lograr el embarazo. La procedencia del esperma puede corresponder al varón de la apareja receptora o de un donante. En los casos de parejas de lesbianas o de mujeres solas esta última es la opción posible. En estos casos el esperma se selecciona en función del grupo sanguíneo y de las características físicas y raciales de la pareja o persona receptora.

[579] López Gálvez, J.J., Moreno García, J.M:" *¿"Industria de la fertilidad" o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?* En "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*", ob. cit., pág. 243. Los autores son respectivamente, director de la Unidad de Reproducción Asistida, y director del Laboratorio de Embriología de la Clínica Vistahermosa de Alicante.

b) Fecundación in vitro (FIV): Se trata de la técnica más común. El óvulo y el espermatozoide, en vez de unirse en las trompas de Falopio, se provoca en el laboratorio. Previamente se ha obtenido el mayor número de óvulos que el ovario ha desarrollado. Realizada la fecundación externa, el embrión o embrión obtenido se colocan en el útero para su gestación interna.

c) Microinyección espermática (ICSI): se presenta como una variedad dentro de la FIV. A través de una única inyección dirigida al óvulo, con un único espermatozoide, se salva con éxito la esterilidad masculina.

d) Congelación de embriones: Con las técnicas anteriores es normal que se obtengan más embriones de los necesarios. Los sobrantes se congelan con objeto de poder ser utilizados en futuros intentos de embarazo. Nos referimos a intentos varios por la propia pareja ante procedimiento fallidos o, de igual forma, en el caso de que un futuro deseen una segunda gestación.

e) Crioconservación de ovocitos o de tejido ovárico: Consiste en la extracción de los óvulos o tejido de una mujer con el objeto de ser congelados. De esta forma, se obtienen óvulos en edad fértil que, en un futuro, pueden ser posteriormente implantados en la propietaria de los mismos, en el momento en que decida acceder a la maternidad.

f) Donación de óvulos: Se realiza en casos en que la mujer presenta un problema en la producción regular de óvulos. Su problema ginecológico se centra en esa afección concreta y, a pesar de sufrir ese padecimiento, es perfectamente capaz de desarrollar una gestación normal en su cavidad uterina. En este caso la única posibilidad para lograr un embarazo es la donación de ovocitos de otra mujer. Los óvulos donados se fecundan in vitro y el embrión obtenido se implanta en el útero de la receptora.

g) Donación de embriones: Es una técnica que se aplica ante la presencia de esterilidad en ambos miembros de la pareja receptora. Se trata de una donación de un embrión procedente del esperma y el óvulo de terceros. Estos embriones generalmente se obtienen del excedente de parejas que ya consiguieron su embarazo previamente a través de FIV o ICSI y, al no tener previsto necesitarlos por deseo propio para más gestaciones, autorizan que los sobrantes sean utilizados con fines reproductivos por otras personas. De igual forma los embriones pueden generarse a partir de esperma y óvulo donado.

h) Diagnóstico genético preimplantacional (DGP): Se trata de la técnica más reciente y moderna. No está dirigida a parejas estériles sino a personas que padecen una alta probabilidad de transmitir enfermedades a sus hijos. Previamente se realiza una inyección espermática en el óvulo. Después se analizan cada uno de los embriones obtenidos con el objeto de descubrir cuáles de ellos son portadores de la enfermedad. Losa que hayan resultado sanos serán finamente implantados.

i) Fecundación post-mortem: Nuestra legislación prevé que, el esposo o el varón no unido por vínculo matrimonial, haya prestado su consentimiento en escritura pública o testamento para que su material reproductor pueda ser utilizado para fecundar a su esposa o pareja en los doce meses inmediatamente siguientes a su fallecimiento (artículo 9 LTRHA).

Relacionado con todo lo anterior, continuando con el estudio realizado por López Gálvez y Moreno García[580], se revela de forma desglosada la evolución en el tiempo de las distintas técnicas que han permitido que, desde el año 2012, gracias a la FIV, se hayan logrado cuatro millones de nacimientos.

Describen literalmente la evolución de la siguiente forma:

- 1978: Nacimiento de Louise Brown. (Reino Unido).
- 1983: Nace el primer niño procedente de un embrión congelado (Australia).
- 1984: Nace el primer niño procedente de una donación de óvulos (Australia).
- 1985: Primer parto gemelar tras congelación embrionaria (Australia).
- 1986: Primer embarazo tras TESA (Australia).
- 1988: Primeras referencias de embarazos tras GIFT (USA).
- 1990: Primer embarazo tras DGP (Reino Unido)
- 1992: Primer embarazo tras ICSI (Bélgica)
- 1992: Parto de una mujer de sesenta y dos años por TRA (Italia)
- 1997: Nacimiento por clonación de la oveja Dolly (Reino Unido)
- 2012: Se llega a los cuatro millones de nacimientos a través de FIV/ICSI).

[580] Esta gráfica que reflejamos, realizada por los autores, de describe detalladamente en la pág. 255, bajo el título "Datos Relevantes": López Gálvez, J.J., Moreno García, J.M:" *¿"Industria de la fertilidad" o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?* En "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*", ob. cit., pág. 245.

2.- <u>Técnicas prohibidas o no contempladas por la LTRHA de 2006</u>:

Como ya hemos de puesto de manifiesto, nuestra legislación relativa a técnicas reproductivas es una de las más permisivas y progresistas de Europa. Esta apertura legislativa ya tuvo lugar con ocasión de la primera Ley de Técnicas promulgada en 1988.

La actual Ley 54/2006, recoge expresamente la negativa a la práctica de las siguientes técnicas:

a.- <u>Clonación humana</u>:

A través del artículo 1.3 se prohíbe expresamente la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

b.- <u>Gestación por sustitución</u>:

Como ya hemos indicado, nuestra Ley determina a través del artículo 10 que cualquier contrato por el que se 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, será nulo de pleno derecho.

A pesar de lo anterior, en España es una realidad constatada que ciudadanos españoles acuden a otros países permisivos con dicha técnica con el objeto de lograr ser padres. En el siguiente capítulo, dada la importancia que este tema está alcanzando en la actualidad, en relación con los efectos que produce la realización de estos contratos en el extranjero, haremos un estudio detallado de esta figura reproductiva, así como de las consecuencias y polémicos planteamientos jurídicos que está produciendo en nuestro país.

c.- <u>Selección del sexo ni de las características físicas del bebé</u>:

En nuestra legislación no se permite que la receptora o receptores de la técnica reproductiva puedan elegir el sexo del bebé. De igual forma, tampoco puede elegir las características físicas o intelectuales del donante. El artículo 6.5 LTRHA prohíbe la selección de donante. En todo caso el equipo médico será el que elija al aportante procurando asegurar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles, con la mujer receptora.

d.- Además de lo anterior, nuestra Ley establece algunas otras prohibiciones:

* El número de preembriones implantados en el útero de la mujer en cada ciclo reproductivo no podrá ser superior a tres (artículo 3.2).

* El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieren sido generados con gametos de un mismo donante, no deberá ser superior a seis (artículo 5.7).

e.- El acelerado avance tecnológico en estos mecanismos científicos y reproductivos, genera importantes innovaciones. Actualmente en el campo científico existe el debate relativo a nuevos procedimientos:

1.- Trasplante de útero:

Uno de los problemas que, hasta el año 2014, provocaba la absoluta imposibilidad de procrear se producía en problemas relacionados con el útero. La carencia[581] o extracción o pérdida del útero a la que, por diversas patologías, se enfrentan millones de mujeres era un problema sin solución. Ninguna técnica reproductiva podía solventar ese mal.

Desde hace décadas se ha venido experimentando con la posibilidad de realizar trasplantes de úteros con el objeto de las mujeres que padecían esa carencia, lograran cumplir su deseo de ser madres. Ya en el año 2000, en Arabia Saudita, se consiguió el primer trasplante de útero. Tres meses después de la intervención hubo de ser extraído por problemas de infecciones. En el año 2011, en un proyecto realizado por la Universidad de Akdeniz (Turquía), se logró con éxito el trasplante gracias al útero que una madre cedió a su hija. Dos años después, en 2013, Derya Sert se quedaba embarazada pero, ocho semanas después del anuncio de la buena nueva, el embarazo fracasó[582].

En septiembre de 2014, se lograba con éxito el nacimiento del primer bebé fruto de un trasplante de útero[583]. El proyecto fue celebrado por la Universidad de

[581] La carencia de útero se conoce como "Síndrome de Robitansky" o "agenesia útero-vaginal".
[582] Bastida, A: "*los hombres que quieran ser madre podrán gracias a un trasplante de útero*". Bebés y más, publicado el día 2 de julio de 2015. http://www.bebesymas.com/fertilidad/los-hombres-que-quieran-ser-madre-podran-gracias-a-un-trasplante-utero-dice-un-experto-cirujano. Consultado el 15 de diciembre de 2015.
[583] Después de catorce años de prácticas en animales (monos y ovejas), se logró el primer nacimiento humano. La paciente fue una mujer de 36 años que previamente había recibido el útero de una amiga, de 61 años. En los dos nacimientos que tuvieron lugar a continuación, las donantes de útero eran, respectivamente, las madres de las pacientes. Tal y como informó el director del equipo, doctor

Gotemburgo (Suecia), dirigido por el Doctor Mats Brännström. En noviembre de ese mismo año, dirigido por el mismo equipo, se lograban dos nacimientos más y otros cinco embarazos.

En noviembre de 2015, se ha logrado el primer trasplante de útero en la provincia China de Shaanxi[584].

Teniendo en cuenta este avance, se abre una vía alternativa a la técnica de la gestación por sustitución que, hasta ahora, era la única alternativa para que una mujer con problemas relacionados con el útero pudiera ser madre genética.

En relación con estos trasplantes de úteros se ha abierto el debate de si, en un futuro, ese trasplante pudiera ser la vía para que los hombres accedieran a la maternidad. Esta técnica pudiera dar cabida a la posibilidad de que, ante supuestos de cirugía de cambio de sexo, ante una disforia de género, la persona que accede a su nueva identidad femenina pueda ser intervenida de forma completa, incluyendo el trasplante del útero. En actualidad un equipo trabaja dicha cuestión en París. Ante la solicitud de cirugía de una mujer que desee ser hombre, ¿podría utilizarse su útero, no deseado, para implantárselo a su vez a un hombre que va a transformarse en mujer?[585] Entendemos que habrá que esperar para dar respuesta a sorprendentes planteamientos.

Brännström, para mantener el útero implantado es necesario dispensar a la paciente una serie de medicación que, a largo plazo, puede resultar peligrosa. En consecuencia, se le advirtió de la imperiosa celeridad que requería si deseaba someterse a una segunda gestación puesto que, el útero debía ser retirado habiendo ya cumplido su función reproductiva. Hay que mencionar que entre los miembros del equipo médico estaba el ginecólogo español César Díaz García (Hospital de la Fe de Valencia). El doctor Brännström ha manifestado que en el año 2017 se abrirá el primer centro especializado en trasplante de úteros y que de las intervenciones cada paciente deberá costear aproximadamente entre 50.000 y 70.000 euros. De igual forma, ha manifestado que se dará inicio a la puesta en marcha de trasplantes con úteros de cadáveres, puesto que las intervenciones con donantes vivas son arriesgadas y con operaciones de extracción, a través de técnica robótica, de una media de doce horas. En personas fallecidas, la extracción se obtendría aproximadamente en media hora, aunque lo difícil por el momento será poder comprobar la funcionalidad del útero.: En Bastida, A: "*los hombres que quieran ser madre podrán gracias a un trasplante de útero*". Bebés y más, publicado el día 2 de julio de 2015. http://www.bebesymas.com/fertilidad/los-hombres-que-quieran-ser-madre-podran-gracias-a-un-trasplante-utero-dice-un-experto-cirujano. Consultado el 15 de diciembre de 2015..

[584] Toro, J:"*Realizan el primer trasplante de útero en china*". América Economía, Clubster Salud, Ti/innovación, publicado el 26 de noviembre de 2015. http://clustersalud.americaeconomia.com/realizan-el-primer-trasplante-de-utero-humano-en-china/. Consultado el 16 de diciembre de 2015.

[585] Bastida, A: "*los hombres que quieran ser madre podrán gracias a un trasplante de útero*". Bebés y más, publicado el día 2 de julio de 2015. http://www.bebesymas.com/fertilidad/los-hombres-que-quieran-ser-madre-podran-gracias-a-un-trasplante-utero-dice-un-experto-cirujano. Consultado el 15 de diciembre de 2015.

2.- Ectogénesis:

Esta novedosa y polémica técnica, aún experimental, consiste en la gestación del niño a través de un útero artificial. Habiéndose realizado pruebas con ocasión de problemas gestacionales que han obligado al parto excesivamente prematuro, la utilización de úteros artificiales se ha intentado con intención de madurar, en la medida de lo posible, a esos niños prematuros. Los estudios han logrado hasta el momento superar únicamente un periodo experimental de veintitrés semanas de gestación[586].

Sin duda, esta técnica aún en desarrollo no deja indiferente a los expertos. Se cuestionan si en un futuro esta se puede convertir en una técnica alternativa a las prácticas reproductivas que hoy en día ya se encuentran en práctica. Los interrogantes son muchos:

¿Sería ético utilizar úteros artificiales como alternativa a la figura de la gestación por sustitución?

La postura favorable descansa en entender que, con la utilización de un útero artificial, se evitarían los problemas que genera actualmente la gestación por sustitución. Estos conflictos se producen precisamente por el hecho de que, en la maternidad subrogada, es necesario la figura de un mujer ajena. Esto pasa por una fecundación externa para lograr un embrión que posteriormente se implante en el útero ajeno de esa mujer (gestante). Esta mujer únicamente se limita a ceder su capacidad gestadora a otros, que por vías naturales son incapaces de lograrlo e, inmediatamente después del parto, se entrega ese hijo al comitente o comitentes quienes será sus padres legales a todos los efectos. Dada esta situación, los problemas más frecuentes son el posible arrepentimiento de la gestante y los problemas legales de filiación sobre quién es en realidad la madre de ese hijo (dependiendo de las distintas legislaciones existentes).

Con la mediación de un útero artificial este conflicto "entre madres" desaparece. Los que recurren a la ectogénesis serán sin discusión sus padres legales, pero, ¿es conveniente permitir una vía de gestación artificial en la que el niño se cree íntegramente en una maquina sin una necesidad médica? ¿Es aceptable permitir que un

[586] Hammond-Browning, N:"*International commercial surrogacy: are artificial wombs the answer*?" Ponencia impartida en la Conferencia Internacional de "*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European Fertility Market*", Universidad de Cantabria, Santander, 19-20 de Noviembre de 2015.

ser humano sea privado del nexo de las sensaciones, sentimientos y calor de una mujer que le desarrolla en su interior?

Dentro de las distintas formas de maternidad que hoy en día tienen lugar, independientemente de que tras el nacimiento ese niño sea entregado con posterioridad al parto a otras personas que ejerzan de padres legales (adopción o gestación por sustitución), este se gesta y se desarrolla dentro de un útero materno del que, comprobado científicamente, percibe sensaciones y demás percepciones físicas.

Sin duda habrá todavía que esperar a que se determine por la comunidad científica y jurídica, si la utilización de un útero artificial es una vía de desarrollo gestacional adecuada para el *nasciturus*. Esto se pone en duda evidentemente desde un punto meramente caprichoso. Está claro que no es lo mismo entenderlo de esta forma, que desde un punto de vista terapéutico en el que la ectogénesis se determine como una vía de salvación de recién nacidos ante supuestos en que el alumbramiento se ha producido con demasiada antelación y que, por tanto, puede existir riesgo de muerte para el niño. En este último aspecto, en realidad sería entendido como un avance en la técnica de la "incubadora".

3.- Reemplazo de Mitocondria[587]:

Esta práctica tiene por objeto la construcción de una nueva célula con el objeto de que la descendencia que de ella derive, esté exenta de problemas genéticos existentes en la llamada "mitocondria". Se trata de una técnica que consiste en una especie de trasplante in vitro de órganos celulares. Las células están formadas por el núcleo y el citoplasma. El primero de ellos contiene el ADN. En el citoplasma es donde se encuentran pequeños orgánulos que rodena al núcleo y que llevan a cabo las instrucciones del ADN. Uno de estos orgánulos son las mitocondrias, encargadas de trasformar el alimento en la energía necesaria para esa célula. Las mitocondrias también contienen una pequeña carga de ADN.

Las enfermedades mitocondriales hacen que la célula no funcione correctamente y, al ser trasmitidas por vía materna, hacen que los bebés que de ellas provienen nazcan con estas células dañadas. Esto produce en el niño posible daños cerebrales, pérdida de

[587] Herbrand, C:"*Mitochondrial replacement techniques: The "miracle solution" for women to have healthy biological children*? Ponencia impartida en la Conferencia Internacional de "*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European Fertility Market*", Universidad de Cantabria, Santander, 19-20 de Noviembre de 2015.

masa muscular, fallo cardiaco y ceguera. En muchos de los casos el bebé no supera el primer año de vida. Como única vía de salvación se exige, inmediatamente después de la concepción el sometimiento a un trasplante a través de fecundación in vitro.

De igual forma, las niñas llevaran la misma enfermedad mitocondrial y se la trasmitirán a su vez a sus propias hijas.

Para solucionar lo anterior, se están realizando técnicas, muy novedosas y poco experimentadas, que consisten básicamente en lo siguiente:

Se fertilizan con esperma del padre dos óvulos, uno de la propia madre y otro de una donante. Se retira el núcleo de los embriones resultantes, conservándose el del embrión fecundado por los padres. Ese núcleo será el que se implante en el embrión de la donante, del que previamente se había desechado el núcleo. Ese embrión se implantará en el útero de la madre para la gestación y alumbramiento. Se ha conservado el propio núcleo del óvulo de la madre y se utilizado la parte mitocondrial sana de la célula de la donante. En la creación de ese embrión, por tanto, se han utilizado, núcleo del óvulo de la madre, mitocondria de la donante y esperma del padre.

La futura descendencia queda así liberada de las partes de la célula materna dañada. La técnica no es compleja pero no está exenta de riesgos en el resultado.

Como consecuencia de esta práctica y de la aportación genética de tres individuos diferentes, se ha comenzado a hablar de "triple paternidad". En este aspecto, más adelante, realizaremos un análisis de la posible pluriparentalidad a la hora de determinar la filiación.

En realidad el reemplazo de mitocondria únicamente está permitido en Reino Unido. En fecha 3 de febrero de 2015, la Cámara de los Comunes británica dio luz verde a esta técnica. El debate, como era de esperar no estuvo libre de polémica[588]. El primer nacimiento a través de esta técnica está previsto para 2016.

[588] La Iglesia Católica se ha mostrado contraria a esta técnica. En la Cámara de los Comunes, en la fecha de debate, se dieron posturas absolutamente contrarias a la aprobación de la misma. Entre otros, los alegatos consistieron en el temor a que se pudiera abrir la veda a cualquier modificación genética o si era ético sacrificar dos vidas para crear una tercera. Esta propuesta fue apoyada por premios Novel británicos y más de 40 científicos. Esta técnica en realidad ha sido desarrollada en Newcastle y también en universidades americanas: En Guimón Prats, J: "*Reino Unido da luz verde al primer bebé con tres padres genéticos*", El País, publicado el 3 de febrero de 2015. http://elpais.com/elpais/2015/02/03/ciencia/1422963738_504035/html. consultado el 17 de diciembre de 2015.

3.- Situaciones especiales que motivan el acceso a las técnicas reproductivas:

Entre las situaciones especiales actuales que motivan el acceso a las técnicas de reproducción asistida, tal y como refleja Armijo Suárez[589], se encuentran:

a) Preservación de la fertilidad:

a.- La "*oncofertilidad*"[590]:

Pacientes de cáncer que ante el riesgo de que el tratamiento oncológico desvirtué su capacidad reproductora, antes de iniciar el mismo, deciden poner a cubierto su fertilidad con la intención de que, una vez finalizado el proceso, poder optar por la maternidad o paternidad. En el caso del varón podrá crioconservar su esperma con antelación al inicio del tratamiento oncológico.

En estos supuestos referidos a pacientes con cáncer, existen varias opciones para preservar su fertilidad:

- Crioconservación de la corteza o tejido ovárico:

Esta técnica consiste en obtener de la paciente un ovario, o la corteza el mismo, con el objeto de congelarlo para, una vez superada la afección cancerígena se procede a su reimplantación. Este tratamiento se suele aplicar en casos en los que la puesta en marcha del tratamiento es de urgencia. Por la gravedad de la situación no es recomendable retrasar el tratamiento por lo que la estimulación ovárica no es apropiada. Esta técnica, a día de hoy, sigue teniendo el carácter de experimental[591] y se presentan muchas desventajas[592].

[589] Doctora en medicina por la Universidad complutense de Madrid, especialista adjunto del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario La Paz de Madrid.
[590] Armijo Suárez, O:" *Nuevas aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad*". EN "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*". Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015, pág. 30.
[591] Hasta la fecha únicamente se han registrado treinta nacimientos aunque el 93% de las pacientes sometidas a esta técnica ha recuperado la función ovárica pero no está descartado que en ese tejido o corteza ovárica extraída y posteriormente reimplantada pueda correrse el riego de reintroducir en la paciente las propias células tumorales.
[592] En Armijo Suárez: Donnez, J:"*Restoration of ovarian activity and pregnancy after transplantation of cryopreserved ovarian tissue: a rewiew of 60 cases of reimplantation*". Fertil Esteril, núm. 99, Mayo 2013, pág. 1503.

- Criopreservación de embriones:

Se trata de la técnica más común ante estos padecimientos. Como señala Armijo Suárez, la primera gestación lograda fue el 1983 y ya en el año 2006 se habían contemplado más de doscientos mil nacimientos[593]. La condición añadida para someterse a esta técnica es tener pareja masculina en ese momento. En otro caso, será necesario acudir a una muestra de esperma aportada por donante. En este caso sí será necesario realizar a la paciente una previa estimulación ovárica con tratamiento de hormonas así como una punción folicular. Los tasa de éxito está en 31% para mujeres menores de treinta y cinco años y en el 19% en mujeres de cuarenta y uno[594].

- Criopreservación de ovocitos:

Tras un proceso de estimulación ovárica, se procede a la extracción de óvulos para su congelación. En un momento posterior se podrá optar por la fecundación e implantación en la paciente. El primer nacimiento a través de esta técnica se produjo en 1999 teniendo la misma posibilidad de gestación y nacimiento que la de los embriones congelados[595].

- Donación de ovocitos:

Otra alternativa para estos casos de pacientes con cáncer podría ser la de recurrir a una donante de óvulos. En el caso de no ser posible la preservación de la fertilidad de la mujer a través de los anteriores tratamientos, podrá implantársele en el momento adecuado un óvulo de otra mujer.

b.- La "*fertilidad social*":

Se trata de supuestos en que las mujeres, por razones laborales, no quieren renunciar a sus carreras profesionales para ser madres en el momento más importante de su progresión[596]. De esta forma, por el problema de la pérdida paulatina de la

[593] Oktay, K:"*Efficiency of oocyte cryopresservation: a meta-analysis*". Fertil Steril, núm. 86, Julio 2006, págs. 70-80

[594] Armijo Suárez, O:" *Nuevas aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad*". EN "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*", ob. cit., pág. 30-

[595] Noyes, N:"*Over 900 oocyte cryopreservation babies born with no apparent increase in congenital anomalies*". Reproduction Biomedical Online, núm. 18, Junio 2009, págs. 769-776.

[596] Jiménez Cano, R:"*Facebook y Apple ofrecen congelar los óvulos a sus empleadas*". El País, Tecnología, publicado el 15 de octubre de 2015: Algunas macro-empresas internacionales como Facebook, Apple o Google ofertan a sus empleadas más brillantes esta posibilidad, haciéndose cargo de los gastos relativos al tratamiento. Ofrecen costearlas el proceso y mantenimiento de congelación de sus óvulos. Facebook y Apple han reconocido públicamente a la cadena de televisión NBC su compromiso

producción ovárica que acompaña a la edad, deciden crioconservar sus óvulos con el fin de posponer su maternidad a un momento más propicio y estable de su carrera profesional. La estabilidad económica es un dato de absoluta importancia para la llegada de un hijo.

Según las publicaciones del Instituto Nacional de Estadística de este año, la edad media en que la mujer española accede a la maternidad es a los 31,6 años, siendo la media de número de hijos de 1,32[597]:

No existe una edad establecida para poder catalogar a una mujer de "añosa"[598] para la maternidad. Hace algunos años la situábamos en los treinta y cinco años. En la actualidad es común definirla por encima de los cuarenta. En cuanto a la edad límite de acceso a las técnicas de reproducción asistida, nuestra Ley 54/2006 TRHA no establece un techo. Ahora bien, por lo que se refiere al acceso a estas técnicas en la sanidad pública sí se han establecido límites de edad. La edad de la mujer se fija en los cuarenta años y la del hombre en cincuenta y cinco. En nuestra opinión, algunas legislaciones europeas como la griega, en las que sitúa el límite de edad de la mujer en los cincuenta años, son más acordes con la situación actual de estas, en relación con su situación en el mercado laboral y profesional. Es un hecho aceptado que, en nuestros tiempos, el retraso a la maternidad es una realidad común en la mayoría de los países de nuestro entorno.

c.- La "*fertilidad funcional*":

En este tipo de motivación reproductora descansa en los modelos de familia que existen en nuestra sociedad actual. Nos referimos a otros modelos distintos al tradicional, formado por un hombre y una mujer, como es el caso de las parejas homosexuales o mujeres en solitario. Además de estas, existen parejas de segunda

---

con sus trabadoras de que se mantengan en su puesto de trabajo a cambio de costearles el proceso de congelación. Ambas empresas han confiado para ello en los servicios de "*Eggsurance.com*". Cada ciclo de estimulación ovárica para la toma de muestras tiene un coste de 10.000 dólares (7,900 euros). A esto hay que añadir otros 500 dólares más (394 euros) de coste de almacenamiento anual de los óvulos. Otra empresa que se encarga de prestar este servicio a multinacionales o entidades más pequeñas es "*Extend Fertility*". De igual forma, hay que añadir que Facebook tienen un programa de ayuda a la adopción para sus empleados. http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/10/15/actualidad/1413333970_087854.html. Consultada el 27 de noviembre de 2015.

[597] Armijo Suárez, O:" *Nuevas aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad*". En "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*", ob. cit., pág. 32.

[598] Señala Armijo Suárez que hasta el momento, el caso de concepción de forma natural a edad más avanzada se sitúa en los 57 años. En los casos de nacimientos a través de técnicas de reproducción asistida, existen casos de nacimientos a los 63 o incluso a los 70 años. Ibídem.

creación en los que alguno de sus miembros ha podido someterse previamente a una ligadura de trompas o a una vasectomía.

.- En el caso de las parejas homosexuales de hombres es evidente que la única opción para lograr un hijo genéticamente propio, al menos de uno de ellos, es la gestación por sustitución a través de la cesión de la capacidad gestante y ovárica de una mujer (o de dos en el caso de que una actúe de simple gestante y otra sea la donante del óvulo aportado).

.- En el caso de parejas homosexuales de lesbianas existen varias opciones pero destacamos el novedoso método "*ROPA*" (Recepción de ovocitos de la pareja): amparado por nuestro Derecho:

Este método, también conocido como "maternidad compartida", es una de las opciones más usuales en parejas de lesbianas. Cuando se trata de una pareja formada por dos mujeres, hasta tiempos recientes, la única posibilidad era que sólo una de ellas pudiera guardar relación biológica con el hijo. La otra mujer, únicamente se convertía en madre legal, previo consentimiento ante el encargado del Registro Civil y mediando matrimonio entre ambas, en aplicación del artículo 7.3 LTRHA que contempla el supuesto de doble maternidad derivada de nacimientos a través de técnicas reproductivas. De esta forma, la mujer que se sometía a la técnica reproductiva con utilización de esperma de donante, era la que desarrollaba la gestación y posterior alumbramiento. Esto se daba tanto en el caso de que ella misma fuera la portadora del óvulo o de que lo hubiera recibido de una donante.

Ante esta situación, en la actualidad está en auge optar porque el óvulo que se utiliza en la técnica no provenga de la propia paciente ni de una donante. El óvulo implantado proviene precisamente de su pareja femenina. De esta forma ambas mujeres consiguen guardar relación consanguínea con su hijo; una será la madre biológica que lo gesta y lo alumbra, y la otra será en realidad la madre genética al ser la aportante de su óvulo.

Este método fue duramente cuestionado puesto que las donaciones de óvulos que ampara nuestra Ley deben ser anónimas y no puede producirse la selección de la donante (6.5 LTRHA). Ahora bien, teniendo en cuenta que para el caso de un matrimonio heterosexual se contempla la posibilidad de que el esposo aporte el esperma para fecundar a su mujer, las asociaciones de lesbianas plantearon esta discriminación

ante la Comisión Nacional de Reproducción Asistida quien emitió informe a su favor. En consecuencia el Partido Socialista (PSOE) elevó una Proposición no de Ley, la cual fue aprobada por el Congreso en el año 2010. En definitiva, hoy en día las clínicas de reproducción aplican amparadas por la Ley este método únicamente en el caso de mujeres casadas[599].

.- En el caso de mujeres que deciden acceder a las técnicas en solitario:

Tendrán dos opciones. Recurrir a ciclos con donantes de esperma, u optar por una donación total de embrión ajeno. También es frecuente que mujeres que quieren posponer su maternidad se sometan a un proceso de extracción de óvulos para su posterior congelación, a la espera de que tomen la decisión de ser madres.

b) Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP)

Esta práctica fue introducida en España con ocasión de la Ley 54/2006 TRHA. Ha sido bautizada como "*bebé-medicamento*". En la cultura anglosajona se le conoce como "*savior sibling*".

La razón más común para su prohibición o denegación descansa en que, para su práctica, es necesario crear un grupo elevado de embriones de los cuales la mayor parte tendrán que ser descartados[600]. Ese es el componente ético que más rechaza su puesta en marcha. Otra de las oposiciones está basada en entender que puede ser la antesala para la aplicación de la llamada "*pendiente resbaladiza*"[601]. Esto significa que la ciencia pueda encaminarse a permitir seleccionar las características triviales del ser humano: rasgos físicos, tendencias, capacidades etc… El tercer argumento en contra de esta práctica se refiere a la discusión sobre una "*instrumentalización de la procreación*". Se cuestiona el hecho de que un ser vivo venga al mundo con la única finalidad de salvar a otro.

Este nacimiento no tiene por finalidad única la simple obtención de células del cordón umbilical del "bebé salvador" sino que, es probable que en muchas ocasiones

[599] http://www.fivrecoletos.com/servicios/parejas-de-mujeres/

[600] La posibilidad de tener un embrión sano es de 3/16: En Arango Restrepo, P, Sánchez Abad, P.J., Miguel Pastor, L. M:"*Diagnóstico genético preimplantatorio y el "bebé medicamento": criterios éticos encontrados en la literatura biomédica*". Cuadernos Bioética XXIII, 2012, pág. 304.

[601] De Lora, P:"*Es permisible tener un hijo para curar a otro*?"en "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*". Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015, pág. 47.

haya de someterle a técnicas invasivas a los largo de su vida con el objeto de obtener, por ejemplo, medula ósea. Entre los contrarios a estas técnicas destaca Overall[602].

Tal y como narra De Lora, La primera vez que se realizó esta técnica fue en el año 2000, de manos del equipo del Doctor Verlinsky, en el Instituto de Genética de Chicago. En esta técnica colaboró el Centro de Medicina Reproductiva de Denver. El objetivo buscado era encontrar la manera de encontrar un donante compatible con Molly Nash, de seis años de edad, quien padecía una anemia de Fanconi[603]. Tras el nacimiento de su hermano, se le realizó un trasplante las células de su cordón umbilical, La enfermedad se superó[604]. Con posterioridad fueron más los casos similares[605]. Algunos de ellos, influyeron en la toma posterior de decisiones importantes[606].

El artículo 12 LTRHA se encarga de la regulación relativa a esta técnica. Podrán realizarse en los centros autorizados para la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia. También se podrán

---

602 Overall, C:"*Why have children? The ethical debate*". The Mit Press, febrero 2012.

603 Verlinsky, Y, Rechitsky, S, Verlinsky, O*:"Preimplantation diagnosis for Fanconi anemia combined with HLA matching*". Jama, núm. 285, 2001, pág. 313: en De Lora, P:"*Es permisible tener un hijo para curar a otro*? en "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*", ob. cit., pág. 42.

604 Ibídem, pág. 43.

605 De igual forma, en el año 2001, el matrimonio Hashmi, de nacionalidad británica, ante la falta de un donante compatible con su enfermo hijo, Zain, decidió iniciar esta práctica de DGP. Previamente habían intentado tener un hijo compatible por medios naturales pero se vieron obligados a interrumpir el embarazo puesto que el feto portaba la enfermedad. En un segundo intento, tuvieron un hijo sano pero resultó incompatible con su hermano. De acuerdo a la legislación británica, requerían la autorización de la Human Fertilisation and Embryology (HFEA), órgano competente para conceder su realización de esta práctica. Entendiéndose que la autorización del DGP, junto con la histocompatibilidad, únicamente podía ser autorizada cuando hubiera peligro para el embrión por anomalía genética y ser los padres portadores de la misma, finalmente se concedió la autorización: Gitter, D:"*Am I my brother´s keeper? The use of Preimplantation Genetic Diagnosis to create a donor of transplantable stem cells for older sibling suffering from a genetic disorder*". George Mason Law Review, vol. 13, 2006, págs. 975-1035.

606 Fue el caso del matrimonio Whitaker padres de Charlie, quien sufría una enfermedad anémica congénita. Tras solicitar ante la HFEA la correspondiente autorización de DGP, en esta ocasión fue denegada al entenderse que el padecimiento del niño no era consecuencia de una transmisión genética sino de una mutación propia. Ante la falta de previsión de cura, la HFEA valoró el número de embriones que deberían ser sacrificados para realizar la prueba, sin posibilidad de éxito. Fue entonces cuando esta familia decidió trasladarse a Chicago ante el triunfo obtenido en caso de Molly Nahs. El resultado fue el nacimiento de Jamie, compatible con su hermano, y de quien se obtuvieron las correspondientes células del cordón umbilical, y médula ósea, que exitosamente salvaron a Charlie. Ante lo anterior, la HFEA se vio obligada a rectificar su protocolo y, en el año 2004, contemplo como regla para acceso al DGP el hecho de haber agotado todas las vías posibles para obtener alternativas terapéuticas y donante compatible. Se ha realizado un catálogo de patologías[606] susceptibles de autorización de DGP y de DGP + tipaje: en Arango Restrepo, P, Sánchez abad, P.J., Miguel Pastor, L. M:"*Diagnóstico genético preimplantatorio y el "bebé medicamento": criterios éticos encontrados en la literatura biomédica*", ob. cit., pág. 304.

realizar para la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. La aplicación de estas técnicas requiere la comunicación previa a la autoridad sanitaria correspondiente que será quien informe a la Comisión Nacional de Reproducción Asistida.

La aplicación de estas técnicas de DGP para cualquier otra finalidad, o cuando se pretenda practicar en combinación con la determinación de "antígenos de histocompatibilidad" de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales del caso (artículo 12.2 LTRHA).

Como explica De Lora, el primer uso documentado en España tuvo lugar en la Unidad de Genética, Reproducción y Medicina Fetal del Hospital Virgen del Rocío de Sevilla. Un niño, de nombre Andrés, quien padecía una grave enfermedad, fue tratado, en octubre de 2008, con las células del cordón umbilical de su hermano Javier. Con posterioridad se han producido dos casos más. En el año 2011, nacieron en la Clínica IVI de Barcelona dos niñas gemelas con el objetivo de ayudar a paliar la enfermedad que padecía su hermano mayor. En 2012, también el Clínica Virgen del Rocío se trató a través de esta técnica a un menor que padecía una aplasia medular severa[607].

c) <u>Especial Tratamiento de los embriones sobrantes en la LTRHA de 2006</u>:

Uno de los problemas de mayor relevancia que se han originado con la realización de todas estas técnicas, tal y como explica Armijo Suárez, se refiere al hecho de que, necesariamente, para éxito de las anteriores, van a restar embriones sobrantes en cada ciclo reproductivo artificial. Esto ha exigido una regulación relativa al manejo, utilidad o destino de esos <u>embriones humanos sobrantes</u>. Lo anterior deriva de que, en un ciclo de FIV es necesario fecundar varios óvulos puesto que la posibilidad de embarazo de estos es poco probable. Como aclara Ferraretti, de cada diez ovocitos, únicamente uno o dos logran su finalidad. Se aconseja una respuesta de entre siete y diez ovocitos. Por debajo de esa cantidad se califica de posible fracaso[608]. Además de lo anterior, se suele buscar de forma intencionada que, en la primera estimulación ovárica

[607] De Lora, P:"*Es permisible tener un hijo para curar a otro*?: en "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*", ob. cit., pág. 46.
[608] Ferraretti, A.P:" *ESHRE consensus on the definition of poor response to ovarian stimulation for in vitro fertilization: the Bologna Criteria*". Human Reproduction, núm. 26, Julio 2011, págs. 1616-1624.

a la que se somete la mujer, se generen embriones sobrantes con el fin de crioconservarlos. De esta forma, se evita que esa mujer deba repetir en un futuro otra estimulación ovárica en el caso de querer tener más descendencia. Así se impide que se deba repetir la intervención quirúrgica que implica la punción ovárica[609].

En este aspecto, nuestra legislación impone la obligatoriedad de conservar todos los embriones viables que sobren de la realización de un ciclo de reproducción asistida. Los centros y clínicas deben estar dotados de todos los medios necesarios para la crioconservación de esos embriones sobrantes. Se deben conservar y almacenar congelados en tanques de nitrógeno líquido a una temperatura de -196ºC. Una vez descongelados podrán ser implantados en un momento posterior como consecuencia de un nuevo ciclo de FIV.

Nuestra legislación, a lo largo de distintos textos legales, ha regulado la descongelación y destino de esos embriones sobrantes. Nos referimos a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre TRA, a la Ley 42/1988, de 31 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células y, a la Ley 44/2003 que modificó la Ley de 1988. Actualmente la regulación en esta materia se encuentra en la Ley 54/2006 TRHA, de 26 de mayo y en la Orden Ministerial de 5 de noviembre de 2014, por la que se modifican los anexos I, II, III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización[610].

El destino[611] de estos embriones óptimos sobrantes puede dirigirse a una utilización posterior por parte de la misma mujer original, o de su pareja femenina. De esta forma, estos podrán ser utilizados en momentos distintos, para repetir un segundo o subsiguiente embarazo. En este caso, respecto al plazo en que pueden permanecer

---

609 Armijo Suárez, O:" *Nuevas aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad*": en "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*" ob. cit., pág. 16.

610 BOE. núm. 269, de 6 de noviembre de 2014.

611 Asensio, M:"*Opinión de las parejas sobre el futuro de sus embriones pasados cinco años de congelación*". Progr. Obstet. Ginecol, núm. 44, 2001, págs. 199-202: En este estudio publicado en 2001, en el que se recoge la opinión de parejas respecto al destino de sus embriones congelados, casi un tercio tenía intención de utilizarlos para uso propio en un futuro, otro tercio tenía intención de donarlos a parejas infértiles y a otro tercio no le convencía ninguna de las opciones legalmente previstas. Cuando se les formulaba la pregunta de por qué aún no habían iniciado la posterior implantación propia, el 58% contestó que estaban satisfechos con el número de hijos que tenían y un 9% ya presentaba situaciones incompatibles con el embarazo que suponían un riesgo en la gestación.

congelados[612], se establece un tiempo equivalente a la vida fértil de esa mujer[613]. También es posible que esos embriones puedan ser donados con fines reproductivos para que puedan ser implantados en mujeres distintas que desean ser madres[614]. Como explica la doctora Armijo Suárez, en este caso será necesaria que la mujer no superara los treinta y cinco años[615] en el momento de congelarse los embriones. Existe también la opción de que esos embriones sean donados pero con fines de investigación. Los consentimientos sobre el destino de esos embriones deberán ser renovados cada dos años. En el caso de que transcurran dos plazos sin ningún consentimiento al respecto, el centro podrá disponer de los mismos para cualquiera de los destinos señalados.

Existen, además, otras causas por las que se pueda dar la salida de embriones sobrantes. Se puede dar la situación de que la pareja haya fallecido, se encuentre ausente o no cuente con economía suficiente para proceder a una nueva implantación propia.

El anonimato previsto para los donantes de esperma y de óvulos se extiende de igual forma a los donantes de embriones. Esto implica que, en virtud de la regulación prevista en el artículo 5.5 LTRHA de 2006, los receptores de esos embriones donados puedan obtener información general sobre los donantes. De igual forma se aplicará el régimen legal previsto para las excepciones en que podrá revelarse la identidad de los donantes, en casos de peligro para la vida o salud del hijo, o cuando se requiera en virtud de la aplicación de normas procesales penales.

Finalmente, la destrucción de embriones criopreservados únicamente será posible cuando haya finalizado el plazo máximo de congelación (fin del periodo fértil

[612] Existe un caso en que tras doce años de congelación del embrión, este fue descongelado e implantado produciendo un embarazo gemelar, sin ninguna complicación. En Revel, A: ""*Twin deliver following 12 years of human embryo cryopreservation: case report*". Human Reproduction, núm. 19, 2004, pág. 328. También en Sociedad Española de Fertilidad: "*Congelación embrionaria*" http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/recomendaciones/congelacionEmbrionaria.pdf

[613] Artículo 11.3 LTRHA: "*La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de los especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida*".

[614] En el año 2014 el Registro de la SEF ha publicado que en el último año se han donado con fines reproductivos alrededor de 1.300 embriones en España. https://registrosef.wordpress.com/2014/06/25/datos-registro-sef-2012/

[615] Armijo Suárez, O:" *Nuevas aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad*": en "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*" ob. cit., pág.19.

de la mujer)[616] sin que se haya optado por cualquiera de los destinos anteriormente establecidos.

Algunos autores como García Fernández[617], entienden que más que de donación de embriones, debería de hablarse de "adopción de embriones". Frente a la adopción tradicional de un hijo, la opción de adoptar embriones tiene ventajas evidentes. Se puede vivir la experiencia del embarazo y les permite el no tener que dar explicaciones sobre el origen del niño. Al tiempo, cuentan con información médica, social y psicológica de los padres genéticos de su hijo. Frente a los elevados costes de una adopción de un menor, la implantación de embrión donado ronda los dos mil euros, aunque es cierto que el porcentaje de éxito ronda el 32%[618].

En el caso de que el destino del embrión sea la investigación científica habrá de estar a la normativa[619] correspondiente que prohíbe de forma expresa la creación de embriones para estos fines[620]. Únicamente podrán dedicarse los sobrantes, autorizado por el consentimiento de los progenitores, y siempre con un control de las investigaciones a realizar desarrollado por parte de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, así como de las comisiones legales de los centros en los que se desarrollen. Las investigaciones, en todo caso, deben tener interés científico y ser de carácter lucrativo. No podrán ser implantados ni estudiados en modelos animales. Los embriones viables[621] no deben superar los catorce días desde la fecundación y deberá centrase en el carácter terapéutico o de diagnóstico.

---

[616] No existen estudios suficientes de evaluación de la viabilidad embrionaria tras largos periodos de conservación, puesto que esta práctica se realiza desde hace algo más de veinte años. Sociedad Española de Fertilidad: "*Congelación embrionaria*" http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/recomendaciones/congelacionEmbrionaria.pdf.

[617] García Fernández, D:" *Adopción de embriones humanos en la Ley de reproducción asistida española*". Déreito, núm. 2, vol. 17, 2008, págs. 49-63.

[618] Armijo Suárez, O:" *Nuevas aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad*": en "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual,* ob. cit., pág. 22.

[619] Ley 47/2007, de 3 de julio, de Investigación Médica (BOE. núm. 159, de 4 de julio de 2007).

[620] En legislaciones como la de Reino Unido, o en Estados Unidos, sí se permite la creación de embriones para la investigación pero deberán ser destruidos en un plazo máximo de catorce días desde la fecundación. De igual forma, en Reino Unido y en Suecia se permite utilizar embriones sobrantes para generar células madre. En García Fernández, D:" *Adopción de embriones humanos en la Ley de reproducción asistida española*", ob. cit., págs. 49-63.

[621] Los embriones no viables según los expertos son los sobrantes que hayan superado el plazo legal de utilización y hayan sido apartados de cualquier proyecto parental: En Armijo Suárez, O:" *Nuevas aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad*". EN "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual,* ob. cit., pág. 23.

4.- la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida

No debemos olvidar que la gran reforma en materia de filiación que se produjo en nuestro país se sustentó sobre el principio de la verdad biológica. Se abogó por la máxima de que, dentro de las relaciones familiares, el hijo tuviera la determinación de la filiación que por naturaleza le correspondiera, así como por el respeto, escrupuloso, a la igualdad[622]. Como hemos indicado, el artículo 39.2 CE establece la protección integral de los hijos y su igualdad ante la Ley con independencia de su filiación o nacimiento. Es a través de este precepto donde se recoge la posibilidad de investigación de la paternidad, de acuerdo al principio de la verdad biológica.

En cuanto a las nuevas técnicas de reproducción, hay que dejar constancia de que, hoy en día, sitúan el derecho de familia en una nueva realidad donde la homologación de las mismas crea muchas dificultades sobre su tratamiento, creando una serie de polémicas. Aumenta la importancia del principio de voluntad y responsabilidad que disminuye el valor de la realidad biológica.[623]. Gracias a estos avances en materia de reproducción asistida, tanto la maternidad como la paternidad, han dejado de considerarse como una relación de filiación basada puramente en la genética. Resulta curioso que tras siglos por conseguir que la figura del padre se considere a quien biológicamente lo es, reivindicando la libre investigación de la paternidad, nos encontramos ante un criterio de paternidad formal derivado de las técnicas de reproducción asistida y la adopción. Así se recoge en el artículo 39.2[624] de la Constitución en el que se indica "*La Ley posibilitará la investigación de la paternidad*", entendido como una victoria de la "verdad biológica". Con la utilización de la técnicas de reproducción asistida esa verdad biológica se sustituye por una verdad consentida, una verdad formal[625].

---

[622] Romero Coloma, A.M: "*Reproducción asistida e identidad genétic*a". Revista Legaltoday.com/ Artículos de Opinión, 23 de abril de 2012, http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/reproducción-asistida-e-identidad-genetica. Consultado el 28 de septiembre de 2013.

[623] Fábrega Ruiz, C.F. "*Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*". Ed. Comares. Granada, 1999, pág. 84.

[624] Artículo 39.2 CE: "*2. Los poderes públicos asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad*"

[625] Lamm, E. "*El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*". Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Civil. Programa "*El derecho en una sociedad globalizada*". Bienio 2006-2008, Barcelona, octubre 2008, pág 91.

Es importante partir del concepto de filiación. Para Rivero Hernández la filiación es "*la relación que se da entre padres e hijos*"[626]. Considera la relación jurídica de filiación como "*la existente entre generantes y generados, padres e hijos, con el conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones, que los vincula en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el derecho contempla*"[627].

Aunque en los nacimientos derivados del uso de técnicas reproductivas artificiales es evidente que se dan diferencias respecto a la procreación natural, el legislador, en materia de filiación, ha entendido que debe incluirla en la natural puesto que "*la manipulación del hijo en sus orígenes en nada debe alterar la clasificación jurídica de la filiación*"[628].

De esta forma, nuestra legislación recoge como dos únicas vías de filiación la natural (entre la que se encuentra la derivada de técnicas de reproducción asistida) y la adoptiva. En relación con esta cuestión, no existe al respecto una opinión unánime. Autoras como Lamm[629] o Roca Trías[630] consideran que los problemas derivados del uso de las técnicas de reproducción asistida no pueden ser encuadrados ni en la filiación natural ni en la adoptiva, sino que entienden la necesidad de una nueva estructuración del sistema de filiación teniendo en cuenta una tercera forma, diferenciada de las anteriores, dedicada a los nacimientos derivados de técnicas reproductivas. El principio fundamental de esta forma de filiación tendría como elemento de base la llamada "voluntad procreacional". Este principio está basado en la "teoría de la intención". Según esta corriente, en los nacimientos derivados de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en general, la maternidad y paternidad debe corresponder con la persona o personas que, al margen de su aportación genética, dieron lugar al proceso de creación del hijo como consecuencia del deseo de ser padres[631]. La fuente principal del

[626] Lacruz Berdejo, J. L: "*Elementos de Derecho Civil*". Tomo IV. Familia. Dykinson. 2008, pág. 25.
[627] Ibídem.
[628] Barber Cárcamo, R: "*Reproducción asistida y determinación de la filiación*". REDUR 8, 2010, op. cit. pág. 27.
[629] Lamm, E: "*La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*", Revista de Bioética y Derecho, núm. 4, 2012.
[630] Roca Trías, E: "*Filiación asistida y protección de derechos fundamentales*", DS, vol. 7, 1999, págs. 1-14.
[631] Explica Ordás Alonso, M, que en el Derecho español no es una excepción sino que resulta habitual que los diferentes ordenamientos jurídicos en los que se permite la utilización de técnicas reproductivas hayan previsto una regla específica para la atribución de la filiación de los nacidos de esta forma. De acuerdo a lo anterior, esta no podrá ser cuestionada mediante el ejercicio de las acciones de impugnación de filiación con el fin de poner en cuestión la relación genética entre el hijo y sus padres formales. De igual

nacimiento de ese hijo partió del elemento volitivo de los mismos. Es en este elemento del consentimiento en el que reside la fuente protagonista sin el cual el nacimiento nunca se hubiera producido. Como señala Rivero Hernández, el elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la voluntad o decisión de que ese ser nazca[632].

El artículo 7.1 de la LTRHA recoge que la filiación de los hijos nacidos mediante técnica reproductiva asistida se regulará por las leyes civiles, salvo algunas de las especificaciones que se concretan en los artículos 8 y 9 de la norma.

- En el caso de mujeres heterosexuales casadas o en pareja:

En los artículos 8.1 y 8.3 LTRHA, se prevé que cuando las técnicas se utilicen por una mujer casada, interviniendo semen de donante, y mediando consentimiento del marido, el niño será determinado legalmente como hijo de éste. La base de esa filiación[633] estará basada únicamente en ese consentimiento. De igual forma, cuando la mujer no esté casada y se utilice esperma de donante, en los casos en que se haya prestado consentimiento emitido por varón que va a asumir la paternidad, nuevamente el consentimiento será suficiente para determinar la paternidad a favor de ese hombre. En este caso se solicitará la inscripción como hijo no matrimonial, en virtud del artículo 49 del RC.

- En el caso de parejas formadas por dos mujeres:

Las previsiones contempladas en la LTRA dejaban fuera de actuación una realidad derivada de las parejas de mujeres que convivían con los hijos biológicos que habían tenido de sus relaciones anteriores con un varón, o fruto de las técnicas de reproducción aplicadas en solitario. La falta de cobertura jurídica provocaba un desamparo puesto que los derechos únicamente encaminados a la figura de la progenitora biológica. Como consecuencia a la anterior entrada en vigor de la Ley

---

forma, tampoco será posible que el donante de gametos interponga las correspondientes acciones de filiación respecto al hijo: en ""*El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida*", ob. cit., pág. 15.

[632] Rivero Hernández, F: "*La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificia*l". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, Vitoria, entre el 28 de septiembre y 2 de octubre de 1987. En: "*La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*". Trivium, Vitoria-Madrid, 1988, pág. 146.

[633] Tamayo Haya, S: "*La cuestión de la pluriparentalidad: de la lógica sustitutiva a la lógica adicional*", ob. cit., pág. 2.

13/2005 introductora del matrimonio entre personas del mismo sexo, únicamente se contempló la vía de la adopción para estas parejas homosexuales[634].

En este aspecto la primera vía de acceso a la doble maternidad (y a la doble paternidad[635]) fue la adopción. Con el fin de dar solución a los complicados problemas que surgían a la hora de acudir a este procedimiento, la Ley 3/2007[636], de 15 de marzo, sobre Rectificación Registral del Sexo de las Personas supuso un importante avance en esta materia. A través de su Disposición Primera introdujo el apartado 3 del artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Se contemplaba así un nuevo título de filiación basado en el puro consentimiento y no adoptivo[637]. Prevé que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consienta en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

Se admite por esta vía la doble maternidad que evidentemente produce una ruptura absoluta con el aforismo "*mater semper certa est*".

El procedimiento previsto en el artículo 7.3 LTRHA para lograr esta doble filiación maternidad consiste en que la esposa de la receptora de la técnica podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su esposa, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. Este consentimiento, por tanto, debe ser previo al alumbramiento del hijo. No se permite que se realice con posterioridad al nacimiento como si de cualquier nacimiento se tratara.

---

634 A través de la Ley 13/2005 únicamente se reformaron los artículos 175 y 178 relativos a la adopción. Con independencia de esto hay que tener en cuenta que esta posibilidad también se reconoce en algunas Comunidades Autónomas en relación también con las parejas de hecho. Es el caso, entre otras, de la Ley Foral 6/2003, de 3 de julio, de Navarra; Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco; Ley 2/2004, de 3 de mayo, de Aragón; Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Cantabria; o la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Cataluña. .

635 Como explica Tamayo Haya, S, los avances en materia de filiación sólo han tenido por objeto los supuestos de parejas de lesbianas puesto que les resulta físicamente posible procrear a través de la fecundación de una de ellas. No se ha tomado la misma medida en relación con los hombres homosexuales que han tenido que acudir a la adopción para cumplir el fin de la paternidad. En este caso, a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico no permite la técnica reproductiva de la maternidad subrogada, este se ha convertido en la única vía posible para poder tener un hijo genéticamente propio, al menos de uno de los miembros de la pareja: en *La cuestión de la pluriparentalidad: de la lógica sustitutiva a la lógica adicional*", ob. cit., pág. 6.

636 BOE núm. 65 (RCL 2007, 5585).

637 Tamayo Haya, S: "*La cuestión de la pluriparentalidad: de la lógica sustitutiva a la lógica adicional*", ob. cit., pág. 6.

Este cambio legislativo fue alabado[638] y reforzó la idea de que la filiación es realmente un concepto puramente jurídico y no natural o biológico[639].

A este respecto hay que apuntar que, el hecho de que se exija que para estos supuestos la esposa de la progenitora que se somete a técnica, deba consentir ante el encargado de Registro Civil, de forma anticipada al nacimiento (a diferencia de matrimonios formados por parejas o matrimonios heterosexuales en los que el marido puede prestar consentimiento en la clínica de fertilización), ha dado lugar a duras críticas por entender que se estaba contemplando una posible discriminación por razón de sexo.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) a través de resoluciones emitidas en relación con supuestos en las que se trataba de determinar la filiación de un nacido a favor de dos mujeres, tanto casadas como unidas por pareja estable, ha mantenido un criterio basado en que, si en el ordenamiento jurídico español, el hecho del parto es el que determina la maternidad legal, no puede instaurarse de forma sobrevenida el reconocimiento de otra maternidad. La maternidad, por tanto, es considerada de forma rotunda como única[640], y en estos supuestos del artículo 7.3 LTRHA el consentimiento tendrá que darse por adelantado y ante el encargado del Registro Civil.

En cuanto a la restricción que este artículo hace en relación con las parejas de hecho de lesbianas frente a las matrimoniales, el T.S. ha emitido un reciente criterio[641]

---

[638] Afirma Tamayo Haya, S., que no se entiende como en la introducción en nuestro sistema del art. 7.3 se dejó fuera de ámbito de aplicación a las parejas de hecho. Esta incongruencia llevó a una parte de la doctrina a abogar por una interpretación extensiva de la norma. El argumento de la estabilidad unida a la idea de matrimonio mal se compadece con un criterio de no discriminación de la determinación de la filiación por razón de la conformación de la pareja. Nada distinto aporta el matrimonio a la relación filial si es entendido como una determinación legal basada en la voluntad. Lo mismo deriva desde el momento en que para el caso de las parejas heterosexuales el consentimiento del varón no casado es considerado como documento indubitado a los efectos del expediente de la legislación registral: en "*Problemática jurídica de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida en el seno de parejas del mismo sexo*". ob. cit. pág. 31.

[639] El hecho de que el art. 7.3 no altere el principio de maternidad establecido en nuestro sistema ha derivado en que algún autor afirme que es imposible alcanzar una doble maternidad o paternidad a través de la naturaleza. Iglesia Monge, Mª. I: "*Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonios y de parejas homosexuales femeninas*". Homenaje a al profesor Manuel cuadrado Iglesias. Thomson Civitas, núm. 1, 2008, pág. 482.

[640] Hualde Manso, T. "*De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada*". Aranzadi Civil-Mercantil núm. 10/2012. Parte Comentario. Editorial Aranzadi SA, Pamplona 2012.

[641] Ya se había producido un avance considerable con ocasión de la STS, de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3280) al reconocerse a una mujer que había vivido en pareja durante años con una mujer, madre biológica de la niña con la que ambas convivían un derecho de visitas similar al de los padres separados o divorciados. Se consideró la relación afectiva lo suficientemente importante para reconocer el derecho

que supuso un importante avance en esta materia. Permite determinar la filiación del hijo nacido por técnicas de reproducción asistida a favor de dos mujeres, a pesar de no mediar matrimonio entre ellas, o en un caso en que no se prestó el consentimiento previo. Se refuerza en estos criterios la determinación de la filiación materna basándose en la posesión de estado[642].

En concreto, la STS, de 5 de diciembre de 2013[643], resolvió un asunto en el que dos mujeres habían decidido conjuntamente ser madres acudiendo a la reproducción asistida. A este fin ambas otorgaron el pertinente consentimiento ante la cínica en marzo de 2007. En agosto de ese año contrajeron matrimonio y en diciembre nacieron dos niñas gemelas. A la hora de inscribirlas en el Registro Civil, se dejó constancia únicamente de la madre biológica, poniendo a las niñas sus apellidos. Fruto de lo anterior, se instó el correspondiente expediente de rectificación de error. Sin embargo, a pesar de haberse solicitado la rectificación del estado civil y de la filiación de las niñas, la DGRN únicamente su estado de casada. A raíz de lo anterior, se interpuso el correspondiente recurso en fecha 26 de noviembre de 2008.

Tras varias desavenencias entre la pareja finalmente solicitaron el divorcio. Fue entonces cuando la esposa interpuso la correspondiente acción de reclamación de filiación por posesión de estado (arts. 131 CC y 767.3º LEC). La madre biológica de las niñas se opuso alegando falta de acreditación de referida posesión de estado. El Juez de primera Instancia y la Audiencia Provincial de Tenerife dieron la razón a la demandante. Ante el recursos interpuesto por la madre biológica en contra del fallo, el T.S, abrió una nueva vía de cara a estas cuestiones.

Se destacó el papel de la posesión de estado. El Tribunal entendió que estaba acreditada. Optó por proteger la estabilidad de las relaciones familiares y dotó de seguridad jurídica ciertas situaciones derivadas de la apariencia. Se hizo una interpretación extensiva al considerar probado el consentimiento de la pareja para llevar a cabo la fecundación asistida y se le interpone como criterio de atribución de

---

previsto en el art. 162.2 CC, en su condición de allegada. Lo característico de esta sentencia es haber incluido entre el concepto de allegada a la expareja sentimental de la madre de la niña.

642 La posesión de estado recordemos que es un reconocimiento social de la relación parental basado en el comportamiento ininterrumpido entre el que viene ejerciendo como padre y el hijo. Requiere además los elementos del nomen, tractatus y fama. Según Diez-Picazo, L: *"La posesión de estado consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su progenitor natural, que se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo"*. Sistema de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones, ed. Tecnos vol. IV, 2008, pág.247.

643 (RJ 2013, 7566).

filiación[644].

Por otro lado, el TS dictó al poco tiempo la sentencia de 15 de enero de 2014[645]. En este caso se trataba de una mujer homosexual que reclamaba la filiación de un niño que había sido concebido por su pareja a través de técnicas de reproducción asistida. Ya en 2011, la misma sala había otorgado a esta mujer un régimen de visitas sobre el niño en su condición de allegada. En este caso, la mujer solicitaba un vínculo de filiación basado en la posesión de estado, del art. 131. La convivencia había durado más de diez años, en los cuales se produjo la fecundación. Ambas mujeres compartieron el proceso de reproducción y durante los dos años siguientes se compartieron como una familia. El niño incluso llevaba de segundo apellido el de la demandante.

En primera instancia se estimó la demanda al entender que quedaba acreditada la posesión de estado. En segunda instancia la sentencia fue revocada al entender el Tribunal que no se encontraba suficientemente probado el plazo de tres años de convivencia. En cuanto a la aplicación del art. 7.3 entendió que no se podía estimar al no reunirse las condiciones legales.

Finalmente el TS estimó la demanda estimando la posesión de estado y la constatación de un interés legítimo que la Ley exige para reclamar la filiación basada en el interés del menor. Todo ello con independencia de la naturaleza matrimonial o no y con la existencia de un proyecto común de la pareja. Hay que decir que contra este fallo se emitió voto particular de parte de varios magistrados[646]. Estos votos discreparon con la voz mayoritaria al entender, entre otras causas, que no había quedado acreditado el consentimiento de la demandante para la realización de la técnica reproductiva, y respecto a la posesión de estado no había apreciación suficiente.

Sin duda alguna esos fallos judiciales han marcado un antes y un después en esta materia relativa a la filiación materna.

Recientemente, el artículo 7.3 LTRHA ha sido reformado con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil[647]. A través de su Disposición Final Quinta, queda redactado ya en consonancia con la nueva

[644] Tamayo Haya, S: "*Problemática jurídica de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida en el seno de parejas del mismo sexo*". ob. cit. pág.22.
[645] (RJ 2014/ 1265).
[646] Magistrados, Sres. Marín Castán, Salas Carceller y Sancho Gargallo.
[647] BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015.

legislación relativa al Registro Civil derivada de la entrada en vigor[648] de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil[649]: Así dice que "*Cuando la mujer estuviere casada, y no seeparada legalmente o de hecho, con otra mujer distinta, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil[650] que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge*".

- En cuanto a la impugnación de esa filiación ante la falta de vínculo genético:

Habiéndose analizado las formas de determinación de la filiación en los distintos supuestos hay que decir que una vez instituidos estos lazos legales no podrán ser impugnados. Por su parte, el artículo 8 de la Ley 14/2006 TRHA[651], 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. Por tanto, la filiación legalmente determinada a la que hace referencia es a la recogida en el artículo 116 del Código Civil, en el que la presunción de paternidad recae sobre el marido. De este modo, la filiación quedará determinada a favor de ambos. El hijo tendrá en este caso un padre o padres genéticos distintos de los jurídicos.

Otra de las opciones que contempla la Ley respecto a la determinación de la filiación es en los relativo a la filiación derivada de la fecundación post-mortem, el artículo 9 LTRHA, establece que no podrá determinarse legalmente la filiación, ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de la técnica y el marido fallecido, cuando el material genético reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. Con independencia de lo anterior, la Ley, en el párrafo segundo de este artículo, permite al marido prestar su consentimiento en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes al fallecimiento para fecundar a su esposa. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

---

[648] Algunos preceptos de esta Ley entraron en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley 19/2015, otros en fecha 15 de octubre de 2015 y, por último, otros, entrarán en vigor en fecha 30 de junio de 2017.
[649] BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.
[650] La nueva LRC de 2011 dispone en su artículo 44.5 que "*También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge*".
[651] Su apartado segundo también ha sido reformado por la Ley 19/ 2015, de 13 de julio, con el fin de adecuarlo a la nueva normativa sobre el Registro Civil introducida por la Ley 20/2011 RC.

A lo anterior hay que añadir que ese consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de esas prácticas reproductivas. Se aplicará la presunción de consentimiento prestado siempre que el cónyuge que superviviente ya hubiera comenzado el tratamiento de reproducción asistida con anterioridad al fallecimiento del esposo. Esta opción también está prevista para el varón no unido por vínculo matrimonial[652].

- En este punto, resulta interesante detenerse en la cuestión relativa a la pluriparentalidad.

Nos referimos a filiaciones legalmente determinadas a favor de más de dos personas y que se alejan, por tanto, del tradicional principio binario de la filiación marcada a favor de dos personas como máximo.

Tal y como explicamos al hablar de la técnica consistente en el reemplazo de mitocondria, vimos como fruto de la manipulación de un óvulo, en el que a su vez se inserta el núcleo de otro perteneciente a otra mujer, el cual es fecundado con esperma masculino, se da el supuesto de que, genéticamente hablando, ese niño que nace como resultado de la técnica tiene en realidad tres progenitores.

El tema de la pluriparentalidad ya no es una cuestión desconocida. Cierto es que no son muchos los supuestos en que se ha determinado legalmente una filiación a favor de tres progenitores. En el año 2015, surgió el primer caso de triple parentalidad en Argentina[653]. En este caso un matrimonio de mujeres fueron madres a través de técnicas

[652] El artículo 9.3 LTRHA, en la nueva redacción introducida por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil queda redactado de la siguiente manera: "*El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad*". En este sentido, el artículo 44.8 LRC aludido recoge que, en los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine, para hacer constar la filiación paterna se requerirá previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en el legislación registral.

[653] En Argentina, con ocasión de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de 2015 se ha instaurado finalmente el concepto de la voluntad procreacional para nacimiento habidos de técnicas de reproducción asistida. El artículo dedicado a la filiación, el 558, establece que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera que se la naturaleza de la filiación. Si partimos de esta interpretación está claramente consagrado el principio binario. Ahora bien, el art. 2 CCYC impone llevar a cabo una interpretación sistemática de las disposiciones que contiene, para mantener la coherencia con la totalidad del sistema jurídico. Por otro lado, el art. 631 permite la adopción de integración por medio de la cual será posible que, aunque el niño tenga determinada su filiación natural a favor de sus dos progenitores (que ya no forman pareja en ese momento), el cónyuge o pareja actual de cualquiera de ellos podrá adoptar al hijo de forma plena. Aplicando la excepcionalidad del art. 621, no será necesario destruir ninguna de las filiaciones naturales para dar entrada a la adoptiva. Esta adopción no trata de eliminar sino de añadir. El art. 621 se presenta como la excepción; cuando sea pedido a instancia de parte, haya motivos

de reproducción asistida. El aportante del esperma fue un amigo de la pareja. En aplicación de las normas de filiación del Código Civil argentino, el niño tenía oficialmente dos madres, y el título de filiación residía en la voluntad procreacional. En consecuencia, llevaba los apellidos de ambas mujeres. Hasta aquí no encontramos nada novedoso.

Lo sorprendente fue cuando el padre, que no había aportado el esperma como una mera donación sino que tenía expectativas de estar presente en la vida de ese niño, reclamó su paternidad, estando de acuerdo de la pareja de mujeres. Este reconocimiento, que fue secundado por la Asociación Argentina de Lesbianas y Gays, se produjo en el Registro Civil de Buenos Aires[654].

En esta decisión se aplicó la teoría de la intención y la previsión del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos del niño. Esta inscripción desafió al derecho. En este aspecto hay que decir que a la hora de determinar la filiación del niño se aplicó de manera conjunta el elemento biológico (madre que llevó a cabo el parto), el elemento genético (el padre donante), y el elemento de la voluntad (esposa de la madre biológica)[655].

Este no es el único caso. En Ontario (Canadá), en enero 2007, un Tribunal de apelación determinó que un niño tenía tres padres. Al igual que en el caso anterior, una pareja de lesbianas fueron madres a través de la reproducción asistida. De igual forma, el donante de esperma fue un amigo de la pareja. La diferencia con el caso anterior es que en esta ocasión la inscripción del niño se hizo favor de la madre biológica y del padre genético. El Tribunal decidió reconocer de igual manera a la esposa de la madre en base a la voluntad procreacional y al proyecto común que habían decidido llevar a

---

fundados y sea en interés del menor, el Juez podrá acordar la triple filiación. Algunos autores/as como Brunel, Huais, Tissera Costamagna y Vilela Bononi, entienden extensible este criterio excepcional a los nacimientos de técnicas reproductivas para implantar el criterio de la pluriparentalidad al donante de gametos. En todo caso, el art. 558.2 CCYC ya se pronuncia en este sentido y establece que "En las TRHA el vínculo filial está basado en la voluntad procreacional, con independencia de si se contradice o no la identidad genética entre progenitor e hijo. En los caso de pluriparentalidad, la persona del donante quien no debe tener vínculo jurídico alguno con el niño o niña, posee voluntad procreacional y en esta premisa funda su petición de ser reconocida como progenitor": en Brunel, T. F, Huais, M. V., Tissera Costamagna, R., Vilela Bonomi, M. V: "*Pluriparentalidad, filiación e identidad en el CCYC"*, ob. cit., págs. 3 y 4.

654 http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/mama-mama-y-papa-la-primera-filiacion-triple-de-argentina-8287.html.

655 Brunel, T. F, Huais, M. V., Tissera Costamagna, R., Vilela Bonomi, M. V: "*Pluriparentalidad, filiación e identidad en el CCYC"*, ob. cit., pág. 2.

cabo[656].

De igual forma, en marzo de 2013, un Tribunal de Columbia Británica (Canadá)[657]. En este supuesto muy similar a los anteriores los tres progenitores habían redactado un acuerdo previo sobre la dinámica y funciones de cada uno en la vida de la niña.

El último caso se ha dado en Brasil, en febrero de 2015. El supuesto también contemplaba a los mismos partícipes. El Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul, explicando en la sentencia que "*La Ley no puede cerrar los ojos o alejarse de este hecho social que exige la legalización, principalmente porque el reconocimiento milita a favor del menor*"[658].

En relación a lo anterior, hay que poner de manifiesto que en esos países donde han sucedido esos casos se permite la elección del donante de gametos. Entendemos que, de momento, y tal como está es España regulada la donación de gametos, en la que se prohíbe la selección del donante y se impone su anonimato, esas triples filiaciones derivadas de técnicas reproductivas no serán viables, tal y como está nuestra legislación.

En conclusión:

En virtud de lo expuesto, debemos decir que, en relación con la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, nuestra legislación no distingue el origen del óvulo o del esperma utilizado para la fecundación. El criterio de determinación legal de la maternidad o paternidad descansa por tanto sobre la verdad gestacional o sobre la intencional de las personas que prestaron su consentimiento para ser padres o madres, con independencia de ser o no los aportantes del material genético.

Una vez más se aplica el aforismo de derecho romano "*mater semper certa est*" y, en consecuencia, la mujer que geste y alumbre al niño será determinada como madre legal. En el caso de estar casada, sea en unión heterosexual u homosexual, su cónyuge será determinado como progenitor o progenitora en aras del consentimiento prestado.

De acuerdo a lo anterior, insistimos en la evidencia del claro requisito del consentimiento como título de filiación. Sin duda alguna estamos ante una tercera forma

[656] Brunel, T. F, Huais, M. V., Tissera Costamagna, R., Vilela Bonomi, M. V: "*Pluriparentalidad, filiación e identidad en el CCYC*", ob. cit., pág. 2.
[657] Hay que hacer referencia a que en este Estado, a nivel local, se permite la inscripción de filiación de nacidos a través de técnicas reproductivas, a favor hasta de cuatro personas; los donantes pueden ser también determinados siempre y cuando todos los involucrados firmen un acuerdo
[658] http://www.conjur.com.br/2015-fev-22/menino-registrado-pai-duas-maes-homossexuais.

de filiación, distinta de la natural y de la adoptiva, basada en la voluntad procreacional y en la teoría la intención, en la que no se debe tener en cuenta la aportación o no del material genético utilizado.

5.- <u>Técnicas reproductivas de tipo heterólogo: la donación de esperma y de gametos y sus participantes</u>

La donación de material genético con fines reproductivos no es algo nuevo. Podemos afirmar que las primeras donaciones de esperma experimentadas en tratamientos médicos de infertilidad, se utilizaron ya en los inicios de 1970[659].

Los principales receptores de la donación anónima de esperma son los matrimonios infértiles y parejas del mismo sexo, ambas mujeres, que desean ser madres. También mujeres heterosexuales, sin pareja, que quieren ver cumplido su sueño de formar una familia. Estas mujeres que acuden a estas prácticas en solitario, no constituyen más de 1% de las que recurren a estos tratamientos[660].

La mayoría de los matrimonios que han terminado acudiendo a estas prácticas ocultan el hecho de haber concebido a su hijo gracias a una donación anónima de material genético reproductivo, del mismo modo que, años atrás, se ocultaba la adopción de un hijo. En los casos de matrimonios homosexuales y mujeres solteras por elección, no suelen hacerlo. La inseminación artificial lograda gracias a una donación de gametos ha generado desde los años ochenta cientos de miles de nacimientos en todo el mundo. Sólo en Estados Unidos se producen más de diez mil nacimientos al año[661].

La idea original de conservar el esperma masculino se remonta a Paolo Mantegazza quien, en 1866, fundó el primer banco de esperma para uso veterinario. En esa época, se comenzó a valorar la idea de conservar el esperma de los soldados que marchaban a la guerra para inseminar a sus viudas[662]. En la década de los cincuenta se perfeccionaron los primeros intentos de congelación de esperma masculino y ya en el años 1970, comenzó a usarse la donación anónima al intentarse reemplazar el esperma defectuoso de un varón por el de otra persona anónima. Fue entonces cuando surgieron

---

[659] Oses, R: "*Crioconservación de semen. Aspectos clínicos*". http:// www.cryo-bank.com.ar/doc-crio. htm) Boletín Informativo de la Sociedad Argentina de Andrología, vol. 6, núm. 3. Consultado el 16 de marzo de 2012.

[660] "*Quiénes recurren a un banco de esperma para poder tener un hijo* ». http://edant.clarin.com/diario/2001/10/28/s-0540.htm). Consultado el 16 de marzo de 2012.

[661] Oses, R. « C*riopreservación de semen. Aspectos clínicos* », ob. cit..

[662] Genevieve Delaisi de Parseval y Alain Janaud. : « *L, enfanta tout prix »*, pág.140.

las técnicas de inseminación artificial con donante (IAD) y fecundación in vitro con donante (FIVD)[663].

En 1972, Francia creó el primer Centro de Estudio y Conservación del Semen Humano (CECOS), integrado en la asistencia pública, cuya misión era recolectar donaciones anónimas para conservarlas con el fin de asistir a los matrimonios que no podían tener descendencia. Como las sustancias generadas por el cuerpo humano no pueden ser comercializadas (excepto en Estados Unidos) estas aportaciones debían necesariamente ser gratuitas[664]. Los bancos de esperma son laboratorios donde se guardan las muestras congeladas y se les da una preparación especial en nitrógeno líquido, a una temperatura de 196 grados centígrados bajo cero[665].

Los bancos de esperma, además de la misión primordial de ayudar a mujeres y parejas con problemas ováricos o ginecológicos a cumplir su sueño de ser padres, tienen otras finalidades de distinta índole. La crioconservación del esperma, como ya se ha indicado, puede ser solicitada por un paciente con el fin de diferir su paternidad, por ejemplo, en enfermos de cáncer que pueden ver afectada su fertilidad tras los tratamientos correspondientes. La crioconservación también puede ser utilizada en casos en los que se realiza un tratamiento de reproducción asistida a una pareja, y se guarda el esperma del esposo o pareja para un momento posterior. Algunas parejas deciden contribuir voluntariamente para ayudar a otras con trastornos genéticos hereditarios a tener hijos sanos. Los donantes pueden ayudar anónimamente a parejas infértiles, parejas del mismo sexo o mujeres solas, a realizar sus sueños de tener hijos.

Como se ha señalado anteriormente, en nuestro país, a través de la Ley de Técnicas de Reproducción del año 2006, están permitidas las técnicas reproductivas de tipo heterólogo.

Esta amplía admisión legislativa, no es igual en todos los países de nuestro entorno cultural y geográfico. En el caso de Italia o Austria, su ley no permite este tipo de técnicas, limitándose la permisión a las de tipo homólogo en las que la fecundación asistida únicamente podrá lograrse con material genético aportado por los interesados.

A raíz de lo anterior, tal y como analizaremos más adelante, el hecho de que

---

[663] Roudenisco, E. "*La familia en desorden*". Editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, págs. 174-178.
[664] Ibídem.
[665] "*what is a sperm bank*?" http://www.cryosinternacional.com/franchise/what-is-a-sperm-bank.aspx.

existan legislaciones tan diferentes sobre la misma materia, provoca la existencia del llamado "turismo reproductivo". Aunque en general este fenómeno es conocido con ese término, la "*European Society of Human Reproduction and Embryology*" (ESHRE) se ha mostrado reticente a utilizarla al considerar que frivoliza las razones por las cuales las personas acceden a esas técnicas reproductivas. La idea de canalizarlo como un tipo de "turismo" lo enfoca como viaje de placer. Entiende más acertada la expresión "Cross-Border Reproductive Care"[666]. Lo anterior podríamos incluso calificarlo como una especie de "turismo sanitario" que lleva aparejadas innumerables consecuencias jurídicas; la determinación de la filiación de esos niños nacidas a través de técnica reproductiva en el extranjero. En definitiva, podría definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a técnicas de reproducción asistida[667].

Es una realidad habitual que ciudadanos de un estado se desplacen a otro con el fin de poder realizar determinada técnica reproductiva prohibida o restringida en su país de origen. Podemos, de igual manera, comprender que dentro de esos incentivos se encuentre el hecho de que en otros lugares esa técnica reproductiva se obtiene con mejores condiciones; dígase, con mayor celeridad, menor coste, mayores garantías o menos limitaciones. Entre estas últimas se encuentra el requisito relativo al estado civil o la orientación sexual del receptor[668].

Dentro de la Unión Europea, España, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Suiza y Eslovenia, son países que destacan como lugares de destino para el acceso a técnicas de reproducción. En el caso de España, tal y como estamos analizando, cuenta con una legislación amplia y permisiva. Admite casi todas las técnicas reproductivas a excepción de la clonación, la gestación por sustitución y la posibilidad de selección del sexo del bebé. De igual forma, los costes suelen ser inferiores en comparación con los establecidos en otros lugares de nuestro entorno. A estos datos podemos sumarle el hecho de que las listas de espera son más reducidas y la calidad de los centros clínicos de reproducción es muy destacada. Un hecho que precisamente potencia que ciudadanos

[666]Shenfield, F, De Mouzon, J., Pennings, G., Ferreretti, A.P., Nyboe Andersen, A., de Wert, G., Goossens, V.: "*Cross border reproductive care in six countries*". Human Reproduction, 2010, vol. 25, núm. 6, págs. 1361-1368. http://humrep.oxfordjournals.org/cgi/reprint/25/6/1361. Consultado el 28 de agosto de 2014.

[667] Storrow, R.F: "*Quests for conception:Fertility Tourist, globalization and feminist legal theory*" Hastings Law Journal, 2006, vol. 57, págs. 300-305.

[668] Cohen, J: "*Le tourisme procréatif:un pis-aller*". Gynecoligie, Obstétrique & Fertilité, Vol.34, núm. 10, 2006, pág. 881.

extranjeros viajen a nuestro país descansa en la posibilidad legislativa de practicar técnicas de reproducción asistida con óvulos donados. Un alto porcentaje de ciudadanos que acuden a España con este objetivo son de nacionalidad italiana o británica (cuestión que desarrollaremos más adelante). En el primero de los supuestos, la razón es que en Italia, hasta abril de 2014, no estaba permitida la realización de tratamientos heterólogos, es decir, con material genético donado[669]. La Ley 40/2004[670], de 19 de febrero, en materia de procreación médicamente asistida, está considerada como la más restrictiva en la materia. En el caso de ciudadanos británicos, el motivo más común por el que eligen España es debido a que, a pesar de que en su país están permitidas[671] estas técnicas, el anonimato de los donantes de óvulos y de esperma que rige en nuestro país (art. 5.5 LTRHA), no está protegido en su legislación.

La cuestión relativa al turismo reproductivo es preocupante por varias razones. En primer lugar, hay que tener en cuenta que se convierte en una opción únicamente viable para personas con buena posición económica. Por otra parte, es imposible controlar de forma absoluta la calidad o seguridad de los servicios ofrecidos que puede presentar riesgos para las partes intervinientes. Lo anterior, aumenta la posibilidad de riesgo de explotación de mujeres que viven en países en desarrollo. El turismo reproductivo provoca que ciudadanos de países no permisivos quebranten las leyes nacionales con el fin de conseguir un objetivo no permitido. De esto derivan preocupantes consecuencias relativas a la inscripción en el registro civil de estos niños y, en definitiva, de su filiación. Por último, La idea de turismo reproductivo parece reflejar la idea de un negocio, de un "baby bussines"[672].

En relación a lo anterior, las opiniones pueden ser muy dispares. Se podría abogar por la prohibición de todo tipo de turismo reproductivo o, por el contrario, se podría entender que el hecho de que este fenómeno esté en alza pueda aprovecharse para buscar una armonización de las leyes con el fin de, los que lo deseen, puedan tener un hijo sin el obstáculo burocrático que en la actualidad encontramos.

[669] En fecha 9 de abril de 2014 la Corte Constitucional Italiana declaró la inconstitucionalidad del art. 4.3 de la Ley que prohibía la utilización de técnicas reproductivas con material genético donado.
[670] Ley núm. 40/2004, de 19 de febrero. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Gazzeta Ufficiale núm. 45 del 24 febbraio 2004.
[671] Human Fertilisation and Embryology Act 2008.
[672] Lamm, E: "*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", ob. cit., pág. 194.

En España, a pesar de esta permisividad con las técnicas heterólogas, la regulación relativa a estas donaciones es muy rigurosa y garantista. Cuando el varón anónimo dona su esperma, éste siempre su utiliza crioconservado, por lo menos durante seis meses antes de su uso, por la seguridad que implica esta ventana de tiempo. Todos los bancos de esperma tienen la obligación de analizar las muestras de los donantes para buscar el posible desarrollo de enfermedades genéticas, anomalías cromosómicas e infecciones de transmisión sexual.

En Europa, el procedimiento de selección de donantes está regulado por la Directiva Europea de Tejidos. La ley establece los requisitos que deben cumplir tanto los donantes como las usuarias de estas técnicas, siendo un requisito común la información.

De acuerdo al artículo 3 de la LTRHA, tanto quienes deseen recurrir a ellas como quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, deberán ser informados y asesorados sobre estas prácticas, en especial sobre sus aspectos biológicos, jurídicos y éticos, así como las condiciones económicas del tratamiento. El equipo médico que se encargue de realizarlo tendrá la obligación de que esa información se aporte en condiciones de comprensión eficaces. Esto no deja de resultar acorde con toda actuación sanitaria, conforme a los artículos 2.2 y 8 de la Ley 41/ 2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica. De esto deriva que, aunque la ley de técnicas no regule de una manera concreta y específica la necesidad de conceder un periodo de reflexión entre la obtención de la información y el consentimiento, el que el artículo 8.1 de la Ley 41/2002 imponga que la prestación del consentimiento del afectado debe realizarse una vez recibida la información y haya valorado las opciones propias del caso, implica que debe transcurrir un plazo prudencial para que la usuaria de la técnica pueda valorar y reflexionar la decisión a adoptar.

Este consentimiento deberá prestarse en un formulario en el que harán constar todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleva a cabo la aplicación[673].

La donación de gametos y preembriones, incluyendo la donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja, para la reproducción de personas ajenas a ella, contemplan en el artículo 5 de la LTRHA del año 2006, los

[673]Se pueden consultar los formularios de consentimiento informado propuestos por la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) en http://nuevo.sefertilidad.com/socios/consentimientos-informados.php.

mismos requisitos que venían siendo requeridos por la Ley de 1988. Ha de realizarse a través de un contrato gratuito, formal y confidencial entre el donante y el centro autorizado, con las siguientes características:

.- Irrevocabilidad: Salvo si el donante precisara para sí[674] los gametos donados y siempre que los mismos están disponibles, debiendo en este caso devolver los gastos originados al centro receptor. De la misma forma, parece que tampoco regirá la irrevocabilidad en el caso de la fecundación sin aportación de semen de donante (homóloga, o heteróloga con donación sólo del ovocito), pues el varón de la pareja que aporta el semen para fecundar a su esposa o compañera no es un donante anónimo sino un interesado[675] directo en el resultado de la aplicación de la técnica y por lo tanto podrá echarse atrás y arrepentirse en cualquier momento anterior al inicio de la técnica, aunque deberá igualmente hacer frente a los gastos ocasionados.

.- Gratuidad: La donación será gratuita y no tendrá carácter lucrativo a comercial, aunque podrá establecerse una compensación económica resarcitoria para compensar las molestias físicas y gastos de desplazamiento y laborales que puedan haber sido padecidas por la donación, sin que en modo alguno se pueda entender como precio o incentivo económico. El Ministerio competente en materia de sanidad, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.

5.1- Perfil del donante[676]

No existe un claro perfil del donante de gametos y mucho menos una constatación clara de cuáles son los motivos que empujan a una persona a ceder su material reproductor. Hay un gran número de donantes que se encuadran en el grupo de jóvenes universitarios sin involucramiento en la situación. También se constatan como donantes de gametos, padres o madres de familia que deciden tomar su decisión al conocer personalmente las historias de gente que ha pasado por una situación de

[674] En la LTRHA de 2006 desaparece la restricción contenida en el artículo 5.2 de la LTRA de 1988 de que la única causa que podía autorizar la revocación del donante era la infertilidad sobrevenida.
[675] Ante la falta de previsión legal específica recurrimos al principio general de respeto de la autonomía del paciente y la consecuente revocabilidad del consentimiento informado, del artículo 8.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: “El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”.
[676] https://www.ivi.es/pacientes/pide-cita/?utm_source=yahoo&utm_medium=cpc

incertidumbre a causa de la infertilidad, o porque ellos mismos tuvieron a sus hijos gracias a estas técnicas.

5.2- Selección del donante[677]

La selección del donante es un proceso realizado por la clínica de fertilidad o banco de esperma. En nuestro país, en ningún caso el donante puede ser elegido por los pacientes que van a recibir la donación. En cambio, en algunos de los Estados Unidos o países de nuestro entorno como Dinamarca, se puede elegir un donante "a la carta". Allí existen catálogos en los cuales se pueden ver las fotos de los donantes cuando eran bebés y conocer su estado intelectual y estudios. En el resto de países, elegir donante resulta imposible ya que la ley protege su identidad, por lo que la persona que acuda a un centro de reproducción asistida o banco de esperma, no podrá elegir sus características ni conocerlo.

Sin perjuicio de lo anterior, los datos del donante quedan registrados en la clínica por prevención ante cualquier eventualidad futura pero, ni la receptora ni el donante, pueden conocer datos relativos de la identidad del otro. Cada muestra de esperma se clasifica con un número que se ingresa a un programa de cruzamiento de datos para elegir el donante más compatible en función de las características físicas de la receptora o la pareja receptora con el objetivo de emparejar el fenotipo y aspecto físico de donantes y pacientes. Se busca una homologación fenotípica con la receptora o el marido de la receptora. Se intenta que sea compatible, no sólo con el grupo sanguíneo, sino con el color de piel, cabello y altura de la receptora y su pareja.

5.3- Perfil de los receptores de las técnicas[678]

Para que una mujer pueda recibir los óvulos de otra, debe contar con unas características muy similares, tanto biológicas como el mismo tipo de grupo sanguíneo. También deben contar con el mismo color de piel y características físicas destacables.

Las personas que acuden a centros de reproducción asistida pueden agruparse en los siguientes tipos:

a.- Matrimonios infértiles

En España, más de la mitad de los varones que recurren con su pareja a la reproducción asistida, presentan alteraciones seminales. La inseminación terapéutica

[677] https://www.ivi.es/pacientes/pide-cita/?utm_source=yahoo&utm_medium=cpc
[678] https://www.ivi.es/pacientes/pide-cita/?utm_source=yahoo&utm_medium=cpc

con esperma de donante anónimo es utilizada en muchos casos por matrimonios con problemas de infertilidad del varón: aoospermia, oloispermia severa, baja movilidad espérmica, tetatospermia, vasectomía con mal pronóstico de reversibilidad o fracaso de reversión quirúrgica, enfermedad genética conocida del varón, mujeres severamente sensibilizadas al Rh con una pareja Rh positiva, varones con disfunciones eyaculatorias incorregibles y secundarias a traumatismo, cirugía, medicación, enfermedad neurológica y daño medular. El paciente puede haber congelado previamente su propio esperma para ser utilizado, en una inseminación artificial in vitro, después de un tratamiento médico que pueda afectar a su fertilidad.

b.- Parejas del mismo sexo

Las parejas homosexuales siempre tuvieron la posibilidad de fundar una familia y tener hijos a condición de ocultar sus inclinaciones sexuales. La donación anónima de esperma, en el caso de mujeres lesbianas, les permite tener hijos sin necesidad de traicionar su orientación sexual. En el caso de loa varones, como ya hemos indicado, tienden a acudir a la única técnica posible, la gestación por sustitución. Al no estar permitida en nuestro país genera un turismo reproductivo.

c.- Mujeres sin pareja

En España, desde 1988, la ley permite a las mujeres sin pareja ser madres mediante técnicas de reproducción asistida. En otros países como en Argentina, lo pueden hacer sin problema dado que este aspecto no está reglamentado y, en otros países como Francia, no les está permitido. Un dato importante es que en el año 2002, las mujeres argentinas que iban sin pareja a centros de reproducción representaban un 5% y, en el año 2007, ya fueron el 30%. Uno de las razones por las que las madres solteras prefieren inseminarse que simular un improvisto embarazo con un amante intencional, es precisamente por la cantidad de controles médicos infectológicos, genéticos e inmunológicos a los que son sometidos los donantes de esperma.

Las mujeres que deciden ser madres en solitario suelen ser mayores de 36 años y conscientes de que el reloj biológico corre en su contra. Por el hecho de no haber encontrado una persona adecuada para formar una familia no descartan el deseo de formarla en solitario. Muchas de ellas, antes de decidirse a someterse a estas técnicas, estuvieron apuntadas en registros de adopción y se cansaron de esperar. Sin duda, esto

es debido a que en los países donde se permite adoptar en solitario, siguen teniendo preferencia los matrimonios legítimos.

6.- <u>El anonimato del donante de material genético en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida</u>

Poniendo todo lo anterior en consonancia con el tema protagonista de este trabajo, debemos decir que nuestra legislación relativa a técnicas de reproducción asistida, en las que interviene aportación genética por parte de donante, ya sea de óvulos, ya sea de esperma, protege claramente la intimidad y anonimato de éste.

De esta forma, el artículo 5.5 de la LTRHA establece que "*La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.*

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 salud del hijos o cuando proceda 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".

A su vez, el artículo 8.3 de citada Ley recoge que "*La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5.5 de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación*".

De todo lo anterior se desprende que, en virtud de la aplicación de citada norma, en España, las donaciones de material genético reproductor son indudablemente anónimas. No hay duda interpretativa al respecto[679]. Se garantiza el secreto relativo a

[679] Señala Ordás Alonso, M., que en este aspecto que el origen del anonimato del donante de gametos se ha vinculado históricamente con las actitudes sociales existentes a finales del Siglo XIX, principios del SXX en los cuales la esterilidad fue estigmatizada como un fracaso personal. Matiza la autora que el uso de las técnicas de reproducción asistida era visto con un gran escepticismo. Desde el punto de vista jurídico el uso de esperma donado era equiparado al adulterio y los hijos nacidos de técnicas eran considerados como ilegítimos: en El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación asistida mediante técnicas de reproducción asistida", ob. cit., pág. 19. A este respecto cabe

todo dato identificativo del donante. Independientemente de esto, se reconoce tanto a los hijos como a las receptoras de gametos, el derecho a obtener una información general sobre el donante, pero siempre excluyendo su identidad. Como hemos visto, esta información únicamente podrá desvelarse en supuestos absolutamente excepcionales, los cuales, la propia ley recoge expresamente de forma cerrada.

En virtud de la aplicación del artículo 5.5, únicamente se podrá sobrepasar la obtención de esa información general básica ante supuestos en los que exista un verdadero peligro para la vida o para la salud del hijo engendrado, o bien responda a exigencias procedimentales de carácter penal. Hay que dejar claro que, en virtud del señalado artículo 8.3 LTRHA, aunque existan supuestos en los que concurran esas excepciones, al anonimato protegido y la revelación de la identidad del donante nunca derivará en la determinación legal de la filiación.

La cláusula de exigencia relativa a que en ningún caso se dará publicidad a la identidad del donante, da lugar a dos posibles interpretaciones:

.- Que queda prohibido para las partes divulgar la paternidad o maternidad.

.- Que no se dará a conocer la identidad al hijo o a la madre, siendo conocida sólo por el personal sanitario a efectos de la intervención médica correspondiente.

En cuento al supuesto de revelación de identidad como consecuencia de la aplicación de leyes penales procesales, según Álvarez y Díez Soto[680], hace referencia al supuesto de que el donante oculte enfermedades transmisibles, cometiendo así un delito de lesiones de descendencia.

Es evidente que esta protección legal del anonimato del donante de gametos entra en clara colisión con el derecho del hijo a poder conocer sus orígenes biológicos y genéticos. ¿Vulnera el artículo 5.5 LTRHA el derecho a la identidad de la persona nacida mediante técnicas reproductivas?

---

señalar la sentencia del Tribunal Supremo de Ontario, de 6 de enero 1921 (caso Oxford v. Oxford) en el que en un procedimiento de divorcio en el que se acusaba a la esposa de adulterio, ésta alegó haber sido inseminada con esperma de donante con el fin de procrear a su hijo, sin haber pedido el consentimiento al marido. El Tribunal no lo encontró acreditado y afirmó que, aún en el caso de haber quedado acreditado seguía siendo culpable de adulterio puesto que lo importante no era la relación sexual con otro hombre sino la voluntad de reproducirse con un extraño e introducir en el círculo familiar un hijo con sangre ajena (Vid. Dennison, M: "*Revealing your sources: The case for non-anonymous gamete donation*". Journal of Law and Health, vol. 21, 2008, pág. 5.

[680] Álvarez, J; Díez Soto, C. "*Artículo 5. Donantes y contratos de donación*". En LLedo Yagüe F, Ochoa Marieta, C, Monje Balsameda, O: "*Comentarios científicos a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida"*,Dykinson, Madrid, 2007., pág. 107.

Nuestra legislación en técnicas de reproducción asistida es un de las más progresistas de todo el continente, frente a países extraordinariamente restrictivos como es el caso de Italia.

Algunos expertos entienden que "*en España no se implantó el anonimato para favorecer la donación, sino porque el legislador entendía que es acto era una muestra de altruismo sin ninguna vinculación emocional (…). La idea era que la persona no se comprometiera más allá de lo que supone la donación*"[681].

En España, el sistema implantado en reproducción asistida tuvo inspiración en el exitoso programa de donación de órganos. Este estaba basado en los principios de anonimato y gratuidad. El modelo de donación de órganos elegido evita tanto el choque emocional de que se conozcan las familias del donante y receptor, como la posibilidad de donación inter vivos, evitando así la comercialización de los órganos. Con estas premisas, se aplicó el mismo patrón a la donación de gametos, considerándole de igual forma un puro acto de carácter altruista. Es cierto que, en este caso, existe una gratificación económica considerada una compensación por las molestias que supone el desplazamiento y, en el caso de las mujeres, por el tratamiento de estimulación ovárica necesaria y posterior punción para extraer los ovocitos. En este aspecto la Comisión Nacional de Reproducción Asistida cifra la cantidad de referencia para evitar así precios entre clínicas, así como la mercantilización[682].

En general los partidarios de levantar el anonimato del donante de gametos apelan a dos argumentos, uno de tipo legal y otro de naturaleza psicológica. En el aspecto psicológico se sitúa la necesidad del hijo de conocer sus orígenes genéticos, de saber quién es su progenitor[683]. El aspecto legal, se sitúa en el hecho de que conocer los

---

[681] Así lo manifestó D. Federico Pérez Milán, presidente de la Sociedad Española de Fertilidad, en una entrevista publicada por el Diario El País, en fecha 22 de noviembre de 2010: Prats, J: "*Donar esperma no es ser padre (de momento)"*. El País, Archivo, 22 de noviembre de 2012. http://elpais.com/diario/2010/11/22/sociedad/1290380401_850215.html

[682] En el año 2010 los precios estaban fijados en 30 euros en la donación de esperma y 800 la de ovocitos: En Prats, J: "*Donar esperma no es ser padre (de momento)"*. El País, Archivo, 22 de noviembre de 2012. http://elpais.com/diario/2010/11/22/sociedad/1290380401_850215.html. Consultado el 11 de julio de 2014.

[683] En este aspecto existen propuestas como la de D. Jesús Palacios, Catedrático de Psicología Clínica, que entiende que en toda persona existe la necesidad de tener todas las piezas del puzle de su vida. Considera que una forma para satisfacer esa necesidad sin vulnerar el anonimato del donante sería que el donante redactara una carta, "*se podría describir así mismo, explicar los motivos que le llevaron a donar. Se trataría de un escrito personal para responder a quien buscara sus antecedentes con ansiedad y que pudiera conservar la persona entre sus objetos más queridos*". En Prats, J: "*Donar esperma no es ser padre (de momento)"*. El País, Archivo, 22 de noviembre de 2012. http://elpais.com/diario/2010/11/22/sociedad/1290380401_850215.html.

antecedentes personales de una persona es un elemento básico de la dignidad humana. Por ello se considera que, bloquearlo, frustra el desarrollo de la personalidad. Este principio es precisamente el que ha llevado a una parte de los países europeos a levantar el secreto sobre la identidad del donante[684].

Por el contrario, entre los partidarios del anonimato, la razón más común es entender que eliminarlo pondría en peligro las técnicas de reproducción asistida por falta de donantes.

En el apartado siguiente vamos a realizar el análisis de este choque de derechos: el derecho a la intimidad del donante frente al derecho del hijo a conocer sus orígenes genéticos.

7.- Derecho a la intimidad del donante de material genético reproductor frente al derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos y genéticos.

Como ya se ha indicado, nuestra Constitución Española de 1978, a través de su artículo 39.2, recoge el principio de la libre investigación de la paternidad. Este artículo supuso una ruptura con la época anterior en la que la filiación paterna no podía ser investigada ni siquiera a través de la impetración del auxilio judicial. Insistimos en que, se trataba de una época en la que se protegía, por encima del interés del hijo, la intimidad de los padres en relación con los problemas que pudieran causarles la aparición de hijos extramatrimoniales que pudieran complicar sus vidas. Como decimos, esto finalizó con la España constitucional[685].

En relación con lo anterior, autores como Lacruz Berdejo[686] rechazan el principio de verdad biológica del artículo 39.2 CE. Entiende que, al igual que el Tribunal Constitucional hiciera a través de la sentencia de fecha de 17 de junio de 1999, la finalidad de citado precepto se limita a investigar la paternidad con el fin de establecer una relación de filiación. Desde esta vertiente interpretativa, en ese artículo, no estaría contemplado el fin limitado y relativo al derecho a conocer los orígenes biológicos. La investigación de la paternidad que no tenga por objeto determinar la filiación, no estaría contemplada en el Código Civil.

---

[684] Así lo expresó D. Fernando Abellán, asesor jurídico de la Sociedad Española de Fertilidad, en la entrevista concedida al Diario El País, publicada en fecha 22 de noviembre de 2010: EN Prats, J: "*Donar esperma no es ser padre (de momento)"*. El País, Archivo, 22 de noviembre de 2012. http://elpais.com/diario/2010/11/22/sociedad/1290380401_850215.html.

[685] Ruiz Sáenz, A: "*El anonimato del donante en los supuestos de técnicas de reproducción asistida*". Extraordinario XXII Congreso, Comunicaciones, vol. 23, 2013, pág. 52.

[686] Lacruz Berdejo, J. L: "*La Constitución y los hijos artificiales*". Actualidad Civil, 1987-2, pág. 2037.

La teoría de Pantaleón Prieto[687] es más complicada. Defiende que el donante debería ser el padre en el caso de que la madre sea una mujer no casada o sin pareja, o cuando el marido rechaza la paternidad. En el primer supuesto, esta teoría está imponiendo que siempre exista un padre y entra en choque frontal comparándolo con el derecho de una mujer que decide tener un hijo en solitario a través de relación sexual, no necesitando recurrir a técnicas artificiales para quedarse embarazada. Resulta, sin duda discriminatorio desde el momento en que esas mujeres que han sido madres sin acudir a técnicas de reproducción asistida no tendrían que "compartir" la patria potestad de los hijos con nadie. De la misma forma, la aplicación de la anterior teoría, discriminaría a los propios hijos pues el concebido bajo técnicas de reproducción siempre tendría un padre sin relación afectiva ninguna con su madre, mientras que el concebido de forma natural no. ¿Y en el caso de la una pareja de lesbianas?

Para Moro Almaráz[688], no puede aceptarse el anonimato del donante pues supone un obstáculo insalvable para el derecho del concebido a conocer sus orígenes. Mantiene que si se llegara a conocer la identidad del donante y se entablaran acciones de reclamación judicial, el juez tendría que fallar en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias propias del caso y siempre en interés del menor. Se pregunta la autora ¿por qué tiene que significar la donación anónima dato suficiente para prohibir cualquier legitimación para reclamar la paternidad y maternidad, en todo caso? Nadie se ha planteado que, tal vez, el donante también desee conocer la identidad de su hijo.

Si bien es cierto que en los supuestos en los que, tanto el donante-padre como la madre e hijo están de acuerdo, no parece que haya mayor problema, no parece adecuado imponer la figura de padre a quien en ningún momento ha pretendido serlo[689].

En este sector doctrinal se encuentra Hortal[690], que aboga por suprimir el anonimato para establecer relaciones familiares y parentales más ajustadas a la realidad,

---

687 Pantaleón Prieto, F. "*Procreación artificial y responsabilidad civi*l". II Congreso Mundial Vasco, Vitoria 1987, sobre "*filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*". Trivium, Madrid, 1988, págs.290 y ss.

688 Moro Almaraz, M.J. "*Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*", ob. cit., pág. 111.

689 En este sentido, a lo largo de este capítulo hemos analizado los casos de pluriparentalidad derivados de nacimiento de técnicas de reproducción asistida en los que se ha reconocido la triple filiación a parejas de lesbianas y al donante de esperma con el que se fecundó a la madre biológica. En todos esos casos (Argentina, Canadá y Brasil) había acuerdo entre todas las partes. Véase Brunel, T. F, Huais, M. V., Tissera Costamagna, R., Vilela Bonomi, M. V: "*Pluriparentalidad, filiación e identidad en el CCYC"*, ob. cit., págs. 3 y 4.

debido a la aparición de nuevos modelos familiares. Así sería posible tener dos padres y una madre, o dos madres y un padre. Esto fue algo inconcebible en nuestra sociedad pero, a raíz de fenómenos como la adopción o las familias reconstituidas, poco a poco, se nos va introduciendo en un planteamiento dirigido hacia la asunción de que realmente podrían darse algunas de estas situaciones. La multiparentalidad es un hecho que la "*Common Law*" tiene aceptado como parte de vida: "*three-parent families may be as good as two*", lo que significa que, las familias con tres padres pueden ser tan buenas como las que gozan de dos. Así lo han sentenciado algunos tribunales británicos[691].

Otro autor que defiende la paternidad del donante es Auletta[692]. Afirma que el donante ha realizado actos inequívocos para hacer posible la concepción, por lo que debe soportar las responsabilidades correspondientes y a él deben atribuirse los derechos y deberes derivados de la generación. Esta postura resulta claramente absolutista y surrealista. Siguiendo esta línea, toda persona que decida donar su material genético, por ese simple hecho, tendrá que ser padre con todos los deberes y obligaciones que ello comporta. Está claro que en el momento de realizar la donación, fuere por los motivos que fuere, su intención está claro que no fue la de ser padre. Es más, aplicando esta postura podríamos llegar a la conclusión de que cualquier persona que quiera ser padre lo único que debe realizar es una donación de esperma para conseguir su propósito. Al donante que no tenía voluntad de ser padre no puede imponérsele una carga de la misma forma que al que tiene relaciones sexuales que culminan en una concepción. En este caso, puede que tampoco existiera la intención de ser padre pero, el hecho de haber mantenido esas relaciones, lleva implícito que puede provocar un embarazo. El donante, en cambio, sólo trasmite su material genético. Por tanto, esa es exclusivamente es su voluntad. Este permite que pueda desentender el resultado posterior a la inseminación.

---

690 Hortal, A. "*Criterio de valoración moral de las nuevas técnicas de reproducción humana*". En Gafo, J: "*Dilemas éticos de la medicina actual"*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, pág. 415.

691"*Three-parent families may be as good as two, judge rules*". The Telegraph. http://www.telegraph.co.uk/family/9143327/Three-parent-families-may-be-as-good-as-two-judges-rule.html. De igual forma, véase los casos de triple filiación habidos en Canadá, Argentina y Brasil http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/mama-mama-y-papa-la-primera-filiacion-triple-de-argentina-8287.html. Hay que hacer referencia a que en Columbia Británica (Canadá) a nivel local, se permite la inscripción de filiación de nacidos a través de técnicas reproductivas, a favor hasta de cuatro personas; los donantes pueden ser también determinados siempre y cuando todos los involucrados firmen un acuerdo. Véase http://www.conjur.com.br/2015-fev-22/menino-registrado-pai-duas-maes-homossexuais.

692 Auletta, T: "*Fecondaziones artificiale: problema e prospettive*". Quadrimestre, 1986, pág.55.

Lo mismo sucede con la donación de óvulos. Es evidente que a la mujer que dona sus óvulos para que otra pueda llegar a ser madre, no se le puede imponer la maternidad.

Los defensores de la conexión entre el concepto de paternidad y el material reproductivo cedido, fundamentan esta idea en el cumplimiento al mandato constitucional, previsto en el citado artículo 39.2 CE. En conclusión, los partidarios de esta teoría imponen a los padres "*prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*". Para exigir estas obligaciones habría que considerar a los donantes como padres.

En nuestra opinión, el concepto de "paternidad" va mucho más allá, abarcando un contenido y un sentido infinitamente más amplio que la simple aportación genética. Entendemos, por tanto, que de ninguna manera puede vincularse el hecho de realizar una simple donación reproductiva con ese concepto de "paternidad". En ningún caso entendemos apropiado mezclar estas dos instituciones.

Cuestión distinta es entender la posibilidad de que el hijo nacido a través de técnicas de reproducción asistida pueda tener derecho a saber quién es su progenitor genético. El derecho a saber no debe llevar implícitamente vinculado la unión legal de lazos de filiación. Este derecho cumple con una necesidad humana relativa al propio derecho a la identidad de las personas[693].

Como ya hemos indicado en relación a los hijos adoptados, no debe ser extraño o sorprendente el que los hijos entregados en adopción quieran saber de dónde vienen, a quién se parecen, o quiénes fueron sus antepasados. Esa necesidad de saber es humana. Ahora bien, ese deseo de saber de los hijos adoptados está desvinculado de la idea de paternidad o maternidad legal. De igual manera, entendemos que así debe ocurrir en los nacimientos derivados de técnicas reproductivas. La filiación de esos hijos, como ya

[693] En este sentido Ordás Alonso piensa que si se afirma que el hijo tiene derecho a conocer su propia identidad genética no es posible hablar de anonimato del donante y, viceversa, reconocer a este último el derecho a permanecer en el anonimato implica prohibir al hijo la investigación de sus orígenes. En definitiva existe un conflicto de derechos al que podría darse varias soluciones: un derecho absoluto del secreto del donante, el reconocimiento al hijo de la posibilidad de reclamar la paternidad a través de acciones de filiación, o buscar una tesis intermedia entre ambas. Entre las tesis intermedias podrían estar, la consistente en que el hijo sólo pueda acceder a la información médica del donante o, la posibilidad de revelar al hijo la identidad del donante pero sin consecuencias jurídicas para éste: "El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida", ob. cit., pág.20.

hemos mencionado, está basada en la voluntad intencional, no en la genética. En conclusión, al igual que en los casos de adopción, el hecho de querer saber no debe llevar aparejado la imposición de una filiación no intencional a cargo de la persona que entregó en su día a su hijo natural en adopción, tampoco debe llevar aparejada esa unión entre el donante y el hijo nacido fruto de esa donación.

Existe al respecto, otra postura diferente que define a los donantes como "progenitores especiales" que se encuentran fuera del marco legal y que, por lo tanto, requieren de unas normas especiales. Pero estas normas deberán respetar los derechos fundamentales de todas las partes, no sólo los de los progenitores como ocurre en la normativa vigente.[694]

Expuesto todo lo anterior, vamos a pasar a analizar la regulación de ese anonimato del donante, teniendo en cuenta que la doctrina española se encuentra dividida en dos posturas:

.- Una que entiende que el anonimato vulnera el derecho a la libre investigación de la paternidad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la integridad.

.- Otra que considera que el artículo 39.2 de la CE no es aplicable a supuestos de reproducción asistida con donante y que el desarrollo de la personalidad del nacido bajo estas técnicas quedaba suficientemente garantizada al permitir al hijo obtener información general sobre su progenitor biológico.[695]

Vamos, en primer lugar, a analizar los argumentos de los autores partidarios de la revelación de la identidad del donante.

7.1 Argumentos doctrinales contrarios al anonimato del donante:

Entre los autores que abogan por la necesidad de la revelación de los datos de los donantes de gametos, destaca Rivero Hernández[696]. El autor entiende que el hijo nacido a través de técnica reproductiva tiene derecho a conocer la identidad del donante, aunque, en ningún caso, esa revelación de identidad derive en el establecimiento legal de una la filiación ni por ende en una posible reclamación jurídica o indemnizatoria por

[694]Romero Coloma, A.M. "*La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos*", ob. cit., págs. 1-13.
[695] Alkorta Idiakez, I. "*Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*". Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, pág. 271.
[696] Rivero Hernández, F: "*De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odiévre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 2003")*. Ob. cit., pág. 593.

responsabilidad en calidad de progenitor genético. Lo anterior, sólo podría establecerse en supuestos aislados de ocultación dolosa o culposa de datos esenciales sobre su propia herencia genética o taras transmisibles, en cuyo caso, dice el autor, operaría el régimen general de responsabilidad.

Alega este autor que el derecho a conocer los orígenes es un elemento estructural de la personalidad ya que, aunque formalmente sea hijo de unas personas, su realidad genética es diferente. Al tratar este derecho como uno de los derechos fundamentales que protege el artículo 10 CE, se debe poder ejercitar plenamente con independencia de las acciones de filiación, o cualquier otra que persiga una relación jurídica.

Este criterio[697] también es seguido por Lledó Yagüe[698], quien opina que se debería permitir al hijo, una vez alcanzada la mayoría de edad, acceder a la identidad del donante, y ya únicamente con el consentimiento de este, llegar al punto de poder incluso establecer una relación. Independiente de lo anterior, al igual que Rivero Hernández, citado autor también rechaza cualquier relación jurídica entre ambos.

Otra de las vertientes que parte del levantamiento del anonimato en cumplimiento del derecho a saber sobre los orígenes genéticos, es la planteada por Roca Trías[699]. Desde su punto de vista, sería absolutamente viable que el hijo nacido mediante técnica reproductiva heteróloga pueda aprovechar y utilizar los mecanismos legales con los que cuentan los hijos nacidos de forma natural. Esto implicaría que estos hijos pudieran interponer las correspondientes acciones de investigación de la paternidad permitidas en el artículo 39.2 CE, con el fin de lograr poder conocer sus orígenes genéticos. En opinión de la autora, la interposición de estas acciones únicamente tendría como fin determinar la verdad genética pero no alcanzaría la imposición legal de la reclamación de la paternidad o maternidad. Lo cierto es que si no va a haber ninguna consecuencia jurídica al revelar la identidad del donante, no deberían ponerse más trabas al ejercicio del derecho a conocer los orígenes genéticos, aunque no hay que olvidar que el derecho a la intimidad del donante estaría en juego.

---

[697] Este criterio es seguido de igual manera, entre otros, por Tamayo Haya, S., Lamm, E, Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Flores Rodríguez, J., Fama, V.

[698] Lledó Yagüe, F. "*Fecundación artificial y derecho*". Tecnos, Madrid, 1988, pág.53.

[699] Roca Trías, E: "*La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*". II Congreso Mundial Vasco, Vitoria 1987, sobre "*Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*". Trivium, Madrid, 1988, pág.43.

Gómez Sánchez[700], recuerda que España es parte del Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y Biomedicina, firmado en Abril de 1997. En su artículo 1, dicho Convenio obliga a los Estados firmantes a proteger al ser humano en su dignidad y su identidad así como a garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. La autora defiende el alegato de la inconstitucionalidad del anonimato del donante puesto que "impide al hijo conocer su origen genético y vulnera el artículo 39.2 de la Constitución el cual reconoce la posibilidad de investigar la paternidad".

En este sector de la doctrina, entre los que se encuentran autores como Vidal Prado[701] o Quesada González[702], entienden que la exigencia del anonimato del donante provoca que el interés superior del menor no resulte lo suficientemente protegido.

En conclusión, los argumentos en defensa del levantamiento del velo del anonimato del donante pueden concretarse en los siguientes:

1.- Se considera contradictorio, incluso perjudicial y psicológicamente dañoso para el hijo, que se le permita acceder a datos generales de carácter genético del donante pero no se pueda revelar su identidad. Es completamente lógico que quien busca información del donante quiera saber en definitiva su identidad, no de qué color es su pelo o sus ojos.

2.- La prohibición de conocer sus orígenes genéticos puede crear en la persona un malestar individual y social. Así se ha comprobado que ocurre en el caso de los hijos adoptados.

3.- Conocer al donante puede permitir al hijo completar su información médica referida al primero, generalmente incompleta y tan esencial en determinados supuestos médicos.

4.- Es necesario conocer al donante para evitar impedimentos de consanguinidad a la hora de contraer matrimonio, pues es posible que existan más personas nacidas de material genético del propio donante.

---

[700] Gómez Sánchez, Y: "*El derecho a la reproducción humana*". Marcial Pons, UCM, Madrid, 1994, pág. 113.
[701] Vidal Prado, C: "*El derecho a conocer la filiación bilógica*", ob. cit., pág. 275.
[702] Quesada González, Mª. C: "*El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico*". Anuario de Derecho Civil, Vol. 47, núm. 2, 1994, págs. 245-302.

5.- Se puede resolver la cuestión tomando como referencia el camino seguido en tema de adopción, donde ya se contempla la posibilidad de conocer los orígenes biológicos. De esta forma, se pueden conocer los orígenes sin que suponga ninguna consecuencia jurídica. El artículo 180.4 del Código Civil establece que "*la determinación que por naturaleza corresponda al afectado no afecta a la adopción*".

6.- El secreto profesional médico no cubre la identidad del donante.

7.- El levantamiento del anonimato no afectaría a las donaciones de material genético.

8.- No se exige que se tenga que informar de oficio al hijo sobre sus orígenes biológicos. Simplemente se otorga el derecho de poder conocer la identidad del donante del material genético que porta, al que quiera o necesite conocerlo.

En consecuencia, el hecho de que se otorgue prevalencia a la intimidad del donante se convierte en un sacrificio del interés del hijo al que se le priva de conocer quién fue su verdadero progenitor. Lo anterior supone una restricción para el libre desarrollo de su personalidad[703].

Los defensores del anonimato basan sus argumentos centrándose únicamente en la defensa de los intereses del donante, o de los padres receptores. Se deja en un segundo plano el interés del hijo. No hay que olvidar que precisamente ese interés del menor debe siempre ser digno de la más alta de las protecciones jurídicas. El interés del donante únicamente puede ser entendido desde el punto de vista de la protección puramente social. Esto significa que, teniendo en cuenta que la revelación de la identidad del donante nunca producirá ninguna filiación legal[704] ni, en consecuencia, ninguna obligación jurídica ni afectiva respecto a ese hijo, nos queda por entender que el interés del donante en preservar su anonimato reside en impedir que socialmente se descubra que ha sido donante de gametos. A la misma conclusión llegamos desde el punto de vista de los intereses de la persona o pareja receptora de la técnica reproductiva. La consecuencia que la identificación del donante pueda acarrear a los progenitores, solamente puede producir consecuencias negativas en relación con la percepción que personas de su entorno social puedan construir sobre ellos.

---

[703] Soler Beltrán, A.C: "*La cuestión del anonimato del donante de gametos (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida)"*, ob. cit., pág.6.

[704] Articulo 8.3 LTRHA: "*La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que procede conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación*".

Los anteriores motivos en los que descansa la defensa del anonimato, no resultan suficientes ni justifican la negación al hijo de poder conocer su ascendencia genética.

En el lado opuesto a las anteriores reflexiones, se encuentra la parte de la doctrina que defiende un anonimato absoluto del donante como elemento necesario para garantizar el secreto profesional y la ausencia de cualquier relación jurídica entre donante y nacido.

7.2 Argumentos doctrinales a favor del anonimato del donante:

Los defensores del anonimato del donante de gametos, estriban su postura en una serie de motivos que, como veremos, parten únicamente de la defensa de los intereses del donante y receptores. Desde este punto de vista, se entiende que esta protección al donante, así como de los padres legales del hijo nacido a través de técnica reproductiva asistida, es lo que finalmente prima entre este choque de derechos.

Entre los fundamentos más comunes se argumentan:

1.- El anonimato fortalece la relación entre pareja receptora e hijo, y evita interferencias afectivas de terceras personas, como el caso del donante.

2.- Evita posibles remordimientos de conciencia o arrepentimientos en el donante o en el receptor, así como evita chantajes en los que se vean envueltos los sentimientos de las partes implicadas.

3.- Se garantiza el secreto profesional del personal sanitario.

4.- Asegura donaciones de material genético[705].

5.- Cuando el constituyente recogió como derecho la investigación de la paternidad, lo hizo con el fin de proteger a los niños que quedaban sin filiación por rechazo de sus progenitores, no para averiguar quién era el donante en los supuestos de técnicas de reproducción asistida.

6.- El anonimato es una forma de impedir que ese donante ejercite una acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

[705] Compartimos en sentido la opinión con Fama, Mª. V., relativa a que, en cuanto al argumento de que el levantamiento del anonimato del donante llevaría aparejado el descenso en el número de donaciones de gametos, entiende que el reconocimiento del derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos, justifica tanto el sacrificio a la intimidad de quien ha donado su material genético, como el del derecho a formar una familia en el caso de los usuarios de las TRHA.: "*El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto del CCYC de la Nación*", ob. cit., pág. 190.

7.- Defienden que no puede hacerse un derecho de forma unilateral, es decir, que el niño pueda conocer la identidad de donante y en cambio, el donante no pueda ejercitar una acción de filiación sobre el hijo. Dando esta igualdad de posibilidades se podría perturbar la paz familiar de ese hijo y de su familia formal.

8.- Mantienen que el derecho a conocer los orígenes no es un derecho fundamental.

9.- Defienden que lo importante, a fin de cuentas, es que el nacido tenga vínculos con su padre formal afectivo con quien realmente existe una filiación basada en el consentimiento. El donante simplemente realizó un acto altruista sin voluntad de tener un hijo, ánimo que sí tiene el padre social. Es por tanto, con este último con quien se ve satisfecho el interés del menor, principio rector del ordenamiento. No encuentran necesidad a la exaltación potencial del vínculo genético[706].

10.- El hecho de que existan en nuestro ordenamiento plazos de caducidad para el ejercicio de las acciones de filiación, o que no exista una legitimación absoluta para entablarlas, es una muestra de que no hay una absoluta prevalencia de la verdad biológica en nuestro sistema jurídico[707].

En conclusión, los defensores del anonimato del donante entienden principalmente que por una cuestión de defensa de los intereses generales, la posibilidad de revelación de los datos de identificación provocaría la caída del número de donaciones[708] y, en consecuencia, supondría un grave problema en el desarrollo de la reproducción asistida. De igual forma, entienden que el hecho de que pueda aparecer una persona ajena a la familia puede suponer un problema afectivo para la familia receptora. En este punto no debemos olvidar que los que abogan por la supresión de anonimato no necesariamente apuntan de forma implícita a que ese derecho tenga que suponer el encuentro físico con el donante.

Respecto al argumento relativo a que el hecho de que el niño pueda conocer que la persona a la que identifica como madre o madre no lo es realmente y, en

[706] Lamm, E: "*El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*", ob. cit., pág. 103.
[707]Caballero Peregrin, P. Herrera Campos, R: "*Determinación legal de la filiación*" En Lledó Yagüe, F., Ochoa Marieta, C., Monje Balsameda, O: "*Comentarios científicos-jurídicos a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida"*, ob. cit., pág.121.
[708] Tal y como se analizará más adelante, la experiencia en algunos países ha demostrado que el hecho de levantar el anonimato del donante disminuye las donaciones en los años inmediatamente posteriores a tomarse la medida. A pesar de ello, con el tiempo vuelven a nivelarse. Esto fue lo que ocurrió en Suecia (país pionero) o Reino Unido.

consecuencia, pueda producirle un daño psicológico, entendemos que es una máxima absolutamente superada. Teniendo como ejemplo la institución de la adopción, donde se da idéntico supuesto, creemos que ese daño psicológico en el niño es más potente ante la mentira o silencia sobre la verdad de su existencia, que el que pueda provocar que su familia legal no sea realmente la natural.

Los defensores del anonimato realizan un análisis del artículo 39.2 CE y determinan que no resulta vulnerado puesto que, la investigación de la paternidad que proclama ese precepto se dirige hacia las acciones de reclamación o impugnación de la filiación que tienen como objetivo constituir un vínculo de derechos y obligaciones recíprocos entre los sujetos involucrados en la relación paterno-filial. En cambio, en los nacimientos derivados de las técnicas de reproducción asistida no se busca en realidad crear ese vínculo de obligaciones y derechos sino tan solo conocer la identidad del progenitor. Esto significa que esta búsqueda queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 39.2 CE[709].

Además de las anteriores, encontramos una postura equilibrada entre ambas:

7.3 Tesis intermedia a las dos anteriores:

Frente a las posturas anteriores que se inclinan por dos teorías de extremo, la absolutamente favorable al anonimato o la absolutamente en contra, encontramos dos posiciones intermedias:

1) La primera defiende que el nacido bajo técnicas de reproducción asistida con material genético donado, sólo podrá conocer los datos biogenéticos del donante, puesto que son importantes en relación con posibles enfermedades y tratamientos médicos. De igual forma, se permitirá a los hijos nacidos de técnicas heterólogas obtener una información de carácter general aunque esto en ningún caso alcanzará la revelación de la identidad personal del donante.

Esta es la postura más consonante con nuestra actual LTRHA de 2006.

2) La segunda defiende el acceso a esa identidad pero sin ninguna consecuencia jurídica ni derecho. El hecho de cumplir el deseo o la

[709] Así se recoge en el Fundamento Jurídico 15º de la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 116/1999, de 17 de junio.

necesidad de conocer los datos de sus progenitores genéticos no implicará consecuencias legales.

Desde nuestro punto de vista, dentro de esta segunda tesis intermedia está el perfecto equilibrio. Entendemos que la revelación de los datos de identidad del donante no debe implicar en ningún caso la determinación legal de su filiación ni la imposición a las partes del establecimiento de lazos legales o afectivos de ningún tipo. Este levantamiento del anonimato del donante se limitaría, en consecuencia a dar cumplimiento al derecho a saber del hijo, a conocer y completar su identidad personal.

En definitiva, entendemos que esta tesis equilibra correctamente los intereses y derechos de ambas partes implicadas. Al no significar la imposición de ninguna obligación ni lazo legal o afectivo, los derechos del donante no quedarían afectados y, al tiempo, se lograría satisfacer el derecho del hijo a conocer su identidad.

En cuanto al establecimiento de posibles lazos puramente afectivos entre "padre" e hijo, o la existencia de un acercamiento físico, quedaría exclusivamente al exclusivo arbitrio de las partes implicadas. Nadie puede ser obligado a guardar o crear una relación comunicativa o de cualquier otro índole personal con otra.

8.- La constitucionalidad o inconstitucionalidad del anonimato del donante (artículo 5.5 LTRHA):

Vamos analizar en primero lugar los argumentos en los que se funda la defensa del artículo 5.5 LTRHA, los cuales, se asientan en el respeto del mismo a nuestra Constitución Española:

8.1) Constitucionalidad:

Como ya se ha expuesto anteriormente, el presente planteamiento parte del choque existente entre el artículo 5.5 LTRHA, que aboga por la defensa del anonimato del donante, con el artículo 39.2 de la Constitución Española que contempla el principio de la verdad biológica, y señala que los Órganos Públicos facilitarán la investigación de la paternidad. Ante este choque de derechos es necesario realizar un estudio jurídico que desvele la preferencia de aplicación de alguno de ellos.

¿Merece mayor protección jurídica el derecho a la intimidad de la persona que decidió donar su material genético reproductivo? ¿Es más digno de protección el hijo

nacido mediante técnicas reproductivas y, por tanto, es merecedor de poder conocer sus orígenes genéticos?[710]

La idea inicial de la defensa de la constitucionalidad del anonimato del donante de gametos descansa en que la Norma Suprema española, es posterior a los inicios de la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida en nuestro país. Entienden los defensores de este anonimato que la investigación de la paternidad a la que se hace referencia en la Constitución, se refiere únicamente a la búsqueda de protección de las obligaciones de los padres en relación con sus hijos desatendidos. Entienden que el legislador constituyente, a la hora de redactar el Texto Constitucional, no pensó en ningún momento en las personas recurrentes a esas técnicas reproductivas.

Esto significa que la defensa del anonimato del donante no atentaría contra la verdad biológica que supuestamente podría entenderse que deriva del artículo 39.2 CE. Entienden que, por la realidad de la época social en la que se dicta la Constitución Española, es imposible que esa fuera la intención del legislador. Es una realidad que el constituyente no tenía en mente la intención de haber previsto en ese precepto constitucional los especiales problemas que podrán derivarse de la aplicación de esas técnicas de reproducción asistida de las que empezaba a oírse hablar. Tampoco es viable entender de una manera rotunda que de ese principio de libre investigación de la paternidad surja la absoluta superioridad de la verdad biológica. Si ello fuera así, tendrían que declararse inconstitucionales todas las normas del Código Civil que recojan plazos de caducidad para interponer acciones de filiación o limiten la legitimación de estas[711].

Podríamos entender entonces que, las técnicas de reproducción asistida significarían por tanto una excepción a ese ya constatado derecho de conocer los orígenes biológicos reconocido para los hijos adoptados y que ya cuenta en nuestro ordenamiento jurídico con un reconocimiento expreso a través del artículo 180.6 CC, entre otras normas, nacionales e internacionales.

---

[710] Turner Saelzer, S., Molina Pezoa, M., Momberg Uribe, R: "*Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo*". Revista de Derecho, vol. XI, 2000, pág. 13: Opinan los autores que hay que tener en cuenta que la problemática derivada de esta cuestión es frecuentemente vista desde la perspectiva de los derechos e intereses marcados por el hecho de tener un hijo o dese el punto de vista del donante. En realidad desde que comienza la vida del hijo este se independiza de los procedimientos que permitieron su existencia olvidando precisamente que éste es el que mayor amparo necesita ante la dificultad de defender sus derechos por sí mismo.

[711] Caballero Peregrin, P. Herrera Campos, R: "*Determinación legal de la filiación*" En LLedó Yagüe, F., Ochoa Marieta, C., Monje Balsameda, O: "*Comentarios científicos-jurídicos a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida"*, ob. cit., pág.107.

Es necesario acudir a una interpretación sociológica de la norma y atender a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada. Además de esta, es necesaria de igual manera acudir a una interpretación teleológica atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas interpretaciones que permite realizar el artículo 3.1 del Código Civil, requeridas por los modernos avances científicos y médicos que han proporcionado el desarrollo de estas técnicas de reproducción ante la dificultad de un pareja estéril[712]. La filiación que resulte del uso de técnicas reproductivas con material genético donado nace como consecuencia de presupuestos diferentes de otras formas de filiación.

En relación a la posible inconstitucionalidad del artículo 5.5 LTRHA, es de obligada referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 116/1999, de 17 de junio de 1999[713]:

En esta sentencia se resolvió un recurso de inconstitucionalidad planteado contra la LTRA de 1988 en el que, los recurrentes, alegaban la inconstitucionalidad de esta Ley por entender la vulneración de la garantía constitucional de la familia[714]. Al nombrar tanto a la pareja como a la mujer sola, está posibilitando el anonimato del padre biológico donante y, si bien es cierto que junto a la paternidad biológica tenemos la legal, como es el caso de la adopción, en esta se trata de proteger el interés del hijo. Con la LTRHA solo se busca prohibir la investigación de la paternidad tratando de salvaguardar intereses de las personas que intervienen en las actuaciones médico-biológicas de la reproducción asistida, pero que impiden el ejercicio de los derechos básicos del hijo[715].

El texto de la sentencia resume el informe de alegaciones del Abogado del Estado; lo analiza como un conflicto de intereses diferenciando, por un lado, el derecho de la persona a conocer su filiación biológica como derecho fundamental vinculado a la inviolabilidad de la persona y, por otro, el derecho a la intimidad personal o familiar de los padres jurídicos, y la protección que el Estado debe proporcionar a la estabilidad de

[712] Lamm, E: "*El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*", ob. cit., pág. 101.
[713] BOE. núm. 162, de 17 de junio de 1999.
[714] Ruiz Sáenz, A: "*El anonimato del donante en los supuestos de reproducción asistida*", ob. cit., pág. 154.
[715]Soler Beltrán, A.C. "*La cuestión del anonimato del donante de gametos*", ob. cit., http:// jurídicas.com/áreas virtual/ Artículos/45-Derecho%20Civil/200205-256815410231341.html.

las relaciones familiares. El Abogado del Estado indicó que la solución a este conflicto pasa por la aplicación de criterios de razonabilidad[716].

En su fundamento número 15, el Tribunal explica su postura acerca de la incompatibilidad sufrida entre el artículo 5.5 de la LTRHA, en el que se decreta la donación de material genético como anónima, y el contenido del artículo 39.2 CE que recoge que la ley posibilitará la investigación de la paternidad. Dice el Tribunal literalmente:

"*La Constitución ordena al legislador que "posibilite la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificadas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva, la ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el Art. 39.2 CE, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad.*

No es éste el caso de la previsión contenida en el Art. 5.5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico propio, comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quién es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos de origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del Art. 39.2 de la Constitución.

Habida cuenta de lo expuesto, hemos de rechazar la alegada inconstitucionalidad del Art. 5, apartado 5 de la Ley impugnada. Ha de señalarse, en primer término que el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que de una manera excepcional, "en circunstancias extraordinarias" que

[716] Ibídem.

comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de estos.

Por otra parte, los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida (orientadas-debe nuevamente recordarse- a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana Art. 1.2 de la Ley), con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones- desde culturales y éticas hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación- puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo".

El Tribunal Constitucional declaró por tanto:

"*La Ley sólo podrá ser tachada de inconstitucional por infringir lo dispuesto en el Art. 39.2 CE, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad*".

Según el Tribunal únicamente existen tres situaciones que justifican la restricción de la investigación de la paternidad:

1.- "La finalidad que pretende la 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 quién es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno en la constitución de tal vínculo

jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa en lo dispuesto en el Art. 39.2 CE".

2.- La protección de la identidad del donante no implica una desprotección de los hijos en la medida en que la ley determina el anonimato del donante con un carácter relativo, pues "*el anonimato de los donantes que la ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues, de manera excepcional, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante y también permite a los hijos obtener información general de los donantes, excepción hecha de su identidad*" lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos, con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de estos.

3.- También encuentra fundamento en la protección del derecho a la intimidad[717] de los donantes "(…) el derecho a la intimidad de los donantes contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial.

Que el TC se pronunciara de ésta manera sobre la cuestión, no significa que la resolviera[718]. La solución aportada en esta resolución no unificó la doctrina que, a día de hoy, permanece dividida entre los que entienden que el anonimato del artículo 5.5 LTRHA vulnera el derecho a la libre investigación de la paternidad y, por tanto, al libre desarrollo de la personalidad, y quienes consideran que el artículo 39.2 CE no cubre los supuestos de reproducción asistida heteróloga, y que el derecho a conocer los orígenes queda suficientemente cubierto con el acceso a los datos generales del donante[719].

---

[717] En relación con el choque contra el derecho a la intimidad de los progenitores se da la opinión de que el derecho a la intimidad de los padres justifica la confidencialidad relativa al proceso de reproducción asistida. Garriga Gorina entiende que como consecuencia de la decisión a acudir a técnicas de reproducción asistida nace una persona independiente, ésta es titular de los derechos independientes de los de sus padres. A partir de ahí, la protección de la intimidad de los padres debe ceder ante el beneficio del hijo: "*El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero*". Derecho Privado y Constitución, núm. 21, 2007, pág. 180.

[718] Ruiz Sáenz, A: "*El anonimato del donante en los supuestos de reproducción asistida*", ob. cit., pág. 154.

[719] Alkorta Idiakez, I. "*Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*", ob. cit., pág. 271.

8.2) Inconstitucionalidad:

Los defensores de esta postura afirman que el anonimato del donante no puede ser aceptado desde el momento en que el artículo 39.2 CE ampara la investigación de la paternidad y, en conclusión, el derecho a conocer los orígenes biológicos[720].

En virtud de lo anterior, los autores proclives a esta postura entienden que el anonimato del donante de material reproductor vulnera una serie de preceptos constitucionales. Uno de ellos, Cárcaba Fernández, entiende que, aunque no parece que el anonimato resulte inconstitucional en virtud de la propia esencia del Artículo 39.2 CE, sí resulta contrario a la Constitución, si lo ponemos en relación con el artículo 14 de la Norma Suprema[721].

Trata de forma diferente a los hijos nacidos "naturalmente" que se les permite conocer sus orígenes ejercitando el principio de verada biológica, mientras que para los hijos nacidos bajo técnicas de reproducción artificial este principio quiebra dado que no podrán investigar sus orígenes de la misma forma. La discriminación consiste en tratar de forma desigual dos situaciones idénticas; el adoptado y el nacido bajo la aplicación de técnica reproductiva. Ambos tienen en común que sus ascendientes genéticos son diferentes de sus ascendentes jurídicos. La diferencia entre ellos puede situarse únicamente en que el adoptado ha pasado por una situación de desarraigo, de cambio de familia, mientras que el hijo nacido bajo técnica artificial siempre ha permanecido en el mismo núcleo familiar. Aquí aparece la cuestión clave a resolver;

¿Es suficiente este único dato diferencial para que merezcan un trato jurídico distinto?

El artículo 39.2 CE impone el llamado "principio de la verdad biológica" en materia de filiación así que, negar a un hijo la posibilidad de conocer su real filiación atenta contra ese derecho de igualdad plasmado en el artículo 14 de la CE.[722]

En relación con el artículo 10 CE, difícilmente puede resultar compatible con el anonimato del donante, aunque haya sido declarado constitucional. Entienden que se

[720] Palacios Alonso, M: "*Ley sobre técnicas de reproducción asistida 35/88): de 1988 a 2005*". En Aranguren Sánchez, Romeo Casabona:"*Estudios jurídicos-penales sobre genética y biomedicina*". Dykinson, enero 2005, pág. 49.
[721] Cárcaba Fernández, J.M: "*Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*". Bosch, Barcelona, 1995.
[722] Pantaleón Prieto, F. "*Procreación artificial y responsabilidad civil*". Ponencia al II Congreso Mundial Vasco, Vitoria 28 de septiembre – 2 de octubre de 1987 "Filiación a finales del siglo XX"." Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana". ob. cit. págs. 290 y ss.

degrada al hijo a la condición de objeto, atentando contra su dignidad al ocultarle a su padre de forma sistemática sin razón de peso alguna.[723]

A su vez, el artículo 15 CE, relativo a la integridad física y moral, no comulga con el anonimato del donante. Existen situaciones donde la necesidad de revelar la identidad del donante es primordial para proteger esos valores e incluso la propia vida del hijo.

El artículo 39.3 CE impone a los padres la obligación de prestar asistencia a sus hijos, sobre todo en aquellos casos en que la pareja receptora no aceptase la procreación.[724] Se impide cualquier posibilidad de que un padre pueda prestar asistencia a un hijo, al suprimir toda relación con la línea paterna.

El artículo 18 CE recoge el derecho a la intimidad personal y familiar del niño. El derecho a la identidad forma parte del contenido de otros derechos fundamentales como son, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.[725] Rivero Hernández defiende que, si bien la STC núm. 116/1999 ha establecido que el artículo 39.2 CE, por su finalidad y protección, no comporta el reconocimiento de un derecho absoluto e incondicionado a la investigación de la identidad del progenitor, entiende que su alcance es limitado y se refiere al caso enjuiciado y al conocimiento o no de la identidad del donante de material genético en ese tipo de reproducciones y filiaciones; piensa que no va más allá. Ha razonado únicamente en relación con el artículo 39 CE, más hay otros preceptos constitucionales que al referir el problema, y otros argumentos jurídicos aplicables al anonimato del donante y al problema más general del conocimiento del origen biológico de la persona.

En el ordenamiento jurídico español sí existe y está protegido el derecho a conocer el propio origen. Dice Rivero Hernández que, a pesar de la constitucionalidad del artículo 5.5 LTRHA, sería posible la pretensión y reclamación de un hijo nacido de técnicas de reproducción artificial de la identidad del donante de material reproductor basándolo en principios y normas constitucionales (Artículos 10, 14 y 15 CE) que

[723] Ibídem.
[724] Pérez Monje, M. "*La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*". Centro de Estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. 2002. Pág. 241.
[725] Vidal Martínez. "*La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida*". RGD, septiembre 1994, pág. 953.

justifican ese derecho y frente a los que el artículo 5.5 de la LTRHA debe ceder.[726] En apoyo a esta postura, sostiene que, como muestra de la posición favorable del sistema jurídico español al conocimiento del origen biológico, el Código Civil español, en su artículo 180.4, dispone que la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción. Este precepto ha sido interpretado como un caso de permisividad de investigación del origen biológico del adoptado, es decir, la posibilidad de buscar e investigar quiénes son sus progenitores sin que ello afecte a la filiación jurídica, la adoptiva, y que sus padres legales sigan siendo los adoptantes sin que ningún lazo jurídico ni consecuencia de esta naturaleza con los progenitores que por ese procedimiento sea revelados.

Por otro lado la doctrina[727] realiza algunas objeciones a la argumentación realizada por el Tribunal Constitucional:

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el conocimiento del donante puede ser necesario no sólo para salvar la vida del hijo sino también para prevenir las uniones o matrimonios incestuosos entre personas nacidas del mismo donante.

Además de lo anterior, en cuanto a la afirmación de que el anonimato es necesario para asegurar la provisión de gametos, el legislador no puede establecer reglas que tiendan a facilitar las técnicas de reproducción si con ello está vulnerando derechos de las personas implicadas. El hipotético interés en hacer uso de gametos de tercero por parte de personas estériles no justifica la limitación del derecho a conocer el origen.

Para esta postura, el Tribunal Constitucional contaba con referentes en el derecho de filiación para llevar a cabo dicho análisis, como acontece con la protección dispensada al interés del adoptado en conocer la identidad de sus progenitores biológicos.[728]

Para Alkorta Idiákez, el mantenimiento del secreto sobre la procedencia merece una reflexión. No sólo por el derecho a la salud[729] del nacido, o por el hipotético derecho de toda persona a saber quiénes fueron sus progenitores, sino porque la

[726] Rivero Hernández, F. "*La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico de la STS 116/1999, de 17 de junio al Affaire Odiévre*". Familia. IV. Fasc. 2. 2004.
[727] Alkorta Idiákez, I. "*Regulación jurídica de la medicina reproductiva*", ob. cit., págs. 271 y ss.
[728] Alkorta Idiákez, I. "*Regulación jurídica de la medicina reproductiva*", ob. cit., págs. 271 y ss.
[729] Autores como Ordás Alonso entiende que el reconocimiento de un derecho absoluto de protección del anonimato del donante no sólo choca con su derecho a la identidad sino que vulnera el derecho a la salud del hijo: en "El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida", ob. cit., pág. 20.

negativa del Estado a proporcionar dicho datos puede atentar contra un principio básico de la democracia: El derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos que les conciernen. La protección de los intereses de terceros sólo justifica la negativa a proceder con transparencia cuando los intereses invocados sean superiores al propio derecho de información, que en el caso de los datos relativos a los orígenes biológicos, es además una información cualificada por su relación con el derecho a la salud del nacido de gametos donados y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

9.- <u>Comparación entre la realidad del hijo nacido mediante técnicas reproductivas heterólogas y la del hijo adoptado o nacido por filiación natural</u>.

En relación con la situación de los hijos adoptados, en el Capítulo III de este trabajo se ha analizado la ya comprobada importancia que para los hijos adoptados supone el hecho de poder conocer sus orígenes biológicos. En la actualidad, esa necesidad es ya una realidad claramente constatada. Para nuestra sociedad ya no hay duda interpretativa acerca de la necesidad que mayoritariamente surge en los hijos adoptados. Como ya hemos expuesto anteriormente, no debe sorprendernos que, en algún momento de sus vidas, independientemente de los numerosos motivos que despiertan ese interés, estas personas quieran saber quién o quiénes son sus progenitores biológicos. La conclusión a lo anterior descansa en la lógica de toda persona de querer conocer su propia historia y, por ende, su propia existencia.

Fruto de todo lo anterior, tal y como ya hemos analizado anteriormente, ya existen en nuestro ordenamiento jurídico un conjunto de normas expresas que reconocen ese derecho a estas personas que padecen un vacío en su propia identidad. Entre otros, ya hemos hecho referencia al recientemente redactado artículo 180.6 del CC (anterior 180.5 CC introducido por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre). La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, ha consolidado ese precepto normativo por el que se establece que, el hijo adoptado, mayor de dieciocho años, o en la minoría de edad a través de su representante legal, podrá conocer los datos de identidad de sus progenitores biológicos y, a tal fin, las Administraciones Públicas que intervinieron en el procedimiento de adopción, tendrán la obligación de asistirles y proporcionarles la ayuda necesaria para obtener dicha información.

De igual forma, la necesidad de vinculación social entre el hijo adoptado y su familia de origen se flexibiliza de igual forma con la reciente incorporación a nuestro sistema legal de la institución de la adopción abierta[730]. Como ya se ha expuesto anteriormente, la Ley 26/2015 modifica nuestro CC y reimplanta dicha figura a través de la nueva redacción del artículo 178.4 CC. Recordemos que este precepto estipula, que "*Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos"*.

Como ya hemos visto, a nivel autonómico, también se da el reconocimiento expreso de este derecho. El Código Civil Catalán, en su artículo 235-49, establece que el hijo adoptado tiene derecho a ser informado sobre su origen y, a tal fin, a partir del cumplimiento de la mayoría de edad o de la emancipación, podrá ejercer las acciones que conduzcan a averiguar la identidad de sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva. De igual forma, la legislación registral permite el acceso al registro con el fin de conocer la identidad de sus padres y, en definitiva, el conocimiento de su propia historia.

[730] En este sentido, lo relativo a la adopción por integración permitida en Argentina. A través de esta figura se ha entendido por analogía que, a través de ella, se puede llegar a la triple filiación en nacimientos derivados de técnicas reproductivas. Como hemos explicado anteriormente, con ocasión de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de 2015 se ha instaurado finalmente el concepto de la voluntad procreacional para nacimiento habidos de técnicas de reproducción asistida. El artículo dedicado a la filiación, el 558, establece que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera que se la naturaleza de la filiación. Si partimos de esta interpretación está claramente consagrado el principio binario. Ahora bien, el art. 2 CCYC impone llevar a cabo una interpretación sistemática de las disposiciones que contiene, para mantener la coherencia con la totalidad del sistema jurídico. Por otro lado, el art. 631 permite la adopción de integración por medio de la cual será posible que, aunque el niño tenga determinada su filiación natural a favor de sus dos progenitores (que ya no forman pareja en ese momento), el cónyuge o pareja actual de cualquiera de ellos podrá adoptar al hijo de forma plena. Aplicando la excepcionalidad del art. 621, no será necesario destruir ninguna de las filiaciones naturales para dar entrada a la adoptiva. Esta adopción no trata de eliminar sino de añadir. El art. 621 se presenta como la excepción; cuando sea pedido a instancia de parte, haya motivos fundados y sea en interés del menor, el Juez podrá acordar la triple filiación. Algunos autores/as como Brunel, Huais, Tissera Costamagna y Vilela Bononi, entienden extensible este criterio excepcional a los nacimientos de técnicas reproductivas para implantar el criterio de la pluriparentalidad al donante de gametos. En todo caso, el art. 558.2 CCYC ya se pronuncia en este sentido y establece que "*En las TRHA el vínculo filial está basado en la voluntad procreacional, con independencia de si se contradice o no la identidad genética entre progenitor e hijo. En los caso de pluriparentalidad, la persona del donante quien no debe tener vínculo jurídico alguno con el niño o niña, posee voluntad procreacional y en esta premisa funda su petición de ser reconocida como progenitor*": en Brunel, T. F, Huais, M. V., Tissera Costamagna, R., Vilela Bonomi, M. V: "*Pluriparentalidad, filiación e identidad en el CCYC"*, ob. cit., págs. 3 y 4.

Después del anterior análisis, la pregunta clave que debemos formular en este punto no es otra que; ¿Puede equipararse la situación relativa al hijo nacido mediante una técnica reproductiva artificial, en la que intervino material genético donado, a la que padece un hijo adoptado? ¿Deben tenerse en cuenta los mismos criterios que, en su día, se tuvieron en cuenta para reconocer este derecho a los hijos adoptados?

Para resolver esta cuestión es necesario conocer en profundidad las diferencias generales de contenido que resultan de la filiación derivada de estas técnicas procreadoras, y las que derivan de la filiación adoptiva.

Hay que partir del dato elemental de que, en esta última, los adoptantes no guardan ningún vínculo genético con el hijo que van criar como propio. Por el contrario, en la derivada de las técnicas de reproducción asistida sí puede darse esa vinculación genética con el niño. En el caso de que los receptores formen pareja heterosexual, puede que la conexión genética alcance a los dos miembros de la pareja. En el caso de ser una pareja de lesbianas, o de una mujer sola, el niño guardará vínculo genético siempre con uno de ellos.

En relación a lo anterior, la diferencia a destacar será que, en el caso de los hijos adoptados la necesidad de conocer se refiere a los orígenes biológicos de su familia de origen y, en el caso de los hijos nacidos mediante técnicas, la necesidad de conocer se referirá a la búsqueda de los orígenes genéticos[731].

Una de las diferencias más importantes se refiere al elemento volitivo en el que descansan ambos tipos de filiaciones. En las adopciones, el consentimiento se otorga una vez que el niño ya ha llegado al mundo, es decir, se concede con posterioridad al nacimiento. Por otro lado, el consentimiento necesario en el caso de los nacimientos derivados de técnicas reproductivas tiene lugar, al requerirse con carácter previo, desde el mismo momento del nacimiento del niño.

De lo anterior se desprende que, en situaciones en los que un hijo adoptado decida iniciar la búsqueda de esos orígenes biológicos, ésta se centrará en la identidad de aquellos padres naturales que, fruto de una relación sexual, trajeron a ese hijo a la vida. Sin embargo, en el caso del hijo nacido mediante técnica reproductiva en la que intervino material genético aportado por donante, la búsqueda, en realidad, se centrará en la identidad de la persona que acudió a ceder su material reproductor a otros.

[731] Lamm, E: "*La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*", ob. cit., pág. 88.

Visto lo anterior, la realidad no es otra que, en ambos supuestos, los hijos conviven con personas distintas de los que fueron sus progenitores biológicos o genéticos. Los padres legales, tanto del hijo adoptado como del nacido mediante técnica, son los que van a ser determinados como tales y, en consecuencia, serán los que ejerzan la derivada patria potestad, con sus derechos y sus obligaciones respecto de esos hijos. De igual forma, en ambos casos, los padres biológicos o genéticos de esos hijos no van a tener ningún tipo de derecho u obligación respecto de ellos. La única diferencia al respecto se limita a que, en el caso del hijo adoptado, sus progenitores naturales, pudieron conocerle a su nacimiento y que, en el caso del hijo mediante material aportado por donante, éste, en ningún momento le ha conocido. Es más, lo lógico es que ni siquiera conozca ni su propia existencia.

Expuesto todo lo anterior, a pesar de las claras semejanzas entre ambos supuestos, el tratamiento legal que ese otorga a uno u a otro es absolutamente distinto. El hijo adoptado tendrá arrope legal para poder conocer a sus progenitores mientras que el hijo nacido mediante técnicas no goza de ese derecho. Como hemos señalado anteriormente, únicamente se le dará esa concesión legal ante supuesto graves de riesgo para su persona, tal y como excepciona a esa prohibición general el articulo 5.5 LTRHA.

Lo mismo ocurre en comparación con la situación en la que se encuentra cualquier hijo nacido a través de filiación natural que, por distintas razones desconozca su filiación genética. Nuestro ordenamiento jurídico les protege otorgándoles la posibilidad de acceder a un régimen de acciones legales cuyo fin será revelarles su verdad biológica. De esta forma, el hijo que tenga dudas sobre quién es realmente su progenitor podrá interponer la correspondiente acción de reclamación de paternidad o, e igual forma, la acción de impugnación de la que legalmente conste determinada en el Registro Civil. De esta forma, su parcela de identidad podrá quedar constatada acudiendo a la celebración de una sencilla prueba de ADN. El resultado del contraste que arroja esta prueba es absolutamente revelador, no dejando lugar a dudas sobre la exactitud del vínculo genético.

En defensa del principio de la verdad biológica, el constituyente del año 1978 entendió que la investigación de la paternidad debía ser un precepto constitucional y, de esta forma, se recogió el artículo 39.2 CE[732].

En definitiva, tanto los hijos nacidos a través de una relación sexual, los cuales quieran completar su identidad biológica ante una carencia, como los hijos adoptados, están protegidos por la Ley para desvelar su incógnita biológica. Habrá que preguntarse si los argumentos legales que colocan a los hijos nacidos a través de técnicas reproductivas en una posición inferior son de tal envergadura jurídica que puedan justificar esa desfavorable situación.

La cuestión principal en este aspecto pasa por entender que el interés superior del menor debe ser protegido sin diferenciar la vía utilizada por sus progenitores para traer al mundo a un niño. Desde esta perspectiva, entra en cuarentena el cumplimiento del derecho constitucional a la igualdad, protegido en el artículo 14 CE. Nuestra norma suprema prohíbe cualquier tipo de discriminación, incluida por razón de nacimiento. Dicho lo anterior, esa discriminación se produce en relación con los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. Su situación es claramente desventajosa en relación con el derecho que se concede a los hijos adoptados y a los hijos nacidos por filiación natural que decidan investigar su paternidad cuando les falte información sobre algunos de sus progenitores. Así se ha demostrado a los largo de este trabajo en el que se han analizado los antecedentes a la concesión expresa de ese derecho. Esos antecedentes pasan por la existencia durante décadas de una prohibición del derecho a saber el cual, demostrado por estudios de tipo científico, psicológico, terapéutico u jurídico, culminaron en la comprensión de la existencia real de esa necesidad de esas personas en poder completar su identidad. De esta forma finalmente fue amparado legalmente el derecho a conocer los orígenes biológicos.

Dicho lo anterior, en relación con una posible extensión de ese derecho a los hijos nacidos mediante técnicas, entendemos necesario realizar un análisis de las

[732] En opinión de Flores Rodríguez, J., el interés en afirmar la defensa a ultranza de la realidad biológica como fundamento de la filiación jurídica choca con la concepción común que el Derecho Civil tiene desde antiguo sobre esta materia. El derecho se consagra en muchos factores a la hora de determinar la filiación que no se funda exclusivamente en los vínculos de sangre. Matiza diciendo que, a una filiación biológica o natural, se une otra querida y otra vivida. El Derecho cuenta con múltiples herramientas para establecer un vínculo de filiación con el niño al margen del hecho natural del nacimiento. Flores Rodríguez defiende la existencia de tres tipos de filiación; la biológica, la querida, y la vivida (aludiendo a la posesión de estado: en "*El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia*", ob. cit., págs. 1 y 2.

sensaciones y sentimientos que padecen esos hijos al descubrir su origen, así como investigar sobre cuáles son sus necesidades en relación a la búsqueda de su identidad plena. No es absurdo plantearse que, si un hijo adoptado tiene constatada esa necesidad de conocer sus orígenes y que, la negativa legal a cubrir esa carencia, le puede producir una ausencia de identidad personal, el hijo nacido a través de técnicas, el cual procede genéticamente de una persona desconocida, sienta lo mismo y padezca esa misma carencia. ¿Por qué el hijo nacido por filiación natural o el hijo adoptado podrán cubrir legalmente esa carencia y el nacido mediante técnicas no? Sin duda, opinamos que el vacío genealógico lo sentirán de igual forma y, de idéntica manera, tendrán la necesidad de saber de dónde vienen. Está claro que el hecho de que, unos u otros, hayan sido procreados a través de vías distintas, no supone que sean personas con capacidades, necesidades, sentimientos o vacíos distintos.

No debemos olvidar que, en realidad, la negativa del derecho a poder conocer sus antecedentes genéticos del hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida tiene un único fundamento. Este fundamento no es otro que la prevalencia que nuestro sistema jurídico otorga al derecho a la intimidad[733] del donante de esperma o a la donante de óvulos. Esa es la base de mantener de anonimato. De acuerdo a lo anterior, entendemos de obligado cumplimiento realizar un análisis sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 5.5 LTRHA y descifrar si su contenido vulnera el derecho de estos hijos por discriminación frente al resto.

10.- Derecho a la intimidad personal y familiar frente al derecho a conocer los orígenes biológicos

El derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra regulado en el artículo 18.1 CE. Por intimidad se entiende el ámbito que pertenece a la esfera más reservada de las personas. Esta intimidad está íntimamente vinculada con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad contemplado a su vez en el artículo 10.1 CE. Esta

[733] Entiende Fama, Mª. V., que ponderando los derechos en juego, debe priorizarse el derecho a conocer los orígenes como un aspecto del derecho a la identidad por encima de los derechos de aquellos que prestaron su consentimiento al acto procreacional. Opina la autora que en el caso de los hijos nacidos de técnicas debe darse el mismo tratamiento que a los adoptados, a pesar de que la situación no es exactamente igual. En materia de técnicas de reproducción es más preciso hablar de realidad biológica o genética que de origen puesto que para la concepción del niño no hubo una relación ni una historia ni siquiera ocasional que vinculara a loa progenitores. El donante no participa activamente desde lo humano de la procreación. Con todo ello, existe un derecho a tener una historia propia y en esto se incluye el conocer quiénes aportaron el material genético. Esto es un elemento transcendente para el desarrollo físico, emocional y psicológico de los seres humanos: El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto del CCYC de la Nación", ob. cit., pág. 190.

concepción de la intimidad ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 197/1991, de 17 de octubre[734].

Este ámbito de la esfera personal del individuo debe ser protegido frente a cualquier intromisión en aras de la propia privacidad. De igual forma, el derecho a la intimidad se encuentra protegida en numerosos instrumentos internacionales. El artículo 12 de la Declaración universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, refleja que el derecho a la vida privada debe ser respetado de forma que "*nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, ni su familia, ni cualquier entidad, ni de ataques a su honra o su reputación*".

En el mismo sentido, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966[735], recoge que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. De igual forma contempla que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

De esta forma, se entiende que el derecho a la intimidad personal y familiar parte de una misma base entendida como el ámbito propio y reservado frente al conocimiento de las demás personas. El Tribunal Constitucional entiende así que, esa intimidad personal y familiar, es necesaria para poder mantener una mínima calidad de vida[736]. A pesar de partir de la misma base, existen diferencias entre el concepto de intimidad personal y familiar. La primera de ellas se refiere de forma exclusiva al propio individuo. Esto deriva en la protección de intromisiones ilegítimas en la vida personal de cada persona. La segunda, consiste en un derecho relativo a que se protejan, y por tanto no transciendan al exterior, aspectos de la vida de cada uno. Lo anterior debe enfocarse desde el punto de entender al individuo como un miembro que pertenece a un grupo de personas entre las que existen unos vínculos. Este grupo es el que se define como "familia".

En consecuencia, si la intromisión va dirigida contra el individuo de forma individual, se entenderá atacada su intimidad personal. Si la intromisión se produce

[734] Fundamento Jurídico 3º (ponente, Sr. Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer).
[735] BOE núm. 103, de abril de 1977.
[736] Sentencia TC Nº 231/1988, de 2 de diciembre, Fundamento Jurídico 3º (ponente, Sr. López Guerra).

contra el individuo en calidad de miembro de una familia, estaría vulnerándose la intimidad familiar[737].

Está claro que ese derecho a la intimidad, como cualquier otro, no tiene un carácter absoluto. Esto significa que puede ceder frente a otros bienes jurídicamente protegibles.

Esta es la cuestión a discutir. Es una realidad que en supuestos de adopción, la intimidad de los padres de origen cede frente al derecho del hijo a conocer su identidad. Este derecho a saber entre en colisión con el derecho de los padres biológicos al secreto en el procedimiento de adopción y, en consecuencia, a su derecho a su intimidad personal y familiar.

El conflicto de intereses que se produce en estos casos depende de los sujetos involucrados en cada supuesto. Por este motivo es necesario analizar cada uno de ellos para poder así pronunciarse sobre cuál de ellos debe prevalecer.

En el supuesto de la adopción, es digno de protección tanto el derecho de los padres biológicos a mantener su anonimato y preservar su intimidad, frente al interés del hijo a saber quiénes son sus progenitores. De igual forma, en estos supuestos, también deben gozar de protección los propios padres adoptantes. En este caso entendemos que debe prevalecer el derecho del hijo a poder descifrar su propia identidad. No debemos olvidar que la propia naturaleza de la institución de la adopción tiene un fin jurídico claro: velar por los intereses del hijo[738] de forma indiscutible, proporcionándole un hogar y una familia en la que se vean atendidas todas las necesidades necesarias para su libre desarrollo con persona. En el caso de que se diera prevalencia al derecho a la intimidad de los padres biológicos, o incluso de los propios adoptantes, se desnaturalizaría el sentido de la misma.

A pesar de lo anterior, tal y como hemos expuesto en páginas anteriores, esto no siempre fue así. No debemos olvidar que en España, durante años, se admitió que la madre soltera pudiera ocultar su identidad. De esta forma se negaba la máxima de "*mater semper certa est*". Esta situación quedó salvada con ocasión de la ya analizada sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 1999, a través de la cual se

[737] Rebollo Delgado, L: "*Constitución y técnicas de reproducción asistida*". Boletín de la Facultad de Derecho UNED, núm. 16, 2000, pág. 245.
[738] Garriga Gorina, M: "*La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*", ob. cit., pág. 249.

declaró inconstitucionalmente sobrevenido el artículo 147 LRC de 1957, permisivo con esa maternidad desconocida.

Extrapolando lo anterior a los supuestos de nacimientos derivados de técnicas de reproducción heterólogas, el conflicto de intereses se produce entre el derecho del hijo a poder conocer la identidad de verdadero padre o madre, es decir, del donante de material reproductor, y su propio derecho a la intimidad contemplado en el respeto al anonimato. De igual forma, en estos supuestos, la protección de la intimidad también alcanza a la persona o pareja receptora de esa técnica en el sentido de que pueden producirse injerencias en su parcela privada identificándoles por su incapacitación a la hora de concebir[739].

No hay duda interpretativa al respecto. Nuestro sistema jurídico es claramente partidario del anonimato del donante de gametos. En definitiva, en este choque de derechos se da prevalencia al derecho a la intimidad de los donantes frente al derecho a la identidad de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. El hecho de que en el año 2007, nuestro sistema jurídico cambiara de rumbo en materia de adopción, no ha sido influencia para el campo de la filiación reproductiva artificial. Como decimos, a pesar de que todos los hijos deben gozar del mismo tratamiento jurídico, dependiendo de la filiación que se les otorgue, el derecho a conocer los orígenes biológicos de unos u otros estará amparado o no.

La LTRHA realiza un tratamiento del anonimato de carácter extensivo. Determina a los centro de reproducción asistida, u organismos correspondientes, la obligación de custodiar los datos relativos a la identidad con garantías de estricta confidencialidad. De igual forma que impide al hijo conocer datos relativos a la identidad del donante, estos tampoco tienen derecho a conocer la identidad del niño.

La cuestión es que, debido a los supuestos excepcionales contemplados en el artículo 5.5 de la LTRHA, ha sido necesaria la salvaguarda de un Registro Nacional de Donantes. Se custodiará toda la información relativa a esa persona y, dado el caso, podrá acudirse al mismo con el objeto de poder consultar dicha información. Esto se limita a supuestos en los que esté en peligro la vida o salud del hijo, o cuando proceda de acuerdo a las leyes penales. En todo caso, la revelación tendrá carácter restringido y podrá darse en ningún caso publicidad a la misma. A lo anterior, encontramos críticas

[739]Turner Saelzer, S., Molina Pezoa, M, Momberg Uribe, R: "*Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo*". Revista de Derecho, Vol. 6, 2000, pág. 18.

que mantienen que estas excepciones resultan insuficientes. Siguiendo la opinión de Vidal Prado, compartimos que "*el ser humano puede necesitar en algún momento de su vida conocer quién es la persona gracias a la cual ha sido engendrado, por motivos puramente psicológicos*"[740].

La pertinencia del Registro, además del anterior motivo, está justificada desde el momento en que el artículo 5.7 de la LTRHA limita el número máximo de hijos nacidos en España, generados con gametos del mismo donante, a seis donaciones. En consecuencia a lo anterior, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizad otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se realizaron dichas donaciones.

La cuestión se centra por tanto en la posibilidad de que los hijos nacidos a través de esas técnicas de reproducción asistida, puedan obtener el reconocimiento de acceso a ese Registro de Donantes. En este aspecto, aunque la Ley determine de forma clara y concisa el anonimato del donante, el interrogante descansa en si es oportuno reformar nuestro ordenamiento jurídico con el fin de equiparar los derechos de éstos a los de los adoptados. Esta cuestión se mantiene actualmente en continuo debate.

En la época en que surgió la aparición de las técnicas de reproducción asistida, la opinión mayoritaria entendió necesario garantizar el secreto de la identidad de los donantes. Ese planteamiento ha ido modificándose a medida que se ha ido comprobando la afección que provoca en relación con derechos de vital importancia para el nacido. En relación a lo anterior, cobra especial importancia el conocido "*informe Warnock*"[741], elaborado en Inglaterra por la Comisión para el Estudio de la Fertilización Humana y la Embriología, el 23 de noviembre de 1984, que precedió a la ley británica sobre técnicas de reproducción asistida. En este informe se daba preferencia al anonimato del donante pero permitía a los hijos mayores de dieciocho años conocer el origen étnico y la salud genética del donante de gametos.

Junto a la original legislación británica, hay que mencionar la normativa sueca relativa a técnicas reproductivas. El Comité sueco que preparó la ley de inseminación artificial de 1984 entendió literalmente que "no debe ocultársele al nacido su origen real y que debe permitírsele, reclamarlo y conocerlo. Estas dos legislaciones, sobre las que

[740]Vidal Prado, C: "*El derecho a conocer la filiación biológica*". Revista Jurídica de Navarra, núm. 22, 1996, pág. 269.
[741] Presidido por la filósofa británica Mary Warnock.

realizaremos un estudio más detallado a lo largo de este capítulo, fueron pioneras en materia de reproducción asistida. Marcaron un importante avance en el planteamiento de la concesión del derecho a conocer los orígenes genéticos a los hijos nacidos mediante estas técnicas reproductivas. Partiendo de las anteriores, han sido muchos los países que han modificado sus legislaciones prohibiendo el anonimato del donante. A pesar de lo anterior, esta opinión, en el momento actual no es una cuestión consolidada ni, en consecuencia, encontramos defensas unánimes. Lo cierto es que aún existen numerosas legislaciones internacionales que, como en el caso de España, mantienen ese anonimato del donante de gametos.

En materia internacional, el Convenio para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 recoge, en su artículo 8, que "toda persona tiene derecho al respeto su vida privada y familiar. En cuanto a la interpretación de este artículo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el respeto a la vida privada requiere que todos puedan conocer los elementos de su identidad y que, todos los procedimientos de filiación dirigidos a determinar la paternidad y la verdad biológica tienen relación directa con la vida privada[742]. De lo anterior deriva que existe como tal un derecho a poder obtener las informaciones necesarias para el descubrimiento de un aspecto importante de la identidad personal, como es el derecho a saber quiénes son los progenitores[743]. La búsqueda de la identidad biológica y, por tanto, el derecho a poder optar a la información sobre aspectos personales de la historia infancia de la as personas, se encuentran amparados por el artículo 8 del Convenio.

Una de las consecuencias más temidas en el caso del levantamiento del anonimato del donante reside claramente en que, tal vez, pueda traer como consecuencia la reducción en el número de donaciones. A este respecto, la verdad práctica es que es probable que en un principio si se produjera realmente por el temor de los donantes. Ahora bien, la experiencia social ha demostrado que, tras el decaimiento inicial, llegaría a superarse al aceptarse como algo normal. Una prueba de ello es lo sucedido en el caso de Reino Unido. La Ley que inicialmente protegía la identidad del donante fue modificada en el año 2005. Es cierto que los primero cinco años el número de donaciones se redujo, cayendo bruscamente pero, tras este lapso de tiempo, la cantidad de donantes que acudían a un mismo centro de reproducción volvió a aumentar de

[742] STEDH 53176/99, de 7 de febrero de 2002 (Caso Mikulic c. Croacia).
[743] STEDH 42326/98, de 13 de febrero de 2003 (Caso Odiévre c. Francia)

manera considerable[744]. De igual forma, en el caso de Suecia también se produjo una reducción en el número de donaciones. En este caso, transcurridos diez años, las donaciones volvieron a remontar hasta alcanzar la normalidad anterior[745]. Este miedo ha supuesto que algunos países, a pesar de reconocer los principios en que se basa el derecho a conocer los orígenes genéticos, se hayan mostrado reticentes a cambiar sus leyes.

Independientemente de lo anterior, no entendemos adecuado que por razones de reducción en la aportación de donaciones, una legislación nacional sacrifique el interés de los nacidos a través de las técnicas, vulnerando derechos inherentes a su persona. En esta línea se pronunció nuestro Tribunal Supremo a través de la ya mentada sentencia de fecha 21 de septiembre de 1999, relativa a la pertinencia de la maternidad anónima. Recordemos que, el caso de referencia, una mujer pretendía que se desconociera su identidad al no inscribir su nombre en el Registro Civil respecto a la maternidad de su hijo. El Tribunal determinó que no debe negarse a un hijo su filiación puesto que toda persona tiene derecho a poder conocer su herencia genética[746].

Otro de los motivos que se debaten es la cuestión relativa al posible daño psicológico que puede acarrear a estos hijos el hecho de saber que fueron engendrados artificialmente y a partir de gametos aportados por un desconocido. Lo cierto está en que, menos en los casos en los que los receptores de la técnica sean parejas homosexuales o mujeres solas, el secreto sobre el origen de estos hijos es una realidad. No es frecuente que las parejas que deben recurrir a estas técnicas artificiales con el fin de lograr el sueño de ser padres, oculten esta situación a sus hijos. Ahora bien, a pesar del generalizado silencio respecto a esta decisión, sí es frecuente que alguien de su entorno más cercano o algún familiar conozcan este dato. El hecho de que los hijos puedan en un futuro enterarse de su origen de manos de otras personas que no sean sus padres, si está comprobado que genera muchos más problemas psicológicos que el hecho de que lo sepan por voz propia de sus progenitores desde su niñez.

[744] Falaturi, P:" *"El caso del donante: ¿Marea baja en el banco de semen*?. Doccheck News: Los datos que se trabajan en la obra son relativos al Hospital de Mujeres de Kings`s College, centro de mayor entidad en las técnicas de reproducción asistida de Reino Unido. http://news.doccheck.com/es/681/el-caso-del-donante-marea-baja-en-el-banco-de-semen/. Consultado el 5 de junio de 2013.
[745] Ibídem.
[746] STS Nº 776/1999, de 21 de septiembre (ponente Sr. Almagro Nosete).

11.- <u>El mantenimiento del secreto de los padres receptores respecto al origen de los hijos nacidos mediante reproducción asistida</u>:

En este ámbito de la donación de gametos existen discrepancias sobre la pertinencia o no de dar a conocer al hijo nacido mediante técnica heteróloga, su verdadero origen. En la actualidad hay dos vertientes claramente consolidadas, la negativa, que defiende que la revelación al hijo de su origen puede resultar perjudicial, tanto en lo relativo a la información sobre el donante, como en el proceso de selección, como en la concreta manera utilizada para traerle al mundo. Por otro lado, encontramos la vertiente positiva respecto a la revelación de la información.

Ambas vertientes se presentan como dos posicionamientos epistemológicos en relación a la construcción de la historia personal y el origen de un ser humano. Dependerá, por tanto, de cómo consideramos el secreto dentro de una familia para que resultado de la revelación del mismo tenga influencia positiva o negativa[747].

Hay que partir del dato de que en el año 1993, la American Society for Reproductive Medicine (ASRM), aconsejaba a los padres que habían acudido a la reproducción con material genético donado no revelar al niño que su origen se debía a la aportación de un tercero desconocido. Es más, se animaba a las parejas a mantener relaciones sexuales inmediatamente después de haberse sometido a la técnica para autoconvencerse o imaginar que el niño realmente había sido engendrado a través de esa unión sexual[748].

Actualmente, la anterior postura se está replanteando y, lo que en años pasados se recomendaba como la mejor solución, hoy en día la tendencia va dirigida hacia la verdad. Se opta por que sea la verdad la que presida la armonía entre los miembros de la familia. Reflejo de lo anterior es que las legislaciones vigentes están optando por ese criterio de la verdad. Es el caso de las legislaciones en materia de reproducción asistida de Reino Unido, Suecia, Austria, Suiza, Nueva Zelanda, Noruega, Holanda y algunos Estados de Australia. Todas ellas han optado en los últimos años por la abolición del anonimato del donante de gametos en pro de defender el derecho del hijo a conocer su verdadero origen genético.

---

[747] Baccino, G: "*¿ Debe el niño nacido de una donación de gametos conocer su origen?. Qué sugerimos los profesionales y por qué*". Clínica de Medicina de la Reproducción y Ginecología, Departamento de Investigación en Psicología. FivMadrid. Revista Iberoamericana de Fertilidad, 2008, vol. 25. núm. 1, pág. 1.

[748] Paul, M.S, Berger, R: "*Topic avoidance and family functioning in families conceived with donor insemination*". Human Reproduction, 2007, núm. 22, pág. 2568.

España, como hemos visto, protege el anonimato del donante de gametos así como el Registro relativo a estos. Ahora bien, se deja libertad y responsabilidad a los padres receptores para dar a conocer a no al hijo el fruto de su origen, es decir, la manera en que lograron traerles al mundo.

En cuanto a la conveniencia psicológica de revelar al hijo el origen de su existencia, existen ya numerosas investigaciones que sugieren mantener una postura de apertura hacia el niño. Los anteriores estudios concluyen en que mantener el secreto es precisamente lo que más perjuicios psicológicos pueden acarrear al hijo, en el caso de que lleguen a conocer la información. Para ello se propone que los profesionales de la salud brinden información a la pareja receptora acerca de cómo, quién y cuándo deben proporcionar al hijo esa información. Los aperturistas entienden que el secreto siempre estará en la mente de esos padres y el interrogante general es si ante la revelación del mismo, su hijo les aceptará como padre o madre al saber que no son estos en su integridad los que cumplen ese rol[749].

Existe evidencia de que, al igual que ocurre en el caso de los hijos adoptados, la ausencia de secretos en la familia es mucho más beneficiosa en el desarrollo de la relación afectiva. En concreto, en materia de secretos existentes entre padres e hijos, los estudios han determinado que es usual que los niños descubran las "claves ocultas"[750] que desarrollan sus padres a la hora de hablar entre ellos sobre el tema objeto del ocultamiento. Esto genera un distanciamiento que fomenta una relación más alejada.

Debemos partir de la base de que, en la mayoría de los casos, el acceso a las técnicas de reproducción asistida se produce por problemas de infertilidad por lo que la situación se desarrolla dentro de un contexto médico-sanitario. Esto significa que la información relativa a la historia clínica se enmarca dentro de lo establecido por la Declaración de la Asamblea Médica Mundial sobre Derechos del Paciente[751]. En el texto se protege al paciente defendiendo su derecho a conservar su historial clínico, con la plena legitimación para hacer uso y difusión de la información que contiene. En concreto en el principio número 8 del Texto se recoge el derecho al secreto del paciente.

[749] McGee, G, Vaughan Brakman, S, Gurmankin, A.D: "*Gamete donation and anonymity. Disclosure to children conceived with donor gametes should not be optional*". Human Reproduction, 2001, núm. 16, pág. 2034.
[750] McWhinnie, A.M: "*A study of parenting of IVF and ID children*". Med. Law, 1995, núm. 14, pág. 505.
[751] Aprobada por la 34ª Asamblea, celebrada en Lisboa en 1981, enmendada por la 47ª Asamblea General, celebrada en Indonesia en 1995, revisada en la 171ª Sesión del Consejo, celebrada en Chile en 2005 y reafirmada por la 200ª Sesión del Consejo de la AMM, celebrada en Noruega en 2015. http://www.wma.net/es/30publications/10policies/l4/. Consultado el 1 de octubre de 2015.

Establece que "*Toda la información identificable del estado de salud, condición médica, diagnóstico y tratamiento de un paciente y toda su información de tipo personal, debe mantenerse en secreto, incluso después de su muerte. Excepcionalmente, los descendientes pueden tener derecho al acceso de la información que los prevenga de los riesgos de salud*". En todo caso, el simple hecho de que unos padres accedieran en su día a un procedimiento de técnicas reproductivas heterólogas para traer al mundo a su hijo, ya parte del dato de que, precisamente esos padres, de forma exclusiva serán los que decidan ocultar o desvelar a su hijo la propia forma en que vino al mundo. Este será por tanto, el propio punto de partida. Desvelar a su hijo el dato de su procreación asistida será lo que pueda desencadenar el deseo del hijo de ir más allá y querer conocer la identificación del donante. Si, en cambio, los padres parten ya del silencia en cuanto al procedimiento utilizado, es evidente que el hijo no requerirá acceder a más información, a no ser que, a través de otras personas o situaciones llegue a conocer su procedencia, a pesar del secreto de los padres.

Partimos, por tanto, del dato de la necesidad de que los padres opten por informar a su hijo del método reproductivo utilizado para su procreación. Sin esa información básica, el hijo es probable que nunca llegue a plantearse por la identidad de su verdadero progenitor. Todo esto supone que el derecho de los hijos a conocer sus orígenes genéticos, queda claramente supeditado a que los padres decidan revelar su modo de concepción. Esto implica otra clara supremacía de un sujeto sobre otro[752]. El padre sobre el hijo.

En esta materia, una investigación realizada entre adultos de 26 a 55 años de edad, concebidos a través de fecundación artificial, reveló que todos los entrevistados manifestaron que el secreto, la privacidad o la confidencialidad de su familia sobre su origen, tuvo efectos negativos en la relación familiar y que literalmente "vivieron la vida como una mentira"[753].

Lo anterior está lógicamente justificado si lo comparamos con el estudio realizado en este trabajo sobre el efecto que la falta de verdad causa en los hijos adoptados. Como ha quedado constatado, estudios realizados en materia de adopción

[752] Frith, L: "Beneath the Rhetoric: *The role of rights in the practice of non-anonymous gamete donation*". Bioethics, vol. 15, núm. 5-6, 2001, pág. 475.
[753]Turner, A.J. Coyle, A: "*What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counseling and therapy*". Human Reproduction, 2000, núm. 15, En Baccino, G: "*¿Debe el niño nacido de una donación de gametos conocer su origen? Qué sugerimos los profesionales y por qué*", ob. cit., pág. 6.

han arrojado que el hecho de no revelar al hijo las circunstancias de su origen, tiene efectos negativos en la relación familiar. Por consiguiente, hablar abiertamente de la adopción entre padres e hijos supone una mayor comunicación entre estos y, en definitiva, una mayor satisfacción para los hijos adoptados. No debemos olvidar que en ambos casos hay un denominador común. En aras de lo anterior, no debemos olvidar que, tanto en el caso de la adopción como en el de técnicas de reproducción asistida, se parte de un elemento común; que el hijo, desde un punto vista biológico y genético, no es hijo de los padre legales.

En prueba de lo anterior, vamos a hacer mención a un interesante estudio realizado por Maccallum y Golombok[754], en el que intervinieron familias receptoras de donación de embriones, con hijos en edades comprendidas entre los dos y cinco años. El resultado reveló que en el 9% de los casos, las madres habían optado por contarles la verdad a sus hijos, un 24% estaban dispuestas a hacerlo y un 43% habían decidido ocultar su origen a sus hijos. Finalmente, u 24% aún estaban indecisas. Un dato a destacar es que, de todas esas madres, el 72% confesaron habérselo contado a algún miembro de su familia.

En la anterior investigación, se concluyó cuáles eran los motivos para decidir mantener en secreto el origen de sus hijos. Entre las más citadas estaban:

.- El deseo de proteger al niño.

.- La creencia de que la revelación del secreto era innecesaria.

.- El pensamiento de que la revelación dañaría la relación con su hijo.

De igual forma, entre las razones más comunes a favor de la revelación del secreto estaban:

.- Evitar que se enterara de forma accidental, puesto que en el 72% de los casos algún miembro de la familia conocía la forma de procreación.

.- La creencia por parte de la madre de que su hijo tienen derecho a saber la verdad y su real origen.

[754] Maccllum, F, Golombok, S:" *Embryo donativo families: mothers´s decisions regarding disclosure of donor conception*". Human Reproduction, 2007, núm. 22, págs. 2888-2895.

Siguiendo con los estudios realizados al respecto, de igual forma, esta vez Golombok junto a Murray[755], realizaron una investigación con usuarios de donación de óvulos en la que analizaron si en las familias de referencia había amigos o familiares que conocían la donación. En un 75% de los casos había terceros que sabían del origen de esos niños. En un 47% de los casos los receptores no tenían ninguna intención de revelar esa información y en un 29%, por el contrario, sí estaban pensando en desvelársela a familiares cercanos. La razón fundamental para que estas familias decidieran o no ceder esa información a algún familiar, descansaba claramente en el hecho de que el niño, algún día, pudiera descubrir su origen. Ante el hecho de que algún familiar conozca la información, existe más riesgo de que la misma pueda algún día llegar a sus oídos del hijo y, en definitiva, pueda provocar conflictos de carácter psicosocial que generen un irreparable daño a la relación paterno-filial. Estos perjuicios están basados en el padecimiento de una quiebra en la confianza depositada en los progenitores. El hecho de descubrir que la forma en que fueron procreados no ha sido como ellos creyeron durante su crecimiento desnaturaliza la situación. Prueba de lo anterior es la investigación realizada por Turner y Coyle[756]. En ella se comprueba como los hijos que tardíamente habían llegado conocer esa información, expresaban el importante daño psicológico que ese descubrimiento producido de forma accidental, les había generado.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, debemos hacernos la siguiente pregunta: ¿Qué motivos subyacen a favor de mantener ese secreto respecto de los hijos?

Debemos tener en cuenta que genéticamente los seres humanos somos iguales en un 99%. Únicamente en ese 1% sobrante, nuestro ADN nos hace diferentes. Dentro de ese 1% lo que mayoritariamente se transmite de padres a hijos son los rasgos fenotípicos, así como las predisposiciones a padecer alguna enfermedad. Esto no deja de significar que, la negativa a contarle al hijo su verdadera creación partir de una aportación realizada de material genético, es otorgarle a ese 1% una importancia

[755] Murray, C, Golombok, S:" *To tell or nor to tell:The decision-making process of egg-donation parents*". Human Reproductive Fert, 2003, núm. 6, págs. 89-95.
[756] Turner, A.J, Coyle, A:" *What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counseling and therapy*", ob. cit., EN Baccino, G: "*¿Debe el niño nacido de una donación de gametos conocer su origen? Qué sugerimos los profesionales y por qué*", ob. cit., pág. 7.

desmesurada. Es evidente que en ese nimio porcentaje no puede incluirse la crianza, el afecto, el amor ni los valores que deben transmitirles los padres legales a sus hijos[757].

En opinión de Baccino, los profesionales de la salud son conscientes de que los pacientes con problemas de infertilidad que acuden a una clínica reproductiva no suelen dar publicidad a este hecho al sentirse fuertemente incomodos. Esto muchas veces se traduce en un sentimiento de vergüenza que pueden trasladar al niño una vez nacido. Su elección, en muchas ocasiones es optar por el olvido con el fin de eliminar ese dato de su historia y de su mente. Esto último es frecuente cuando los receptores son parejas heterosexuales. En cambio, en el caso de parejas homosexuales o mujeres solas no suele ocurrir, optando en mayor medida por un cauce más transparente. La razón es que estos últimos ya decidieron aceptar esa realidad cuando tomaron la opción de convertirse en padres a través de técnicas de reproducción asistida. La evidencia del hecho les hace ser conscientes de que van a tener que dar explicaciones sociales en muchas ocasiones a lo largo de su vida. Es por ello que, la donación de gametos utilizada para la procreación de sus hijos, ya lleva intrínseco ese paso de la revelación de la información a sus hijos[758].

Un ejemplo de la conveniencia de desvelar esa información por parte de los padres se refleja con la experiencia acaecida en Reino Unido. En este país, tal y como veremos más adelante, los hijos nacidos a partir de gametos donados tienen, desde el año 2005, la oportunidad de saber quién fue su donante. Uno de los requisitos exigidos es ser mayores de edad. Es evidente que, para que los hijos concebidos de esta forma puedan ejercitar ese derecho, previamente sus padres previamente han debido compartido con ellos esa información. Es por ello que, en Reino Unido, el Consejo de Bioética de Nuffield[759], recomienda a todos los involucrados en un proceso de reproducción asistida que animen a los padres que han acudido a esta práctica a contarles a sus hijos sus orígenes biológicos. De igual forma, apoya que, los donantes de

[757] Baccino, G: "*¿Debe el niño nacido de una donación de gametos conocer su origen? Qué sugerimos los profesionales y por qué*", ob. cit., pág. 7.
[758] Baccino, G:" *Homoparentalidad y técnicas de reproducción asistida*". Guías de evaluación, consejo, apoyo e intervención psicológica en la reproducción asistida. Grupo de Interés en Psicología. Sociedad Española de Fertilidad. Revista Iberoamericana de Fertilidad, 2007, págs. 55-63.
[759] El Consejo de Bioética de Nuffield fue una importante iniciativa nacida en 1991 con el fin de estimular debates bioéticos. Su principal financiación es empresarial y gubernamental, concretamente deriva de la Fundación Nuffield, el Consorcio Farmacéutico Wellcome y el Consejo de Investigaciones Médicas de Reino Unido. Entre sus miembros se encuentran educadores, clínicos, abogados, enfermeras, filósofos, científicos y teólogos. Establecen un grupo mutidisciplinario que examina estos temas en profundidad, confeccionando informes periódicos que se hacen públicos. http://cienciaysalud.laverdad.es/1_1_24.html

gametos que hicieran su aportación con anterioridad a 2005, se registren como donantes ante la Autoridad de Fertilidad Humana y Embriología (HFEA)[760] .

En uno de sus informes[761], titulado "*Concepción vía donante, aspectos éticos de compartir la información*", los expertos consultados acerca de esta materia concluyen que, aunque es lógico que los últimos responsables en decidir contar o no a sus hijos cómo fueron concebidos son los padres, en el caso de decidirse necesitan apoyo para adoptar esa decisión. Entienden que el propio Estado tiene una responsabilidad ética en asegurarse que ese apoyo se les presta, tanto a los padres, como a los hijos cuando crezcan. De igual manera, extiende ese apoyo al propio donante. Según el consejo la ayuda podría venir de las propias clínicas de fertilidad, ofertándolo entre sus servicios. Entienden necesario saber la forma adecuada de poder afrontar este asunto.

El Consejo declaró que las razones para emitir el anterior informe descansaban en que "*El creciente énfasis en el reino Unido de la importancia de ser transparentes sobre el uso de gametos en la concepción y acceso a información sobre el donante, viene en un momento en que el debate sobre los genes y la conexión es un tema importante para la sociedad y está aumentado la importancia de la genética en la descripción y entendimiento de las enfermedades*". La Presidenta del Consejo en el año 2013, Rhona Knight declaró en un comunicado que "*en los últimos años ha habido un cambio cultural y los profesionales han pasado de recomendar que nunca se hablara a un niño sobre sus orígenes biológicos a optar por contarlo siempre. Creemos que normalmente es mejor que se cuente, que sean sus padres quienes lo hagan y que, además, lo hagan cuanto antes"*[762].

En el mismo sentido, concluye el trabajo realizado por Jadva[763]. Esta investigación, presentada en la Conferencia Internacional de Reproducción Asistida, celebrada en Barcelona en julio de 2008, demostró que el hijo nacido gracias a intervención donante siente más conmoción y enfado a medida que su edad es más

[760] Organismo Público que regula la reproducción asistida en Reino Unido.
[761] Iriberri, A: "*Poner nombre y apellidos a "la cigüeña" donante*". Artículo publicado en el Diario El Mundo.es. Salud., en fecha 29 de abril de 2013. http://www.elmundo.es/accesible/elmundosalud/2013/04/26/noticias/1366986432.html. Consultado el 6 de agosto de 2014.
[762] Iriberri, A: "*Poner nombre y apellidos a "la cigüeña" donante*". Artículo publicado en el Diario El Mundo.es. Salud., en fecha 29 de abril de 2013. http://www.elmundo.es/accesible/elmundosalud/2013/04/26/noticias/1366986432.html. Consultado el 6 de agosto de 2014.
[763] Jadva, V: "*The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation comparisons by age of disclosure and family type*". Human Reproducction, núm. 24, vol. 8. 2009, Oxford University Press.

avanzada al conocer la noticia de su procreación. Señala que cuando los hijos conocen la verdad en edades tardías suelen experimentar más sentimientos de confusión y rabia contra sus progenitores. Por el contrario, los hijos que se enteran en una edad temprana de que fueron concebidos gracias a una donación de material genético reproductor reaccionan de forma más positiva.

Para emitir sus conclusiones, Jadva contó con 165 participantes, nacidos a través de reproducción asistida heteróloga, de edades comprendidas entre los trece y los sesenta y un años. La reclutación se realizó a través de una página web estadounidense destinada a que estas personas pueden localizar a sus progenitores (donantes), así como a sus hermanos biológicos. De los participantes, el 89% residían en Estados Unidos y el 75% eran mujeres.

La autora explica que para realizar el estudio "*les preguntamos a través de un cuestionario anónimo cómo se sintieron cuando se enteraron de las circunstancias de su concepción, excluyendo a los que lo supieron antes de los tres años, ya que entonces eran demasiado pequeños para recordar sus sentimientos*"[764]. Los niños nacidos en familias monoparentales constituían un 63% y los nacidos en parejas homosexuales un 56%. En estos casos, era muy probable que se les hubiera hablado de su concepción en edades anteriores a los tres años. En cambio en el caso de parejas heterosexuales (9%), al 33% de los niños criados en estas familias de tipo de tradicional, no les informaron de su origen hasta cumplir los dieciocho años. La autora del estudio resaltó que "*no nos sorprendió porque los niños nacidos en familias no tradicionales empiezan a hacer preguntas sobre su origen antes que el resto. Comienzan a cuestionar cosas cuando son bastante pequeños, para ellos el tema de la donación no fue un acontecimiento*".

Un 69% de los participantes que lo supieron a los dieciocho años manifestó haber sentido confusión, frente al 52% de los participantes que se enteraron entre los doce y los dieciocho años, o el 37% que lo supo entre los cuatro y los once años.

De estos tres grupos de edad (18 años, entre 12 y 18, y entre 4 y 11) un 38%, un 26% y un 6%, respectivamente, confesó haberse sentido conmocionado al enterarse. A su vez, un 44%, un 23% y un 16%, respectivamente, reconoció haberse sentido

[764] Palabras referidas por Vasanti Jadva en una entrevista concedida al Diario El Mundo, publicada en fecha 7 de julio de 2008: Valerio, M: "*Tu padre es un donante de semen*". http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/07/07/mujer/121545537.html.

disgustado. De igual forma, un 38%, un 13% y un 12%, respectivamente, se sintió enfadado.

En este estudio se resaltó que los hijos que se enteraron de sus orígenes en la adolescencia o la edad adulta fueron más propensos a sentir que habían sufrido una mentira y una traición por parte de sus padres. En la investigación de referencia, también se les preguntó que sentían en el presente. Para su sorpresa, Jadva comprobó que los participantes aún tenían posos de rabia, a pesar del tiempo transcurrido. Jadva narró que un participante de treinta años confesó literalmente que "*enterarme de mi identidad biológica a los diecisiete años fue algo traumático*". De igual forma, un participante de treinta y dos años refirió "me hizo senir físicamente enfermo. En cambio, un participante de trece años, que lo descubrió a los cuatro, explico "no recuerdo haber sentido mucho más que interés y curiosidad.

En definitiva, esta especialista británica concluyó en su trabajo que, la edad de revelación es importante en la determinación de los sentimientos de los hijos respecto a su concepción[765].

En nuestra sociedad actual, cada vez es más frecuente le necesidad de los ciudadanos de acudir a un centro de fertilidad con el objeto de someterse a técnicas reproductivas de apoyo, como vía para poder formar una familia. La cifra de parejas que recurren a la donación de gametos también está en ascenso. Entre otras causas, la avanzada edad en que las mujeres españolas se plantean la maternidad no siempre coincide con su reloj biológico. La situación laboral, la falta de ayudas públicas de conciliación con la vida familiar, están provocando que los problemas de infertilidad aumenten considerablemente. Es labor de los profesionales de la salud concienciar a estas personas de que el sueño de ser padres no puede minimizarse por el hecho de tener que recurrir a un donante de esperma o a una donante de óvulos. Hay que entenderlo como un cauce para alcanzar el fin de convertirse en padres. Esto seguramente ayudará a estas personas a sentirse más seguras en el momento de optar por la decisión de desvelarle a su hijo el verdadero origen. No debemos olvidar que los hijos tienen

[765] Palabras referidas por Vasanti Jadva en una entrevista concedida al Diario El Mundo, publicada en fecha 7 de julio de 2008: Valerio, M: "*Tu padre es un donante de semen*". http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/07/07/mujer/121545537.html.

derecho a conocer sus orígenes como parte integrante del derecho a su propia y única identidad[766].

En conclusión, las técnicas reproductivas de tipo heterólogo cada vez son más necesarias para los ciudadanos españoles. Los receptores de las mismas son parejas heterosexuales u homosexuales, o mujeres solas. En relación con la decisión de estos padres de optar por desvelar a sus hijos que en su creación intervino la aportación de un donante, los últimos estudios psicológicos y sociales realizados al respecto indican una apertura hacia la conveniencia de informar de la verdad. El secreto siempre daña la confianza y, por ende, la relación paterno-filial. La ocultación de la verdad causara un perjuicio al hijo en su desarrollo psicoafectivo. Teniendo en cuenta la experiencia alcanzada en el caso de los hijos adoptados, no es extraño buscar la extrapolación a estos supuestos de hijos nacidos mediante técnicas reproductivos. A fin de cuentas no hay nada que nos haga pensar en el hecho de que las personas puedan resultar distintas o, en definitiva que desarrollen diferentes necesidades, dependiendo de la vía utilizada para su procreación o nacimiento.

La experiencia clínica ha demostrado que tanto para los padres como para los hijos es necesario abordar como un todo la experiencia de la infertilidad. Se requiere, estar preparados desde el principio para hablar de ellos, evitando situaciones incómodas o legales que les obliguen a desvelar ese secreto. En general, los estudios muestran que contra más tarde, y más fortuitamente sea informado el hijo acerca de su origen, más negativos serán los sentimientos que emergen frente a los padres[767].

Como hemos indicado, la situación internacional está dirigida hacia una postura de apertura. Los países que han optado por eliminar el anonimato del donante de gametos han debido fijar con claridad la diferencia entre progenitura y paternidad, cuestión que viene a radicalizarse aún más en el caso de las técnicas de reproducción asistida heterólogas. En estos casos, las normativas extranjeras sobre reproducción asistida establecen que la revelación de la identidad del donante no permite establecer relaciones de filiación, resguardando el proyecto de vida que buscaron los receptores de la técnica.

---

[766] Baccino, G: "*¿Debe el niño nacido de una donación de gametos conocer su origen? Qué sugerimos los profesionales y por qué*", ob. cit., pág. 8.

[767] Jadva, V, Freeman, T, Kramer, W, Golombok, S: "*The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation: comparisons by age of disclosure and family type*". Human Reproduction, núm. 1, vol. 1, 2009, págs. 1-11.

12.- ¿<u>Vulneración del derecho a conocer los orígenes biológicos de los hijos nacidos a través de técnicas de reproducción humana asistida</u>?

Después de todo lo analizado anteriormente, entendemos que el anonimato del donante de material genético reproductivo por el que aboga nuestra legislación resulta claramente perjudicial para el hijo. Es evidente que la Ley de técnicas protege únicamente el derecho a la intimidad del donante y, de igual forma, superpone el interés por mantener las donaciones de gametos al derecho del hijo a poder conocer sus orígenes genéticos.

El hecho de que el legislador, a través del artículo 5.5 LTRHA, únicamente permita a esos hijos, salvo supuestos altamente excepcionales, acceder a una información simple relativa a datos generales del donante, resulta insuficiente. Lo que realmente incita a esos hijos a buscar la identidad de su progenitor genético no consiste en conocer el color de su cabello, la etnia a la que pueda pertenecer o su código genético. A pesar de que de que este código puede claramente evitar el padecimiento de muchas enfermedades, no abarca toda la protección del derecho a saber del hijo. Está claro que conocer el historial genético del donante resultará en ocasiones de extremada importancia pero lo lógico es entender que ese hijo lo que desea conocer es la verdadera identidad de la persona que intervino en su propia creación y de la que, en definitiva, ha heredado una serie de rasgos personales.

A pesar del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, entendemos que la protección del anonimato del donante resulta contraria a determinados preceptos constitucionales[768]:

El artículo 10 CE protege la dignidad de la persona. En este sentido, Pantaleón Prieto entiende que el hecho de que se autorice legislativamente la posibilidad de ocultar su origen a estos hijos "*degrada a los futuros seres fruto de reproducción asistida con intervención de donante a la condición de objetos*"[769].

De igual forma, el artículo 15 CE en el que se recoge el derecho a la integridad física, puede resultar quebrantado por el artículo 5.5 LTRHA desde el momento en que este precepto únicamente permite al hijo nacido a través de técnicas de reproducción

[768] Pantaleón Prieto, F: "*Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución*". Revista de Estudios Constitucionales, núm. 15, 1993, pág. 138.
[769] Pantaleón Prieto, F: "*Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución*". Revista de Estudios Constitucionales, núm. 15, 1993, pág. 138.

asistida, poder conocer su identidad genética en supuestos en que la vida del hijo esté en verdadero peligro. Esto se entiende justificado desde el punto de vista muy restringido. El hijo sólo podrá conocer datos personales de su progenitor genético ante situaciones en las que se hayan desarrollado, o estén por desarrollar, posibles enfermedades genéticas. A lo anterior hay que arrojar un nuevo planteamiento desde el momento en que ese hijo, ante diversas situaciones añadidas puede necesitar de esa información. Imaginemos que el hijo sufre un accidente en el que la propia situación de urgencia e inminente necesidad requieren de esa información e instan una reacción instantánea. De igual manera pueden darse situaciones en las que la enfermedad de ese hijo requiere de su información genética pero el mal desarrollado no es tan grave como para poner en riesgo su vida. En este caso quedaría fuera del ámbito de aplicación de las excepciones recogidas en el artículo 5.5 LTRHA. Está claro que, en esos casos, el hijo nacido a través de técnicas de reproducción asistida está en clara desventaja con la situación en la que se encuentran los hijos nacidos de natural, incluidos los hijos adoptados. En el caso de los hijos nacidos de forma natural que han permanecido en su crianza en su entorno biológico, al menos con uno de sus progenitores genéticos, podrán entablar las acciones de filiación contempladas en nuestro sistema jurídico. De igual forma, los hijos adoptados, o sus representantes legales durante la minoría de edad, podrá instar esa información a través del amparo del artículo 180.6 CC y, en consecuencia, poder optar a esa información que dé cumplimiento a su derecho a una integridad física. En estos dos casos el hijo no debe llegar a una situación de peligro para su vida para poder destruir el anonimato.

Lo mismo ocurre en relación con el segundo contenido de ese artículo 15 CE relativo a la integridad moral. La ausencia de conocimiento sobre su propio origen puede generar en el hijo nacido a través de técnicas de reproducción asistida, una serie de trastornos psíquicos que impidan un completo desarrollo de su personalidad. Está comprobada la posibilidad de desarrollo de problemas psicológicos que los hijos que desconocen su propia identidad[770] pueden sufrir a los largo de sus vidas. El hecho de que su nacimiento se haya llevado a cabo a través de técnicas reproductivas no varía respecto de las necesidades que puede padecer ese hijo en comparación con los hijos adoptados.

[770] Pantaleón Prieto, F:"*Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución*", ob. cit., pág. 139.

Independientemente de lo anterior, en este punto es de obligada mención el artículo 39.2 CE y el derecho a investigar la paternidad protegido en el mismo. Nuestra opinión al respecto descansa en el hecho de que en ese precepto no se diferencia entre la paternidad biológica de un nacimiento llevado a cabo de forma natural y el originado a través de las técnicas de reproducción asistida. Hay que tener en cuenta que este artículo protege el derecho a conocer los orígenes biológicos. Si se priva de este derecho a los hijos nacidos mediante prácticas reproductivas, se está quebrantando su derecho basándose únicamente en la forma de su nacimiento. Aquí entra en riesgo, de igual manera, el respeto al derecho de igualdad del artículo 14 CE. En todo caso, no hay que olvidar que estamos hablando de un derecho y no de una imposición. En los casos en que los hijos no tuvieran ningún interés por conocer su identidad, no sucedería nada al respecto. En caso contrario, ante la necesidad de los mimos de querer saber, hay que otorgarles la misma posibilidad que al resto de personas y no restringirles ese derecho únicamente por la forma en que llegaron a nacer.

En definitiva, el derecho de los hijos a conocer sus propios orígenes y completar así su identidad personal, debe prevalecer por encima del derecho a la intimidad, tanto de los padres genéticos, como de los padres legales. El derecho a ocultar la verdad únicamente daña a los hijos colocándoles en una posición de víctimas. Esto, en los tiempos actuales, no es de ninguna manera admisible en nuestro ordenamiento jurídico desde el momento en que los instrumentos internacionales protegen de una forma clara los intereses de los hijos.

El hecho de seguir protegiendo el anonimato del donante de gametos se asienta en la defensa del derecho a la intimidad personal y familiar de estos, considerándoles, en definitiva, más dignos de protección que la persona nacida. No hay discusión en la afirmación de que toda persona, contando con los requisitos legalmente establecidos, tiene derecho a acudir a las técnicas de reproducción asistida en defensa de su derecho a la libertad personal instaurada en el artículo 17.1 CE, pero tampoco hay duda en que éste debe ser ponderado con otros derechos involucrados en la situación. En la imposición de límites a ese derecho debe colocarse precisamente el derecho de los hijos a poder conocer su procedencia genética y sus propias raíces biológicas.

En relación a lo anterior, hay que destacar que el derecho a la identidad genética es un derecho inherente a la persona. En palabras de Romero Coloma, este derecho

podría encontrar fundamento en el derecho a la información[771]. Este derecho según la doctrina del Tribunal Constitucional posee una posición preponderante sobre el derecho a la intimidad. En el caso de conflicto hay que realizar una tarea de ponderación entre ambos. El derecho a la información recogido en el artículo 20.1.d) del Texto Constitucional, ocupa una posición prevalente, que no jerárquica, respecto al derecho a la intimidad, al honor o a la imagen. Esta doctrina ha sido confirmada reiteradamente, siempre que la información sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés general. Entendemos, es este sentido, que el derecho a la salud física y psíquica de las personas, así como el derecho a la identidad genética son materias que afectan de forma directa al individuo involucrado[772].

En virtud de todo lo anterior, entendemos que el uso de estas técnicas reproductivas ha permitido lograr el sueño de ser padres a muchas personas que tiempo atrás, lo veían sencillamente inviable. De acuerdo a esto, el modelo de familia tradicional previsto en nuestra Constitución de 1978 se ha ampliado por el hecho de la aparición de nuevos modelos familiares que han alterado ese panorama social previsto en aquella época. La regulación legal debe actualizarse y adecuarse a nuestros tiempos. La normativa relativa a las técnicas de reproducción asistida resulta insuficiente. Se requieren modificaciones en materia de filiación.

A modo de ejemplo vamos a hacer referencia al caso de Margaret R. Brown, norteamericana, nacida bajo técnica de reproducción asistida heteróloga, en fecha 7 de marzo de 1994. En una entrevista concedida narró su experiencia partiendo de la perplejidad sentida después de enterarse que había sido engendrada por inseminación artificial. Margaret expresó sus sentimientos a través de las siguientes palabras:

"*Tengo un sueño recurrente: me veo flotando en medio de la oscuridad mientras giro cada vez más deprisa en una región sin nombre, fuera del tiempo, casi no terrenal. Me angustio y quiero poner los pies en el suelo. Pero no hay nada sobre lo que plantar mis pies. Ésta es mi pesadilla: soy una persona engendrada por inseminación artificial con esperma de donante, nunca conoceré la mitad de mi identidad. Siento rabia y confusión y se me plantean miles de preguntas. ¿De quién son los ojos que tengo? ¿A qué tanto secreto? ¿Quién metió en la cabeza a mi familia la idea de que mis raíces*

[771] Romero Coloma, A.M: "*Reproducción asistida e identidad genética*", ob. cit., pág. 2. http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/reproduccion-asistida-e-identidad-genetica. Consultado el 28 de septiembre de 2013.
[772] Ibídem, pág. 3.

biológicas no importaban? No se puede negar a nadie el derecho a conocer sus orígenes biológicos"[773].

Los padres de Margaret se divorciaron cuando ella contaba con siete años de edad. A los dieciséis expresó su deseo de volver a ver su padre, el cual, tras la separación se había distanciado de la niña. Fue entonces cuando su madre optó por desvelarle que su padre genético era un donante de esperma. En este caso concreto, los registros de sus orígenes habían sido eliminados. A consecuencia de lo anterior, afirma que esa noticia ha afectado a su identidad y que la mitad de la misma ha sido eliminada. Entre sus reflexiones se encuentra "*¿Quién soy? Es una pregunta difícil de contestar para alguien que ignora de dónde viene. Me gustaría tener el consuelo de saber a quién me parezco. Es sorprendente como se puede perder el sentido de identidad cuando nadie te ha dicho nunca: "eres igual que tu madre cuando era joven". Supongo que soy igual que el donante. (…)Además de preguntarme quién soy y de dónde vengo, desde que se descubrió el secreto tengo una dificultad mayor: la confianza. Me he preguntado si no habrá otros secretos que desconozco. No debería dudar de mi madre. Pero me he sorprendido preguntándome si me había dicho toda la verdad ¿Cómo puedo estar segura de que hubo un donante, como ella dice? (…) Lo más asombroso, a la vista de la importancia que da la sociedad actual a los derechos de los niños, es que en la inseminación artificia se actúa en interés de la intimidad de los padres y del médico, en vez de en interés del niño (…) Ni siquiera se plantea si el hijo tiene derecho a conocer a su padre biológico. (…) Parece que nadie pensó que quizá yo querría conocer la otra mitad de mi constitución genética. Pero un hijo no es una mercancía ni una propiedad: es una persona que tienen sus propios derechos"*[774].

Las anteriores reflexiones nos resultan prácticamente idénticas a las vertidas por David Azcona, hijo entregado en adopción, las cuales hemos reproducido anteriormente en este trabajo. Esto demuestra que el vacío de identidad se repite tanto en el caso de los hijos adoptados como en los nacidos a través de técnicas de reproducción asistida. Teniendo en cuanta lo anterior, entendemos que los sentimientos de incertidumbre y necesidad de saber no se distinguen en las personas dependiendo de la vía utilizada para su procreación.

[773] *¿A quién me parezco*?, Aceprensa, 13 de abril de 1994.
http://www.aceprensa.com/articles/print/id/6760/. Consultado el 28 de octubre de 2013.
[774] Ibídem.

En definitiva, entendemos necesario realizar un estudio de derecho comparado que nos ilustre en las posibilidades existentes de cara a una futura modificación legislativa en España, que vele por los intereses del hijo nacido a través de técnicas de reproducción asistida, procurando no dañar en exceso los intereses del resto de los participantes involucrados.

13.- <u>La situación del anonimato del donante de gametos en el derecho comparado</u>:

Como ya hemos indicado, la mayor parte de legislaciones extranjeras que se ocuparon de regular por primera vez las técnicas de reproducción asistida, establecieron con carácter general el anonimato del donante, garantizándose de esta forma su máxima confidencialidad. Con el paso del tiempo, son muchos los países que han optado por innovar en sus legislaciones relativas a esta materia. En algunos casos, han elegido finalmente levantar el velo del donante en beneficio del hijo nacido mediante reproducción asistida. Esto ha demostrado un verdadero cambio social que se ha convertido en una tendencia al alza en las sociedades democráticas más desarrolladas[775].

La incidencia de la genética en la salud y su influencia cada vez más estudiada en el padecimiento de algunas enfermedades están cuestionando, cada vez con más fuerza, la pertinencia de la supresión del anonimato del donante en la práctica de las técnicas de reproducción asistida. Esta clara tendencia a la supresión del anonimato podría afectar en un futuro a España. Entendemos que para ello es necesario que los interesados inicien un camino dirigido a la reclamación judicial de sus derechos. El anhelo de conocer la historia real de cada persona ha impulsado que, en algunos países, hayan comenzado a ejercitar las pertinentes acciones legales. Los fallos judiciales obtenidos al respecto han provocado que algunos estados hayan realizado reformas legislativas.

A lo anterior se ha unido la influencia de las nuevas tecnologías. A través de internet se han creado espacios de encuentro entre los implicados biológicos en las técnicas de reproducción humana asistida. Así ocurrió en Estados Unidos en el año 2000 en el que se creó el portal, hasta la fecha, más importante en esta materia, "*Donor Sibling Registry"*[776], el cual actúa como un verdadero registro.

[775] Théry, I: "*El anonimato en las donaciones de engendramiento*". Revista de Antropología Social, 2009, núm. 18, pág. 25.
[776] http://www.donor-siblingregistry.com

Es evidente que la elección legislativa por la que se decante un país va a tener importantes repercusiones jurídicas. No debemos pasar por alto la incidencia que el levantamiento del anonimato del donante tiene en el funcionamiento de las clínicas de fertilidad y en el número de donaciones obtenidas. Podían estar en juego los intereses económicos derivados del llamado "*negocio reproductivo*"[777].

Independientemente de lo anterior, es una realidad que cada vez son más las personas nacidas mediante técnicas reproductivas heterólogas que se plantean iniciar un camino hacia su verdad biológica.

Como ya se ha analizado, armonizar ese derecho a conocer los orígenes biológicos y el derecho a la intimidad del donante de gametos no es una tarea sencilla, sino todo lo contrario.

Podemos diferenciar, por tanto, dos grupos de países dependiendo de la exigencia, o no, que le otorguen al anonimato del donante de gametos.

1.- <u>Países que exigen el anonimato del donante</u>:

Entre los países que comparten con España la implantación del anonimato del donante se encuentran Francia, Portugal[778], Dinamarca[779], Grecia[780], República Checa[781], Bulgaria[782] o Hungría[783]. Sus legislaciones han optado por un modelo basado en la llamada "*cultura del secreto*"[784]:

[777] García Ruiz, Y: "*El origen biológico en la reproducción asistida: nuevas tendencias normativas para una era global*". Policy Papers, Centro de Estudios Andaluces. Consejería de la Presidencia. Junta de Andalucía, núm. 9, mayo de 2010, pág2.

[778] Ley 32/2006 de Procriaçáo Medicamente Assitida. Diario de la República núm. 1.a, Serie-N.o, 143-26 de julho de 2006. http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/pdf3/I-32-2006/downloadFile/file/L-32-2006.pdf?nocache=1181836752.65.

[779] Lov nr. 460 af 10.jun.1997 om Kunsting befrugtning i forbindelse med laegelig behandling diagnostic og forskning m.v. http://www.regiomidtiylland.dk/politik/regionsradets+moder/visdagsorden?file=21-01-2009/aben%20dagsorden/bilag/Punkt_20_Bilag_ 5.pdf.

[780] Law 3089, 23 december 2002, Medicalli assisted human reproduction. http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/human/law- 3089-en.pdf. Law 3305/2005 Medical assisted reproduction. http://www. Greekconference.comau/papers/2007/KLAMARIS.pdf

[781] Act No. 20/1996 Coll., on Public Health Care. Art. 75/2006 Coll. http://aplikace.msmt.cz/PDF/JJHumanstemcells.pdf.

[782] Health Law, Efeective 1 January 2005, amended SG No. 13/8 February 2008/ Regulation núm. 28 of June 2007 for assisted reproduction activities. Issued by the Ministry of Health promulgated SG No. 55 of 6 July 2007. http://www.eshre.eu/ESHRE/ English/Guidelines-legal/Legal-documentation/Bulgaria/Donor-anonymity/page.aspx/573.

[783] Lamm, E: "*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", ob. cit., pág 298.

[784] Petersen, K: "*The right of donor-conceived children to know the identity of their donor*". Globalization and Health, Springerlink, Netherlands, 2006.

1.a) FRANCIA

En este país el anonimato del donante de gametos está garantizado legislativamente. En Francia, en los inicios de la regulación de la reproducción asistida, la donación de gametos fue equiparada a un modelo específico de donación de sangre. De esta forma, ambos tipo de donación se asemejaban desde el punto de vista jurídico. La experiencia y el paso del tiempo demostraron que la asimilación de figuras no era correcta puesto que, de antemano, en las técnicas reproductivas ya se ven implicadas tres partes (donante, receptor e hijo), mientras que en la donación de sangre únicamente involucraba a dos (donante y receptor).

Los principios que inspiraron la Ley francesa de bioética establecían que el cuerpo humano y sus productos no pueden ser objeto de comercio por lo que se debe evitar cualquier tipo de intercambio oneroso. Se entiende que las donaciones deben realizarse de forma desinteresada y sin posibilidad de devolución o retorno al origen. En respuesta a lo anterior, se propone el anonimato del donante como medida de protección de estos principios. Si el donante y el receptor no pueden llegar a conocerse no podrán establecer ningún tipo de relación. En este aspecto, hay que poner de manifiesto que la experiencia ha demostrado que el anonimato no ha impedido el comercio de gametos humanos. En el mundo existen bancos de esperma y de ovocitos que ofertan el material reproductor a cambio de precio. Ese precio oscilará dependiendo de las características físicas y mentales del donante. En estos bancos se proporciona información relativa a su físico y a sus capacidades intelectuales. El acceso a internet facilita el conocimiento acerca de las ofertas contempladas en esos bancos existentes en otros países. No hay mucha dificultad en obtener material genético reproductor enviado desde otros países[785].

En este sentido destacar que, en la Legislación francesa[786], se dispusieron dos Leyes importantes. Por un lado la Ley 1994-653, relativa al respeto del cuerpo humano y, por otro, la Ley 1994-654, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal, ambas de 29 de julio de 1994.

---

[785] En la página de internet "*Cryos/Denmark*" se pueden realizar encargos de esperma seleccionando ampliamente los datos del donante con las características deseadas. http://dk-es.cryosinternational.com/búsqueda-de-donantes/?donor-search-race=0&donor-search-haircolor=0&donor-search-eyecolor=0

[786] Loi n. 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte=JORFTEXT000000549619.

La Ley núm. 2004-800, de 6 de agosto de 2004[787], Relativa a la Bioética, incidió sobre una regulación anterior constituida por la Ley núm. 1994-654, de 29 de julio de 1994 Relativa al Respeto al cuerpo Humano, y por la Ley Relativa a la Donación y la Utilización de Elementos y Productos del cuerpo Humano, a la Asistencia Médica a la Procreación y al Diagnóstico Prenatal. El artículo L. 2141-2 del Código Civil francés, en la redacción dada por esa Ley 2004-8000, afirmó tajantemente que la asistencia médica a la procreación está destinada a responder a la demanda parental de la pareja (entendida homosexual). De igual forma, en su párrafo segundo, añadió que dicha asistencia tiene por objeto remediar la infertilidad médicamente diagnosticada o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja una enfermedad de particular gravedad. Concluye el párrafo tercero estableciendo que, el hombre y la mujer que formen parte de la pareja deben estar casados o haber convivido al menos dos años. El artículo L 2141-3, de igual manera reformado por la Ley 2004-8000, recogió que un embrión únicamente puede ser concebido in vitro, con gametos aportados por al menos uno de los miembros de la pareja.

El artículo 311-20 del Código Civil francés, redactado de acuerdo a la Ley núm. 94-653, de 29 de julio de 1994, dispone que los cónyuges que para procrear recurran a una asistencia médica que necesite la intervención de un tercer donante deberán de prestar consentimiento en condiciones que garanticen el secreto, ante juez o notario, quien les informará de las consecuencias de su acto desde el punto de vista de las consecuencias de esa filiación. Establece que el consentimiento dado a una procreación médica asistida prohíbe toda acción de impugnación de la filiación o de la reclamación a menos que se acredite que el hijo no ha sido fruto de una procreación medicamente asistida o que el consentimiento haya sido privado de efecto. Según el párrafo tercero, esto ocurrirá en caso de muerte, de presentación de demanda de divorcio o de separación o de cesación de vida marital, acaecida antes de la realización del tratamiento de procreación asistida. El artículo 311-19, redactado por la Ley núm. 94-653, de 29 de julio de 1994, establece la prohibición al padre biológico para ejercitar la acción de reclamación de paternidad. Al establecerse el principio del anonimato del donante se entiende que, en caso de procreación medicamente asistida con intervención de donante no se puede establecer ninguna relación de filiación entre dicho donante y el hijo.

[787] Loi n. 2004-800 du 6 août 2004 relative á la bioéthique. http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte=JORFTEXT00000044169&dateTexte=

En relación con lo anterior, hay que destacar que el artículo 16-8 del Código Civil[788] francés, garantiza el anonimato del donante como principio fundamental de la bioética, impidiendo revelar su identidad. De igual forma, el artículo L1211-5 del Código de Salud Pública[789] también determina que el donante no puede conocer al receptor de sus gametos, de la misma forma que este último no podrá conocer la identidad del donante. La información relativa su identidad no podrá ser revelada, salvo casos excepcionales de necesidad sanitaria.

Hay que poner de manifiesto que, el legislador, abordó la necesidad de revisar esa Ley del año 2004 cada cinco años. En el año 2010 se elaboró el primer informe de revisión[790]. La comisión encargada de su elaboración realizó un extenso apartado dedicado a la cuestión del anonimato del donante. Triunfó finalmente la vertiente más conservadora y se optó por mantener el anonimato recogido en su legislación. Ese mismo año 2010, en el mes de octubre, el Gobierno francés aprobó un finalmente malogrado Proyecto de Ley[791] para levantar el anonimato del donante de esperma. A pesar de los fracasos se desprende que el debate está vivo y la cuestión seguirá siendo planteada al ser una necesidad social de estos hijos.

En Francia esta cuestión no está libre de debate. En 2004, de manos de la ginecóloga Pauline Tiberghien, se fundó la Asociación "*Procreación Medicamente Anónima*" (PMA) que aboga por un acceso a la reproducción asistida enmarcada en los orígenes biológicos. Esta asociación busca sensibilizar a los profesionales de la salud y al legislador sobre los perjuicios que derivan del anonimato de donantes de gametos. Una de las socias[792] de esta organización, quien descubrió en el año 2009 que era fruto de una donación de esperma comenzó una larga lucha judicial. El 21 de octubre de 2015, su demanda fue rechazada por el Consejo de Estado de Francia a través de la cual

[788] Este artículo fue introducido a través de la Ley núm. 94-654, de 29 de julio de 1994, "*Relative au Don et á l´utlisation des Éléments et Produits du Corps Humanin, a´ l´assistance mÉdicale á la Procréation et au Diagnostic Prénatal"*. Diario Oficial de 30 de julio de 1994.
[789] Code de la Santé Publique, núm. 2001-588, julio 2001.
[790] Asamblea Nacional Francesa, de 20 de enero de 2010.
[791] "*Francia pretende levantar el anonimato de los donantes de semen*". InvitroTV.com. Actualidad. Publicado el 28 de octubre de 2010. http://www.invitrotv.com/noticia/1514/francia-pretende-levantar-el-anonimato-de-los-donantes-de-semen.
[792] Se trata de una abogada que publicó bajo el pseudónimo de "*Audrye Kemalvezen*" el libro "*Mes orígenes:une affaire d´État*". Editions Max Milo, 2014.

la solicitante, a pesar de la legislación existente, intentaba el levantamiento del secreto que rodea sus orígenes[793].

1.b) ITALIA

Como ya hemos referencia con ocasión del tratamiento del anonimato de donantes de gametos en el derecho comparado, en el caso de Italia, estamos ante una las legislaciones en materia de reproducción más restringidas del mundo. La Ley italiana núm. 40 sobre Normas en Materia de Procreación Médica Asistida, de 19 de febrero de 2004[794], está concretamente considerada como la más restrictiva de Europa. Desde su entrada en vigor ha dado lugar a numerosos debates debido a sus limitaciones. Esta norma optó por prohibir directamente cualquier supuesto de fecundación de tipo heteróloga. Para acceder a técnicas únicamente homólogas, la mujer debe estar casada en matrimonio o pareja estable heterosexual, ser mayor de edad y fértil. Únicamente podrá ser inseminada con gametos de su marido. La paternidad legal corresponderá siempre con la biológica. Así se plasma en su artículo 4.3[795].

Es evidente que en Italia la influencia de la religión católica es importante. De ahí que se intentara lograr una ley en materia de reproducción asistida restrictiva, que impidiera el acceso a la misma a parejas homosexuales o que, de igual forma, prohibiera la fecundación post mortem. Esta Ley manifiesta que la procreación médicamente asistida no se trata de un método alternativo al natural, sino que se encuadra como el último recurso contra la esterilidad[796]. Así se contempla en su artículo 4.1, donde se prevé que estas técnicas únicamente se practicaran ante casos de esterilidad o infertilidad.

Como ya se ha hecho referencia, el artículo 5 de esta Ley marca como requisitos subjetivos para el acceso a estas técnicas que se trate de parejas heterosexuales, estables o casadas y ser potencialmente fértiles. Ambos miembros de la pareja debe estar vivos lo que implica la prohibición de la fecundación post mortem.

---

[793] Oswald, P: "*La lucha de Audrey por acabar con el anonimato de los donantes de esperma*". Aleteia, Ciencia y Medio Ambiente. Publicado el 26 de octubre de 2015.

[794] Legge 19 febbraio 2004 núm. 40 Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Gaceta Ufficiale núm. 45, de 24 de febrero de 2004. http://www.camera.it/parlam/leggi/04040I.htm.

[795]Artículo 4.3 (Accesso alle tecniche): "*É vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterólogo*".

[796] Tamayo Haya, S:" *Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas*". Revista Digital, Facultad de Derecho, núm. 6, 2013, págs. 261-316.

Recordemos que es en el mencionado artículo 4.3 en el que se prohíbe el acceso a las técnicas reproductivas de carácter heterólogo. A su vez, en el artículo 12 se encarga de las restricciones y sanciones, así como las consecuencias del incumplimiento de las disposiciones legales. Se indica que, cualquier persona que utilice gametos fuera de la pareja solicitante será castigada con una multa de 300.000 a 600.000 euros, por la violación de lo dispuesto en el artículo 4.3 de la ley de reproducción asistida. En el supuesto de que, contraviniendo la Ley, se llevara a cabo finalmente una fecundación heteróloga con material genético donado, el conviviente no podrá negar ni impugnar la paternidad. El donante no tendrá ninguna relación jurídica de filiación con el nacido y no podrá tener ningún derecho ni obligación ante él.

Ya hicimos referencia a los acontecimientos que estas restricciones han provocado en los últimos años en Italia. Esta prohibición de técnicas de reproducción de tipo heterólogo ya hace tiempo ha venido siendo catalogada por muchos como de inconstitucionalidad. Durante los días 12 y 13 del mes de junio de 2005, en Italia se realizó un referéndum con el fin de consultar la posibilidad de abrogación de esta Ley. El número de votos necesarios no llegó a conseguirse para que el resultado de la votación fuera de carácter vinculante[797]. A pesar de esto, la Sentencia 151/2009, de 8 de mayo, del Tribunal Constitucional Italiano, declaró parcialmente inconstitucional una parte del precepto, anulando la obligación de una única transferencia y la prohibición de producir un máximo de tres embriones por cada ciclo.

La diferencia de legislaciones entre los distintos países es evidente que genera un turismo reproductivo, es decir, ciudadanos de un país prohibitivo acuden a otros permisivos con el fin de lograr el fin vetado en su país de origen. Por lo que respecta a la prohibición de técnicas con material genético donado, España ha sido país de referencia destacado por parte de mujeres italianas que desean someterse a estas técnicas[798].

A través de sentencia núm. 162/2014, de 9 de abril de 2014, el Tribunal

[797] El número de personas que votó no alcanzó el 50% de la población legitimada y los movimientos y partidos políticos contrarios a las técnicas de reproducción heterólogas hicieron campaña a favor de la abstención.

[798] Según el Grupo Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI), un 24% de los tratamientos realizados en el año 2013 (aproximadamente 33.500) fueron a mujeres extranjeras. De esos 8.000, el 29% fue realizado a mujeres de nacionalidad italiana.

Constitucional Italiano[799] declaró la inconstitucionalidad de los artículos 4.3, 9.1 y 12.1 de la ley 40/2004 en lo relativo a la prohibición del uso de las técnicas de reproducción con material genético donado. Se declaró que esa Ley provocaba discriminación de cara a las personas que por propios medios físicos naturales era incapaz de acceder a la maternidad o paternidad.

En consecuencia, a partir de esta decisión ya es posible en Italia acudir a la procreación heteróloga, a partir de material genético aportado por donante, siempre que la pareja receptora se estéril[800].

El levantamiento de dicha prohibición era una cuestión muy deseada en Italia, país en el que hasta este momento, muchos ciudadanos optaron por trasladarse a otros países con el fin de someterse a una técnica heteróloga que les permitiera ser padres. Un país de destino para las mujeres italianas ha sido España. Desde la entrada en vigor de la Ley núm. 40 miles han sido los casos de reproducción asistida celebrados en España, en los que las receptoras eran mujeres italianas[801].

Como ya se verá más adelante[802], uno de las resoluciones más relevantes de los últimos tiempos en esta materia ha sido la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 27 de enero 2015 (caso Paradiso & Campanelli contra Italia)[803]. Un matrimonio italiano, Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, acudieron a Rusia con el fin de celebrar un contrato de gestación por sustitución. En febrero de 2011 nació el bebé y, de acuerdo a las normas rusas, fue inscrito como hijo de los comitentes. En todo momento se omitió que el nacimiento era fruto de un contrato de maternidad subrogada. En este caso, ninguno de los miembros de la pareja había aportado material genético. El Tribunal de Menores de Campobasso fue informado por el Consulado de Italia en Moscú que el expediente sobre el nacimiento del niño

[799] Sentencia de la Corte Constitucional de Italia, Núm 162/2014, de 9 de abril: En Ordaz, P: "*La fecundación con donante externo se abre paso en Italia*". El País, 9 de abril de 2014. http://www//sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/09/actualidad/1397074176-144729.html. Consultado el 16 de abril de 2014.

[800] Marrone, C:"*Fecondazione, cade divieto eterologa "legge 40 inconstituzionale*". Corriere della Sera, Salute, publicado el 9 de abril de 2014. http://www.corriere.it/salute/14_aprile_09/fecondazione-cade-divieto-eterologa-ad4c122c-bfd2-11e3-a6b2-109f6a781e55.shtml. Consultado el 12 de enero de 2013.

[801] Según datos del IVI (Instituto Valenciano de Infertilidad), un 24% de los más de 33.300 tratamientos realizados en el año 2013 fue relativo a mujeres extranjeras. De los anteriores, el 29% fueron parejas italianas, un 10% británicas y un 7% alemanas: En Ordaz, P: *"La fecundación con donante externo se abre paso en Italia*", Diario El País, publicado el 9 de abril de 2014.

[802] Esta sentencia se analizará en el capítulo siguiente por tratar de un caso de gestación por sustitución.

[803]Demanda núm. 25358/12: http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/02/el-tedh-exige-tener-en-cuenta-el.html

contenía información falsa. El matrimonio fue acusado de un delito de alteración del estado civil y de incumplir la legislación sobre adopción nacional e internacional.

El Tribunal de Menores les retiró la custodia al comprobarse no eran sus padres genéticos y que tampoco podían ser considerados padres adoptivos al no haberse tramitado dicho procedimiento. En enero de 2013, el niño, después de pasar por una situación de tutela, fue entregado en adopción. En junio de 2013, el Tribunal declaró la falta de legitimación del matrimonio comitente para intervenir en el proceso de adopción puesto que no eran los padres del niño. El matrimonio interpuso la correspondiente demanda contra Italia ante el TEDH quien falló a través de citada sentencia que Italia se había excedido de sus parámetros, violando el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), superando el principio de proporcionalidad cuya aplicación viene presidida por el interés superior del menor. El Tribunal estableció que no hay razón para separar a un niño de sus padres que no esté fundada en una lógica protectora. Sin mediar perjuicio para el niño nunca hay que separarle de estos. Indicó que la alegación relativa al orden público nacional no es carta blanca sino que habrá que medirse en función del interés del menor.

A pesar de fallar a favor del matrimonio comitente, el hecho de que el menor llevara dos años residiendo con su nueva familia de adopción hizo que, en aplicación del interés superior del menor, no les devolvieran al menor. Simplemente les otorgó el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios.

En este país el Gobierno intentó terminar con el anonimato del donante de esperma. Finalmente dio marcha atrás dado que las donaciones son habituales entre los estudiantes que reciben entre 36 y 67 euros, dependiendo de la calidad de su esperma.

2.- <u>Países que permiten revelar la identidad del donante:</u>

2.a) <u>SUECIA</u>

Suecia fue el primer país del mundo en suprimir en su Ley de reproducción asistida el anonimato del donante de gametos. El artículo 4 de la Ley 1140/1984, sobre Inseminación Artificial, de 20 de diciembre[804], (entró en vigor el 1 de marzo de 1985), permitió que cuando el nacido por técnica de reproducción asistida heteróloga alcanzara una madurez suficiente, pudiera consultar el registro de la donación del hospital correspondiente, con el asesoramiento de la Comisión Asesora de la Seguridad Social.

[804] Lag. SFS- 1984:1140.

El Comité encargado que preparó esta Ley entendió que "*no debe ocultársele al nacido su origen real y debe permitírsele, reclamarlo y conocerlo*"

En un principio esta regulación únicamente contemplaba el acceso a los datos identificativos del donante de esperma. En 1988 se dictó la Ley núm. 711/1988 sobre fecundación in vitro[805]. La donación de óvulos fue legalizada años después, concretamente el 1 de enero de 2003[806].

La regulación del derecho a la información establecía que los concebidos a través de la inseminación artificial tendrán derecho, una vez adquirida la madurez suficiente, acceder a los datos del donante que han sido registrados. Esta información incluía no sólo los datos relativos a la propia identidad del donante sino, de igual forma, aspectos relativos a su apariencia física o profesión. En cuanto a la expresión "suficientemente maduro", fue necesario aclararlo. La ambigüedad del término daba lugar a interpretaciones dispares. Finalmente el Consejo Nacional sobre Salud y Bienestar[807] aclaró que la Ley debía entenderse referida a los dieciocho años.

En el año 2006, citados Textos legales fueron derogados con ocasión de la entrada en vigor de la Genetic Integrity Act, de 18 de mayo de 2006[808]. Esta Ley es la encargada de normar las cuestiones relativas a la reproducción asistida así como de salvaguardar la integridad del individuo. En realidad, ambos Textos legislativos fueron agrupados en un único cuerpo. El Capítulo seis fue destinado a regular la inseminación artificial, mientras que el número siete tiene por objeto la fecundación in vitro. En cuanto al derecho a la información de los hijos nacidos a través de reproducción asistida con material genético aportado por donante, nada ha cambiado respecto a la regulación dada por la Ley de 1984.

Como hemos dicho, este país fue pionero en eliminar el anonimato del donante. Reino Unido siguió posteriormente esta línea y, de igual forma, han sido muchos los Estados que han decidido incorporar en sus legislaciones este principio.

Es cierto que una de las consecuencias derivadas de esta supresión del anonimato de material genético reproductor fue precisamente la gran caída en el número

[805] Lag. SFS- 1988:711.
[806] Stoll, J: "*Swedish donor offspring and their legal right to information*". Sweden Universitetstryckeriet, Uppsala, 2008, pág. 15.
[807] Lalos, A, Daniels, K, Gottlieb, C, Lalos, O: "*Recruitment and motivation of semen providers in Sweden*". Human Reproduction, núm. 1, vol. 18, 2003, pág. 212.
[808] Lag. SFS- 2006:351. The Genetic Integrity Act. http://www.smer.se/Bazment/266.aspx.

de donaciones. El temor de los potenciales donantes de imaginar que en un futuro pueden verse identificados como padres, y en consecuencia, puedan verse inmersos en obligaciones legales, pone en peligro la decisión de donar. En otros casos el planteamiento es precisamente que puedan verse identificados como donantes de esperma u óvulos.

Es este aspecto, la experiencia vivida en Suecia tras la supresión del anonimato del donante, causó un evidente retroceso en el número de donaciones de gametos. Independientemente de lo anterior, lo cierto es que la situación volvió a repuntar diez años después[809].

2.b) <u>SUIZA</u>

En el año 1992 se incorporó a la Constitución suiza el principio por el que los hijos pudieran acceso a los datos relativos a sus progenitores. Este derecho fue desarrollado en la Ley Federal de 18 de diciembre de 1998, sobre Reproducción Asistida[810]. De esta forma, en sus artículos 24 y siguientes, quedó plasmado que el nacido bajo técnicas de reproducción artificial, al alcanzar la mayoría de edad, podrá obtener datos sobre la identidad del donante de esperma. Se ordena al médico encargado de la fecundación asistida que transmita los datos del donante al Registro Civil tan pronto como tenga noticia de que ha tenido lugar el nacimiento, o en defecto de conocimiento, cuando haya transcurrido el plazo del periodo normal del embarazo. Al alcanzar la mayoría de edad, el nacido podrá obtener los datos relativos a la identidad del donante y de su aspecto físico[811].

La actual Constitución suiza, de 18 de abril de 1999, actual Carta que sustituyó a la anterior de 1874, recoge en el artículo 119.2-g) el derecho de toda persona a tener acceso a los datos concernientes a su ascendencia.

Como se ha indicado, en materia de reproducción asistida, es de aplicación la Ley Federal de 1998. En su Capítulo segundo (Sección cuarta) regula la donación de esperma. En concreto, se establece la obligatoriedad del donante de dar su consentimiento a la donación de forma escrita. Además de lo anterior, el donante deberá

---

[809] Falaturi, P: "*El caso del donante :¿Marea baja en el banco de semen*? Doccheck News. Publicado el 5 de junio de 2013. Consultado 16 de septiembre 2013.

[810] Legge fedérale concernente a la procreazione con assistenza medica 1998. http://www.admin.ch/ch/i/rs/810_ 11/index.html

[811] Lamm, E: "*El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*", ob. cit., pág. 87.

ser informado sobre la situación legal derivada del derecho del niño a conocer los datos registrales. Se determina que el hijo nacido mediante técnicas reproductivas heterólogas, una vez cumplidos los dieciocho años, podrá obtener información relativa a la identidad del donante y de su aspecto físico. De igual forma, se prevé la necesidad de informar al donante antes de comunicar datos relativos a su identidad a ese hijo.

2.c) <u>AUSTRIA</u>

En Austria, el hijo nacido bajo técnica de reproducción asistida heteróloga tiene derecho a indagar sobre la identidad del progenitor biológico. Así lo recoge el artículo 20 de la Ley Federal Austriaca de Medicina Reproductiva de 4 de junio de 1992[812].

En el apartado primero de este artículo 20 se inicia que los datos del donante que constan en el registro serán confidenciales. Es en el apartado segundo en el que se garantiza al hijo nacido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida que, una vez cumplidos los catorce años, tendrá acceso a la información obrante en ese registro. De igual forma se permite al padre o representante legal del nacido mediante estas técnicas que pueda de igual forma acceder cuando lo requiera un motivo médico de salud justificado. En este último caso se tienen en cuenta las circunstancias excepcionales así como esos casos médicamente acreditados en las que debe intervenir la correspondiente autorización judicial.

Hay que dejar constancia de que en Austria únicamente está permitida la donación de esperma pero no la de ovocitos ni la de embriones.

En cuanto a la prohibición de reproducción asistida con utilización de óvulos donados, el TEDH, a través de la sentencia de fecha 1 de abril de 2010[813], al resolver el *caso S.H. y otros contra Austria*, ya cuestionó la prohibición de la fecundación de tipo heterólogo.

El conflicto versaba sobre dos parejas, todos de nacionalidad austriaca. Por un lado, en una de ellas, la mujer sufría un problema ginecológico en las trompas de Falopio y su esposo era estéril. Únicamente la fecundación in vitro con esperma donado era la técnica que podía proporcionarles la concepción de un hijo genético (al menos de uno de ellos). Por otro lado, respecto a la otra pareja demandante, la mujer sufría imposibilidad para la producción de óvulos (agonadismo) mientras que su marido no

[812] Reproductive Medicine Act, 4 of june 1992. http://www. Kinderwunschklinik.at/pdf/FmedG.pdf.
[813] STEDH 2010/56 (S.H. y otros v Austria), Sección 1ª, de 1 de abril de 2010.

sufría ningún problema reproductivo. En este caso la técnica apropiada para poder proporcionarles un hijo, en parte genético, era la fecundación in vitro con óvulo donado. Ambos procedimientos reproductivos, tal y como hemos señalado, no están permitidos en Austria.

Después de agotar las vías judiciales nacionales, demandaron a Austria ante el TEDH quien, en un primer momento entendió que se estaba quebrantando su derecho al respeto de la vida familiar privada protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos. Posteriormente, la Gran Sala cambió de opinión y finalmente entendió que no existía consenso suficiente entre los Estados miembros en relación a la materia, no basándose en principios legales establecidos, teniendo en cuenta que el procedimiento de fecundación in vitro genera muchos planteamientos morales en un contexto en el que los avances técnicos se mueven a gran velocidad. En consecuencia, concluyó que Austria no se había excedido en el margen de apreciación. Para ello, tuvo en cuenta que las leyes austriacas no prohíben a sus ciudadanos acudir a otros países permisivos con la técnica interesada y que, en consonancia, prevén una regulación de filiación materna y paterna a favor de los interesados.

A pesar de esto, el Tribunal reprochó y llamo la atención al legislador austriaco con el propósito de que revisara su legislación y la adecuase a los avances científicos y sociales.

Esta sentencia creó una gran polémica por entender que propiciaba el auge del turismo reproductivo, hecho que, efectivamente, se produce

2.d) ALEMANIA

La Ley alemana núm. 745, de 13 de diciembre, de Protección del Embrión data de 1990[814]. En Alemania, en materia de reproducción asistida, inicialmente se siguió el criterio basado en el anonimato del donante de gametos. Ahora bien, desde 1989 se ha producido una progresión de las leyes en el sentido de permitir que las personas puedan conocer su paternidad. Fue en ese momento cuando el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia de fecha 31 de enero de 1989, decidió que cada persona tiene el derecho a conocer sus propias raíces. Posteriormente, tras este criterio, una ley del año 2007 complicó esta línea desde el momento en que permitió a las clínicas de reproducción asistida revelar únicamente información disponible sobre el donante en base a las

[814] The Embryo Protection Act, Bundesgesetzblatt I, 1990. http://www.bmj.de/files/-/1147/ESchG%20english.pdf.

peticiones de anonimato hechas por los donantes. Sin embargo, estas clínicas alemanas están obligadas a llevar registros sobre todos sus donantes disponibles durante los treinta años siguientes a la donación.

Finalmente, en el año 2013 la Ley se decantó por el derecho de los hijos a saber acerca de sus orígenes biológicos. Se permitió poder acceder a esa información personal únicamente a las personas mayores de dieciséis años.

Recientemente, la Corte Suprema Alemana ha dictado un importante fallo en fecha 28 de enero de 2015 por el que se reconoce el derecho de los hijos de cualquier edad a tener acceso a la información que permita identificar al donante anónimo de esperma gracias al que fueron concebidos. Se exige demostrar que fue el niño el que instó tener accesos a esa información[815]. Es la primera vez que el BGH ha adoptado una postura tan firme al respecto. Con este fallo se da clara prevalencia al derecho de los hijos frente al de los padres, donante o equipo médico interviniente. De esta forma se han aclarado las dudas las dudas derivadas de la Ley preexistente. Como hemos indicado la Ley de 2007 permitía únicamente conocer sus orígenes a hijos mayores de dieciséis años. A pesar de ello, en el caso de referencia, dos hermanas de doce y diecisiete años decidieron luchar contra esa regla hasta llevar su caso al BGH Alemán. A pesar de que los padres de las demandantes rechazaron en el momento de la concepción conocer la identidad del padre biológico, el Tribunal falló a su favor. A pesar de ello, en la sentencia se aludió al respeto por la vida privada del donante[816].

Hasta que el más Alto Tribunal Alemán ha llegado a esta conclusión la cuestión fue objeto de un intenso debate. Esta decisión ya fue iniciada en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1989, en la que se consideró un derecho fundamental de la persona el conocimiento de su origen biológico, fundado en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad. En este caso hay que dejar constancia de que la materia no trataba los nacimientos a través de reproducción asistida con donante.

---

[815] Lafferriere, J, N: "*Sentencia en Alemania reconoce el derecho a conocer la identidad del donante de gametos*" Centro de Bioética. Persona y Familia. http://centrodebioetica.org/2015/02/sentencia-en-alemania-reconoce-derecho-a-conocer-identidad-del-donante-de-gametos/. Consultado el 14 de junio de 2015.

[816] "*El Tribunal Supremo alemán otorga a los niños procedentes de donación de esperma el derecho a conocer la identidad de su padre en cualquier momento*". Civica. Asociación de Investigadores y Profesionales de la Vida, publicado el 30 de enero de 2015. http://www.investigadoresy profesionales.org/drupal/content/el-tribunal-supremo-alem%C3%A 1 n-otorga-los-ni%C3%B1 os-procedentes-de-donacio%C3%B3n-de-esperma-el-derecho-co.

De igual forma, en este aspecto, es de obligada cita la Sentencia del Tribunal Federal de Hamm (Renania del Norte-Westfalia), de fecha 6 de febrero de 2013[817] a través del cual se reconoció a una joven alemana de 21 años, Sarah P., nacida en 1990, el derecho a conocer quién era su padre biológico, donante de esperma. Este asunto refleja la necesidad de esas personas por saber su verdadera historia y completarla:

En referido asunto, la demandante, tras conocer cinco años atrás que había sido engendrada a raíz del sometimiento de su madre a una fecundación asistida heteróloga, emprendió una lucha judicial con el fin de poder conocer la identidad de su padre biológico. Tras solicitar del médico interviniente la información relativa a la identidad del donante, este respondió negativamente fundándose en la cláusula contractual del anonimato del donante. De la misma manera, afirmó que el derecho a la intimidad prevalecía sobre el derecho a acceder a la información genética. También alegó el secreto profesional que le obligaba a no divulgar los datos del donante.

Como consecuencia de la negativa, la afectada demando al instituto médico de inseminación artificial donde se realizó en su día el tratamiento de reproducción a través del cual se produjo su nacimiento.

La primera decisión judicial, dictada por el Tribunal Alemán de Essen, le negó el derecho a conocer sus orígenes argumentando que el anonimato del donante de esperma debía prevalecer. Sin embargo, la sentencia emitida por el segundo órgano judicial, Tribunal Superior de Hamm (Juez Thomas Vogt) consideró que el derecho a conocer los orígenes genéticos prevalece sobre la obligación del demandado de guardar secreto profesional y mantener así la privacidad del donante.

Dicho Tribunal afirmó en su fallo que la recurrente tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad así como al respeto de la dignidad humana, área autónoma de reserva para desarrollar y proteger su personalidad; debe poder conocer sus orígenes genéticos a fin de comprender y ser capaz de desarrollarse como persona.

El Órgano Judicial estableció que frente a la tesis tutelar de los derechos fundamentales, cede la invocación del derecho del demandado al libre ejercicio de su profesión, así como el derecho a la intimidad y el anonimato del donante de esperma. Estos derechos no se ven afectados en su núcleo esencial. El demandado y el donante requieren, por este motivo, menos protección, ya que las consecuencias de la donación

[817] http://www.csjn.gov.ar/dbei/iinews/Sentencias/alFiliaciónInseminaciónHeterologa.html. Consultado el 4 de marzo de 2014.

anónima de esperma se evalúan con anticipación y se pueden acomodar a las peticiones de los hijos concebidos. El derecho de la actora a conocer su filiación tiene jerarquía superior porque no es un derecho disponible. Entendió que, tanto el demandado como al donante de esperma les debe quedar claro que en los procesos de procreación artificial, en algún momento, el niño así concebido puede querer conocer sus orígenes. Esto implica un reconocimiento judicial de la paternidad del donante de esperma, con todas las consecuencias jurídicas que de ello derivan. En este contexto también han de considerarse las directrices y pautas de la Asociación Médica Alemana, dado que el accionante está obligado a informar sobre cualquier violación de confidencialidad médica para no perpetrar ningún delito.

La sentencia recoge que "*la procedencia (…) determina la dotación genética del individuo, influye en su personalidad y ocupa una posición clave en la conciencia individual en lo referente a la percepción y la comprensión del mismo"*[818].

Esta sentencia abrió el camino a otros ciudadanos que se encuentran en su misma situación. Respecto a este fallo no faltaron las reacciones positivas al mismo. Es el caso del proyecto "*Inseminación Artificia*l"[819] o la Asociación de hijos nacidos por reproducción asistida "*Spenderkinder*". En Alemania, donde hay abiertos catorce de bancos de esperma, se estima que unas 100.000 personas han sido concebidas gracias a la donación de esperma desde el año 1970[820].

En el asunto de referencia, independientemente de la decisión judicial, no se pudo dar cumplimiento al deseo de Sarah P. Durante el plenario, el médico responsable afectado, responsable del banco de esperma, que se negó a facilitar los datos del donante, calificó la revelación de "puramente teórica". La razón consistió en advertir de la imposibilidad de encontrar al padre de la demandante puesto que los documentos relativos a los donantes se suelen archivar durante un periodo máximo de 10 años. Este argumento fue rechazado por el juez quien recordó que durante el proceso el círculo de posibles donantes había sido reducido a dos, uno de ellos con el mismo grupo sanguíneo que la demandante.

---

[818]Falaturi, P: "*El caso del donante: ¿Marea baja en el banco de semen*? DocCheck News, publicado el 5 de junio de 2013. http://news.doccheck.com/es/681/el-caso-del-donante-marea-baja-en-el-banco-de-semen. Consultado el 16 de septiembre de 2013.

[819] Citado proyecto está dirigido por el profesor Katzorke: Falaturi, P: "*El caso del donante: ¿Marea baja en el banco de semen*? DocCheck News, publicado el 5 de junio de 2013 http://news.doccheck.com/es/681/el-caso-del-donante-marea-baja-en-el-banco-de-seman.

[820] Lütticke, M, Papaleo, C:" "*Hijos de donantes de esperma exigen respuestas*". DW. Mide Forninds, Actualidad Política. http://www.dw.com/es/hijos-de-donantes-de-esperma-exigen-respuestas/A-16584888

Actualmente, el fallo de la reciente sentencia de fecha 28 de enero de 2015 demuestra una clara prevalencia por el derecho del hijo nacido a través de reproducción asistida, frente al derecho a la intimidad del donante de esperma.

2.e) <u>REINO UNIDO</u>

A través de la Ley sobre Fertilización Humana y Embriología, de 1 de noviembre de 1990[821], Reino Unido reguló el uso de las técnicas de reproducción asistida, sus tratamientos y el régimen de confidencialidad de los datos de los intervinientes.

Su Sección número 37 regulaba el registro de la información relativa a los datos del donante. El apartado quinto, indicaba que la autoridad competente (HFEA)[822] no podía revelar información identificativa del donante cuyos gametos fueran utilizados, a pesar de que la misma fuera conocida por dichas autoridades. Estas quedaban obligadas a guardar confidencialidad al respecto[823].

La anterior Ley fue fruto del previo estudio realizado al respecto por especialistas en la materia. El resultado fue el conocido "*Informe Warnock*" elaborado por la Comisión para la Fertilización Humana y la Embriología de 1984. Este Informe se mostró favorable al anonimato del donante y entendió necesario limitar la posibilidad de poder desvelar su identidad, Sin embargo, entendió que, respecto a los hijos nacidos, era también necesario que al cumplir la mayoría de edad pudieran obtener una información básica acerca del donante. Se hizo referencia a datos relativos a su origen étnico, a sus datos genéticos. Según el Informe no se debía aplicar el carácter retroactivo.

El avance de las investigaciones científicas en el campo de la biotecnología fue en progresión. A esto que hay que añadir la obligación a la que se vieron sometidos los británicos de cambiar esa Ley como consecuencia de un fallo judicial de la Corte Suprema de Inglaterra y Gales[824] (High Court of England & Wales -Queen´s Bench Division-".

---

[821] Human Fertilisation and Embryology Act 1990.
[822] Se trata de la Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA)
[823] Frith, L:" *Gamete donation and anonymity: The ethical and legal debate*". Human Reproduction, núm. 5, vol. 6, 2001, pág. 818.
[824] Rose v Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embryology Authority. Supreme Court of Judicature, High Court of Justice, Queen´s Bench Division. 26 de Julio de 2002. EN GARCÍA RUIZ, Y: "*El origen biológico en la reproducción asistida: nuevas tendencias normativas para una era globa*l", ob. cit., pág. 9

La demanda fue presentada contra la Secretaría de Estado de Salud por dos hijos nacidos a través de la aportación de donante. Una de ellas ya era una mujer adulta, la otra era una menor que fue representada por su madre. En esta sentencia se reconoció la existencia del derecho a conocer los propios orígenes y a completar la identidad personal. No cabe duda de que la Corte tuvo presente para dictar este fallo la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal de forma reiterada ha interpretado que en el derecho a la vida familiar y privada, protegido por el artículo del CEDH se encuentra incluido el derecho a la identidad y el derecho a obtener, entre otros, la información relativa sobre los padres biológicos. Por lo que respecta a este asunto, resulta de obligado cumplimiento recordar la sentencia relativa al caso "*Gaskin contra Reino Unido*"[825] a la que ya se ha hecho referencia en este trabajo, a la hora de tratar el derecho a la identidad,

Esto supuso la necesidad de realizar una serie de reformas legislativas. De esta forma, en el año 2004, la Autoridad británica (HFEA), a través del Reglamento de Fertilización Humana y Embriología[826], permitió al hijo de donante de gametos, una vez alcanzada la mayoría de edad, poder conocer la identidad de su progenitor genético. Lo anterior no se llevó a cabo realmente hasta el 1 de abril de 2005, momento en que se produjo la reforma de la reproducción asistida y se revocó el anonimato del donante de

[825] STEDH 1989/16, de 7 de julio de 1989. El TEDH, a través de la sentencia de 7 de julio de 1989, falló a favor del demandante en aplicación del referido art. 8 CEDH. El Sr. Gaskin, quien durante su infancia fue acogido por distintas familias, pretendió, al cumplir la mayoría de edad, poder conocer su expediente administrativo a lo que la autoridad local se negó por entender que la información contenida en el mismo era de carácter reservado. El Tribunal en este caso alegó que "*El respeto a la vida privada exige que cualquier persona esté en condiciones de asentar con detalle su identidad como ser humano y que, en principio, la Administración no le impida, sin motivo justificado, conseguir esas informaciones fundamentales*". Se entendió que la posibilidad de acceder al expediente sustituía sus recuerdos. En relación con el reconocimiento directo del derecho a la identidad, el TEDH estimó que se había violado el art. 8 del Convenio al considerar que "*las personas que estén en la situación del demandante tienen un interés primordial, protegido en el Convenio, en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia…* (…) *Sin embargo, hay que tener también en cuenta que el carácter reservado de los expedientes administrativos es muy importante si se quiere disponer de informaciones objetivas y merecedoras de crédito; y que, además, puede ser necesario para proteger a terceras personas. Desde este punto de vista, un sistema como el británico que subordina el acceso a los expedientes al consentimiento de los informantes puede considerarse en principio compatible con el art. 8, teniendo en cuanta el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, cuando no se consigue entrar en relación con el informante o éste niega abusivamente su conformidad, el sistema debe proteger los intereses de cualquiera que pretenda consultar datos sobre su vida privada y familiar, y señor estará de acuerdo con el principio de proporcionalidad si dispone de un órgano independiente que, en el caso de que un informante no conteste o no dé su consentimiento, pueda tomar la resolución definitiva sobre la cuestión. Ahora bien, no sucedió así en el caso de autos. Por consiguiente los procedimientos seguidos no aseguraron al señor Gaskin el respeto de su vida privada y familiar exigido por el art. 8 del Convenio. En consecuencia, el precepto se consideró violado*.

[826] The Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of donor information). Regulations 2004, núm. 1511.

gametos. Esto significó que, desde ese momento, cualquier donante de esperma, óvulos o embriones podría ser identificable. Esto supuso el poder del hijo a tener acceso al nombre y apellidos del donante, a los datos sobre su apariencia física, a su fecha de nacimiento y a su última dirección conocida.

En virtud de todo lo anterior, en este país los nacidos bajo técnicas de reproducción asistida tienen derecho a conocer la identidad del padre biológico al cumplir los 18 años. Reino Unido ha querido aplicar a los hijos nacidos bajo técnicas artificiales la misma lógica que se aplicó en su día con los hijos adoptados, en relación con el derecho a conocer la identidad de sus padres biológicos. Hay que destacar que este levantamiento del anonimato no se aplica con carácter retroactivo por lo que las donaciones que se realizaron antes de esta fecha siguen siendo anónimas. Esto significa que hasta el año 2023, momento en el que los hijos fruto de las primeras donaciones tras la Ley cumplan dieciocho años, no comenzará a aplicarse efectivamente.

Con independencia de lo anterior, hay que poner de manifiesto que en esta Ley se recoge un supuesto concreto en el que se podría adelantar esa fecha de aplicación. Se permite identificar a sus padres biológicos de los hijos menores de dieciocho años que vayan a formar una familia y quieran tener la seguridad de que no son parientes consanguíneos respecto a la persona con la que tienen intención de tener un hijo. Esa identidad del donante únicamente será revelada a los hijos biológicos, no al resto de familiares.

La información acerca del donante tendrá que instarse a la Autoridad de Fertilización y Embriología. Este derecho pertenece únicamente al hijo, de manera que el donante no tiene derecho a solicitar datos sobre el uso que se dio a su material genético, a menos que, su propio hijo genético, solicite de igual forma que le sea revelada su identidad.

Estos hijos nacidos mediante la aplicación de técnicas reproductivas heterólogas, en el momento en que cumplan los dieciocho años, tendrán derecho a saber el nombre, fecha de nacimiento y última dirección registrada del donante. El acceso a esa información, no supondrá ninguna obligación económica o legal del donante identificado para con sus hijos genéticos. Esta protección del donante tendrá lugar si esa donación se realizó a través de una agencia oficial acreditada. En caso contrario, existe la posibilidad de que el donante deba asumir pensiones alimenticias al existir precedentes. Así le sucedió a un ciudadano británico que entregó su esperma a una

amiga lesbiana para que tuviera descendencia. Cuando la madre no tuvo recursos para mantener a su hija, reclamó al padre biológico. Esta reclamación fue atendida por entender la Administración que el sujeto era su padre legal por determinación de la filiación biológica a través de la prueba de paternidad. Esto no podrá pasar en el caso de que el progenitor genético tenga la consideración oficial de donante de esperma. Para ello, como decimos, la correspondiente donación es necesario que haya tenido lugar a través de agencia estatal.

Dicho todo lo anterior, hay que indicar que esa legislación del año 1990 hubo de ser revisada y adaptada. La Ley de Fertilización Humana y Embriología de 2008 actualizó aquella adaptándola también a esas regulaciones contempladas en la Ley de 2005, que permitían que los hijos nacidos a través de material genético donando pudieran obtener la información relativa al donante. Así, la Sección número 24 de la Ley de 2008, sustituyó a la número 31 de la Ley de 1990. Como novedades interesantes destacar que esta nueva regulación redujo de dieciocho a dieciséis años la edad para poder solicitar la información relativa a los datos del donante. Independientemente del momento en que se pueda aceptar la solicitud, esa información no podrá ser proporcionada hasta cumplida la mayoría de edad.

De igual forma, las parejas que quieran beneficiarse de una donación tienen derecho a conocer detalles del donante siempre y cuando no le puedan identificar. Esos datos implican el color de los ojos o la piel. De la misma manera, el donante tiene derecho a saber si su donación finalmente culminó en nacimiento, cuántos se produjeron y de qué sexo fueron[827].

Como ya se ha indicado, la consecuencia inmediata al levantamiento del anonimato, al igual que ocurrió en Suecia, fue la considerable reducción de las donaciones. Lo cierto es que, tras varios años en práctica, la cifra se ha vuelto a normalizar. Así lo refleja un estudio sobre esta cuestión, relativo a Reino Unido, realizado por la plataforma online americana de encuentro de donantes de gametos y sus descendientes, "*Donor Sibling Registry*"[828], quien aportó los siguientes datos:

[827] Oppenheimer, W. "*El Reino Unido permite conocer al donante*". Diario El País. 17 de marzo de 2008. http://elpais.com/diario/2008/03/17/sociedad/1205708401_850215.html. Consultado el 15 de abril de 2013.
[828] www. donorsiblingregistry.com

- Año 2005:

  .- Donaciones: de esperma 285 / de óvulos 1.023.

- Año 2006:

  .- Donaciones: de esperma 307 / de óvulos 803.

- Año 2007:

  .- Donaciones: de esperma 355 / de óvulos 1.024

- Año 2008:

  .- Donaciones: de esperma 403 / de óvulos 1.167.

- Año 2009:

  .- Donaciones: de esperma 438 / de óvulos 1.202.

- Año 2010:

  .- Donaciones: de esperma 492 / de óvulos 1.258.

- De las cifras relativas a los años 2011, 2012 y 2013, sólo se publicaron las relativas a donaciones de esperma, las cuales ascendieron a 541, 631 y 586 respectivamente.

2.f) NORUEGA

En Noruega se votó el levantamiento del anonimato en el año 2003. La Ley de Biotecnología, de 5 de diciembre de 2003[829] concede al hijo nacido mediante una donación de esperma el derecho a conocer a su progenitor biológico. El Capítulo segundo recoge la normativa dedicada a la reproducción asistida. Concretamente, en su artículo 2.7 establece que cualquier persona nacida a través de técnica reproductiva heteróloga, con utilización de esperma donando, podrá conocer la información relativa a la identidad del donante. Para ello se exige que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad.

Prevé el establecimiento de un registro especial en el que quede constancia de la identidad de los donantes. Esto permite que el hijo pueda instar la información relativa a su progenitor genético.

[829] Act of 5 december 2003 Núm. 100 relating to the application of biotechnology in human medicine. http://www.regieringe.no/upload/kilde/hod/red/2005/0081/ddd/pdf/242718-biotechnology_act_master.pdf.

Hay que indicar que Noruega es uno de los países que únicamente contempla la donación de esperma, dejando fuera de toda regulación la donación de ovocitos.

2.g) <u>FINLANDIA</u>

A través de la Ley 1237/2006, de 22 de diciembre, sobre Tratamientos de Reproducción Asistida[830], se implantó inicialmente el llamado sistema de "*doble ventanilla*". Este planteamiento permitía que, junto a las donaciones anónimas de gametos, pudieran autorizarse otras en las que los propios donantes dejaban constancia de su consentimiento a que un futuro hijo procedente de su aportación, pudiera ser informado de su identidad. Esto permitía la convivencia entre dos opciones, la del donante que prefería acogerse al anonimato y que, por tanto, optaba por proteger su identidad, frente al levantamiento del anonimato en los casos en los que el propio donante así lo indicaba.

En el caso de las donaciones desveladas, el hijo podrá acceder a la información relativa a la identidad del donante una vez cumplidos los dieciocho años.

2.h) <u>ISLANDIA</u>

La Ley 55/1996, de 29 de mayo, sobre fecundación Artificial y el Uso de Gametos humanos y embriones para la Investigación de Células Madre[831], adoptó el referido sistema de "*doble ventanilla*" por el que, como ya se ha indicado, convivían las donaciones anónimas frente a las desveladas, dependiendo de la opción que elegía el propio donante. En su artículo 4 disponía que si el donante quería mantenerse en el anonimato, su voluntad debía respetarse. En este caso, al igual que ni a los receptores ni al niño se le podía informar sobre el donante, a este tampoco se le permitía acceder a la información relativa a la pareja receptora ni a la del niño.

Por el contrario, si el donante no solicitaba el anonimato, el hijo concebido como consecuencia de su aportación podría, al cumplir los dieciocho años, acceder al registro con el objeto de obtener los datos identificativos de su progenitor genético. En este último caso, el organismo encargado debería, a la mayor brevedad posible, poner en conocimiento del donante que la información relativa a su identidad había sido proporcionada.

---

[830] Acts on Assisted Fertility Treatments (1237/2006). http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2006/en20061237.pdf.

[831] Desarrollada por el Reglamento núm. 568/1997, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Regulation núm. 568/1997 on Artificial Fertilization. http://eng.heilbrigdisraduneyti.is/laws-and-regulations/nr/686.

2.i) BÉLGICA

De igual forma, en Bélgica se optó por el sistema de "doble ventanilla". La Ley de 15 de marzo de 2007 así lo contempló. En este país se permite que la pareja receptora pueda elegir a la donante en el caso de donación de ovocitos. Esta se denomina "donación directa". A diferencia de lo anterior, la donación de embriones sigue siendo anónima.

2.j) HOLANDA

Tras quince años debatiendo la cuestión ha terminado por eliminar el anonimato del donante. En un principio se instauró el sistema de la "*doble ventanilla*", aunque finalmente desde el año 2004 las donaciones ya no son anónimas en Holanda.

En virtud de la Ley de 25 de abril de 2002, sobre información del donante por inseminación artificial, los niños mayores de doce años podían obtener información relativa a las características físicas, educación, ocupación y entorno social del donante de esperma.

La abolición total del anonimato de gametos del año 2004, permite al hijo mayor de dieciséis años acceder a la identidad del donante. Al igual que ocurrió inicialmente en otros países como Suecia o Reino Unido, provocó grandes reducciones en el número de donaciones de esperma[832].

2.k) NUEVA ZELANDA

En Nueva Zelanda el anonimato del donante de gametos fue suprimido con ocasión de la Ley de reproducción asistida del año 2004[833]. E este caso, se optó por la creación de un registro que permitiera establecer de forma voluntaria el contacto entre donante, receptor e hijo.

En Nueva Zelanda está en funcionamiento el "*Human Assisted Reproductive Technology Registry*" (HART), órgano encargado de la información relativa a los datos de los donantes de gametos[834].

---

[832] Pennings, G: "*Treinta años de técnicas de reproducción asistida*". Cuadernos de la Fundacio Victor Grífols i Lucas, núm. 35, 2015, pág. 27.

[833] Assisted Reproductive Technology Act 2007. http://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0092/latest/whole.html

[834] Blyth, E: "*Donor anonymity and secrecy versus openness concerning the genetic origins of the offspring: international perspectives*". Jewish Medical Ethics, núm. 5, 2006, págs. 4-13.

2.l) AUSTRALIA

El Estado de Victoria decidió en su Ley de Tratamiento de la Infertilidad de 1995[835] que la información relativa a los datos del donante podrá ser revelada al hijo nacido a través de donación, cuando alcance la mayoría de edad. En el apartado número 79 de citada norma se regula la solicitud de información que el hijo podrá recabar en el Registro Central. Entre dicha información se encuentra, tanto la general no identificativa, como la relativa a la identificación personal del donante.

Hasta su definitiva implantación, en fecha 1 de enero de 1998, estos hijos tan sólo podían obtener la información relativa a la identificación del donante siempre que este último hubiera prestado su consentimiento. Desde ese día, en este Estado australiano, las donaciones ya no pueden ser legalmente anónimas. Únicamente los nacidos a través de técnica reproductora homóloga realizada con posterioridad al año 1998, podrán acceder a la total información sobre el donante. A su vez, a partir de esta fecha los donantes deben ser informados de esta situación y, en consecuencia, deberán prestar su consentimiento en el momento de realizarla[836].

Un dato interesante al respecto lo encontramos en que, en Victoria, desde el año 2001, opera un Registro de información relativo a los donantes. Se trata del *"Donor Treatment Procedure Information Registry"*.

Con la implantación de la "*Assisted Reproductive Treatment Act 2008 (Vic)*" las funciones de la "*Infertility Tratment Authority"* (ITA) y las del Registro Central fueron transferidas al Registro de Nacimientos, Defunciones y Matrimonios de Victoria.[837]

2.m) ESTADOS UNIDOS

En este país en realidad la reproducción asistida no está positivamente regulada. Serán las clínicas y agencias privadas las que decidan si la donación es anónima o

[835]Infertility Treatment Act 1995 núm. 63. http://www. Legislation.vic.gov.au/Domino/Web_ notes/LDMS/PubLawToday.nsf/a12f6f60fbd56800ca256de500201e54/8AOE51B16EEFA80BCA25769 B000505AC/$FILE/95-63a032.pdf.

[836] Victorian Assisted Reproductive Treatment Authority. A statistical snapshot of the donor registers in Victoria. http://www.varta.org.au/what-can-find-out-about-my-donations.

[837] Johnson, L, Bourne, K, Hammarberg, K: "*Donor conception legislation in Victoria, Australia: the "time to tell" campaign, donor-linking and implications for clinical practice*". 19J LM, 2012, pág. 803. http://www.abc.net.au/austory/specials/howimetyourfather/donconceptionlegislationvic.pdf

reveladora[838]. Aún con esto, lo cierto es que la tendencia al alza está dirigida al levantamiento del anonimato del donante de esperma.

Como ejemplo de lo anterior encontramos "*Sperm Bank of California*"[839], una clínica reproductiva que ofrece a los donantes ambas opciones. De esta forma, pueden elegir la donación anónima, o la no anónima. No sólo el donante tiene esta posibilidad. De igual forma, se le ofrece esta vía también a los receptores. Del lado contrario, encontramos la "*Rainbow Flag Clinic*"[840] de California. Esta Clínica permite a los hijos que nazcan como consecuencia del tratamiento, conocer la identidad de los donantes.

En 1983 en este país fue creado un programa destinado a los concebidos a través de material genético donado con el fin de poder acceder a su información genética y encontrar a su donante. Recibió el nombre de "*Identity Release Program*"[841] y se ha convertido en el programa de revelación de datos de donantes del mundo. Este programa ofrece a los hijos concebidos a través de donación la opción de poder conocer al donante.es evidente que el acceso a la información no supone una unión legal de lazos. Esto hijos ya tienen una familia y, generalmente, no buscan otra. Únicamente quieren conocer más datos de su verdadero progenitor.

Otra forma de poder acceder al conocimiento del donante, como ya hemos indicado anteriormente, se encuentra en internet. Fruto de lo anterior, en el año 2000 surgió el portal, "*Donor Sibling Registry (DSR)*"[842], el cual actúa como un verdadero registro de encuentro entre donantes e hijos o entre hermanos genéticos. Este Registro permite a donantes, receptores y descendientes entrar en contacto e intercambiar información médica. Una de los principios básicos de este Registro descansa en el hecho de que, a la hora de realizarse las donaciones, los estudios genéticos que se practican no son demasiado exhaustivos. De igual forma, hay miles de enfermedades genéticas que no aparecen hasta la edad adulta. Se entiende que el contacto entre donante e hijo es altamente beneficioso. A través de este organismo se permite conocer, de igual manera, a los medios hermanos y compartir todo tipo de información. Cuenta con más de cuarenta y ocho mil miembros y ha logrado poner en contacto con su ascendencia genética a más de doce mil personas, de cuarenta países.

---

[838] Théry, I:" *El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento*". Revista de Antropología Social, núm. 18, 2009, pág. 26.
[839] Sperm Bank of California. http://www.thespermbankofca.org/content/identity-release-program.
[840] Rainbow Flag Health Services. http://www.gayspermbank.com.
[841] http://www.thespermbankofca.org/content/identity-release-program.
[842] http://www.donor-siblingregistry.com

La cuestión principal en que en Estados Unidos no se pone limite a las concepciones que pueden originarse con material genético del mismo donante. Esto supone que un mismo donante puede tener cientos de hijos. A través de este registro se han celebrado reuniones de medios hermanos, hijos del mismo donante[843].

En relación a lo anterior, existe un interesante estudio, al que ya se ha hecho referencia, desarrollado por el equipo del "*Center for Family Research*" de la Universidad de Cambridge. Su directora, la prestigiosa psicóloga Susan Golombok[844], planteó recabar información con ocasión de las personas registradas precisamente en dicho portal de internet. Tal y como se desprende de los resultados, ya analizados en este trabajo, las experiencias resultaron gratamente positivas tras los contactos mantenidos entre los participantes.

2.n) <u>IRLANDA</u>[845]

La regulación en Irlanda sobre las técnicas reproductivas ha sido recientemente aprobada. Cuestiones tan importantes para la sociedad irlandesa como es el tema del aborto, han retrasado considerablemente una legislación relativa a la reproducción asistida.

Actualmente Irlanda ya cuenta con la "*Children and Family Relationships Act 2015*". En ella se contempla la prohibición del anonimato del donante, permitiendo a los hijos nacidos por medio de gametos donados que puedan acceder a la información relativa a la identidad del donante. Para ello, se establece la creación del "*Donor*

[843] En la Conferencia impartida por Wendy Kramer (representante de DSR) , quien a su vez es madre de un hijo nacido a partir de esperma donado, informó del funcionamiento de este Registro y su funcionalidad. En la actualidad se han producido miles de encuentros de entre los más de 48.000 miembros. Se ha dado la oportunidad de resolver importantes cuestiones de salud y se ha posibilitado a cientos de medio hermanos a conocerse y comenzar un contacto. También se contacta con el donante. Este Registro ha tenido importante repercusión mediática .En 2014, la familia Blended acudió a un famoso programa de televisión "*Katie Couric Show*". En él se reunieron, la donante de óvulos y sus dos hijas, con la hija concebida a partir de sus óvulos y sus padres legales. EN Kramer, W:"*Donor conception and ethical practice: Six things you might not know*". Ponencia impartida en la Conferencia Internacional "*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European fertility market*". Universidad de Cantabria. Santander, 19 y 20 de noviembre de 2015.

[844] En relación con este Registro, Susan Golombok afirmó que había estado colaborando con el DSR en la realización de un estudio destinado a examinar los sentimientos y experiencias de los donantes de gametos, los descendientes y sus padres. Afirmó que encontró en el Registro un equipo altamente cualificado con gente muy competente en el trabajo. "*I have been collaborating with the DSR on a research Project designed to examine the feelings and experiences of donors, donor offspring and their parents. I have found DSR to be a highly professional organization run by extremely committed people*"

[845] Mulligan, A:" *Gamete donation across international borders: The challenge of ensuring donor contact in Europe*". Ponencia impartida en la Conferencia Internacional "*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European fertility market*". Universidad de Cantabria. Santander, 19 y 20 de noviembre de 2015.

Conceived Person Register". El problema de funcionalidad es que las donaciones en Irlanda provienen en gran medida de otros países, hecho que dificulta la posibilidad de conexión.

Las clínicas de fertilidad irlandesas, como decimos, funcionan en gran medida gracias a la importación de material genético reproductor de otros países. En concreto es habitual adquirir esperma de Dinamarca y los óvulos de Ucrania o de la República Checa. Este dato supone que la revelación de la identidad de los donantes sea una tarea muy complicada, más aún, cuando la importación se adquiere de países que protegen la intimidad del donante o, aun no protegiéndolo de manera absoluta, el donante no dio su consentimiento al acceso a su identidad. De igual forma, el contacto entre donante e hijo se complica considerablemente por la lejanía.

En Irlanda las clínicas de fertilidad donde se realizan los tratamientos deben recoger y custodiar los datos relativos a la donación. Los datos del recién nacido se inscriben naturalmente en su partida de nacimiento en la que, además de lo anterior, se reflejará el hecho de haberse producido mediante donación, y se dejará constancia protegida y reservada del nombre, apellidos y dirección del donante. Una vez que el hijo cumpla dieciocho años se le permitirá acceder a esa información obrante en el Registro Civil. Lo anterior va a suponer que tras dieciocho años, lo lógico es que en una gran parte de supuestos esos datos hayan variado y no faciliten el acceso al donante.

Esto impone la necesidad de mecanismos que faciliten esta tarea. La existencia de una red de Registros de Donantes de Gametos a nivel europeo sería una solución muy acertada, tal y como explicaremos más adelante.

2.ñ) <u>OTROS PAÍSES</u>

.- **<u>RUSIA</u>** Y **<u>BIELORRUSIA</u>**:

Sus legislaciones permiten la donación de gametos no anónimas. En Bielorrusia únicamente se permite la donación anónima para el caso de donación de embriones crioconservados durante más de seis meses[846].

[846] Steven, J, Devroey, P, Banker, M, Brinsden, P, Buster, J, Fiadjoe, M, Horton, M, Nygren, K, Hirshikesh, P, Le Roux, P, Sullivan, E: International Federation of Fertility Societies Surveillance 2013. https://iffs.site-ym.com/resource// iffs_surveillance_09-19-13.pdf, pág. 73.

.- **ARGENTINA**:

El Código Civil y Comercial Argentino recoge, en el artículo 564, un anonimato relativo al decir "*La información relativa a la persona que ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. A petición de las personas nacidas a través de esas técnicas, puede: A) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial del procedimiento más breve que prevea la Ley local. B) Obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud"*.

.- **GRECIA:**

Este país mantiene el anonimato del donante y, al igual que España, permite acceder a información de carácter general pero no identificativa del donante.

.- **HONG-KONG**:

Permite tanto las donaciones de esperma anónimas como descubiertas pero, en el caso de donación de óvulos siempre debe ser no anónima.

.- **BRASIL**:

No permite la identificación del donante pero invita a las clínicas a custodiar los datos en registros.

.- **CHINA**:

Sólo se puede solicitar información no identificable de los donantes de esperma.

.- **JAPÓN**:

La recomendaciones impartidas por el gremio de obstetricia y ginecología recomiendan la donación anónima pero conservando los datos identificativos y de interés en registros.

.- INDIA:

La información relativa a los donantes únicamente podrá ser utilizada solicitándose orden judicial[847].

[847] Sama: "*The mapping of Assisted Reproductive Technologies in India*", 2011, pág. 67. EN Alkorta Idiakez, I:"La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo" EN

15.- Turismo reproductivo

Entre las cifras que se barajan, uno de cada diez niños nacidos en Europa y en Estados Unidos ha sido concebido a través de la reproducción asistida[848]. Los estudios epidemiológicos concluyen que el 10% de las parejas padecen algún tipo de infertilidad y que el 56% solicitan ayuda médica para lograr procrear[849].

La Organización Mundial de la Salud (OMS) determina de los ciento noventa y un países, únicamente cuarenta y ocho, ofrecen asistencia reproductiva[850].

La International *Federation of Fertility Societies (IFFS) Surveillance*, publica cada tres años resultados relativos a esta materia. Se trata de una Organización, anexionada a la OMS, en la que sesenta países participan en el seguimiento de los aspectos clínicos y científicos de las técnicas reproductivas. De igual forma, la *European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)*[851] cuenta con un equipo de trabajo dedicado a estudiar el impacto del turismo reproductivo al que acuden miles de ciudadanos que se trasladan a otros países donde la oferta de la reproducción asistida está permitida, o goza de mejores garantías que en sus países de origen.

La ESHRE se ha mostrado reticente a utilizar la expresión de turismo reproductivo al considerar que frivoliza las razones por las cuales las personas acceden a esas técnicas reproductivas. La idea de canalizarlo como un tipo de "turismo" lo enfoca como viaje de placer. Entiende más acertada la expresión "Cross-Border Reproductive Care"[852]. Lo anterior podríamos incluso calificarlo como una especie de "turismo sanitario" que lleva aparejadas innumerables consecuencias jurídicas; la determinación de la filiación de esos niños nacidas a través de técnica reproductiva en el extranjero. En definitiva podría definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a técnicas de reproducción

---

"*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, ob. cit., pág.769

[848] Alkorta Idiakez, I:"La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo" EN "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, ob. cit., pág. 69.

[849] Ibídem.

[850] Un caso a destacar es el de Costa Rica que se resiste a proveer servicios de fecundación in vitro: EN Alkorta Idiakez, I:"La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo" EN "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, ob. cit., pág. 70.

[851] ESHRE. http://www.eshre.es.

[852] Shenfield, F,. De Mouzon, J., Pennings, G., Ferreretti, A.P., Nyboe Andersen, A., de Wert, G., Goossens, V.: "*Cross border reproductive care in six countries*". Human Reproduction, 2010, vol. 25, núm. 6, págs. 1361-1368. http://humrep.oxfordjournals.org/cgi/reprint/25/6/1361. Consultado el 28 de agosto de 2014.

asistida[853].

Como ya hemos mencionado, es una realidad habitual que ciudadanos de un estado se desplacen a otro con el fin de poder realizar determinada técnica reproductiva prohibida o restringida en su país de origen. Podemos de igual manera comprender que dentro de esos incentivos se encuentre el hecho de que en otros lugares esa técnica reproductiva se obtiene con mejores condiciones; dígase, con mayor celeridad, menor coste, mayores garantías o menos limitaciones. Entre estas últimas se encuentra el requisito relativo al estado civil o la orientación sexual del comitente[854].

Dentro de la Unión Europea, España[855], Bélgica, República Checa, Dinamarca, Suiza y Eslovenia, son países que destacan como lugares de destino para el acceso a técnicas de reproducción. En el caso de España, tal y como hemos visto, cuenta con una legislación amplia y permisiva. Admite casi todas las técnicas reproductivas a excepción de la gestación por sustitución y la posibilidad de selección del sexo del bebé. De igual forma, los costes suelen ser inferiores en comparación con los establecidos en otros lugares de nuestro entorno. A estos datos podemos sumarle el hecho de que las listas de espera son más reducidas y la calidad de los centros clínicos de reproducción es muy destacada. Un hecho que potencia que ciudadanos extranjeros viajen a nuestro país descansa en la posibilidad legislativa de practicar técnicas de reproducción asistida con óvulos donados. Un alto porcentaje de ciudadanos que acuden a España con este objetivo son de nacionalidad italiana o británica. En el primero de los supuestos la razón es que en Italia, hasta abril de 2014, no estaba permitida la realización de tratamientos heterólogos, es decir, con material genético donado. La Ley 40/2004[856], de 19 de febrero, en materia de procreación médicamente asistida, está considerada como la más restrictiva en la materia. En el caso de ciudadanos británicos, el motivo más común por el que eligen España es debido a que, a pesar de que en su país estas técnicas están permitidas[857], el anonimato de los donantes de óvulos y de esperma que rige en nuestro país (art. 5.5 LTRHA), no está contemplado en su legislación.

---

[853] Storrow, R.F.: "*Quests for conception:Fertility Tourist, globalization and feminist legal theory*" Hastings Law Journal, 2006, vol. 57, págs. 300-305.
[854] Cohen, J: "*Le tourisme procréatif:un pis-aller*", ob. cit., págs. 881-882.
[855] Según datos del IVI (Instituto Valenciano de Infertilidad), un 24% de los más de 33.300 tratamientos realizados en el año 2013 fue relativo a mujeres extranjeras. De los anteriores, el 29% fueron parejas italianas, un 10% británicas y un 7% alemanas: En Ordaz, P: *"La fecundación con donante externo se abre paso en Italia*", Diario El País, publicado el 9 de abril de 2014.
[856] Ley núm. 40/2004, de 19 de febrero. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Gazzeta Ufficiale núm. 45 del 24 febbraio 2004.
[857] Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

La cuestión relativa al turismo reproductivo es preocupante por varias razones. En primer lugar hay que tener en cuenta que se convierte en una opción únicamente viable para personas con buena posición económica. Por otra parte, es imposible controlar de forma absoluta la calidad o seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las partes intervinientes. Lo anterior aumenta la posibilidad de riesgo de explotación de mujeres que viven en países en desarrollo. El turismo reproductivo provoca que ciudadanos de países no permisivos quebranten las leyes nacionales con el fin de conseguir un objetivo no permitido. De lo anterior derivan preocupantes consecuencias relativas a la inscripción en el registro civil de estos niños y, en definitiva, de su filiación. Por último, la idea de turismo reproductivo parece reflejar la idea de un negocio, de un "*baby bussines*"[858].

En relación a lo anterior las opiniones pueden ser muy dispares. Se podría abogar por la prohibición de todo tipo de turismo reproductivo o, por el contrario, se podría entender que el hecho de que este fenómeno esté en alza pueda aprovecharse para buscar una armonización de las leyes con el fin de, los que lo deseen, puedan tener un hijo sin el obstáculo burocrático que en la actualidad encontramos.

En este punto nos encontramos con dos países que han optado por prohibir directamente que sus ciudadanos puedan acudir a otros países con estos fines reproductivos. Es el caso de Turquía[859], que en el año 2010, prohibió la posibilidad de trasladarse a otros países con el objeto del uso de gametos donados. El artículo 231 del Código Penal turco recoge que es ilegal "*oscurecer la ascendencia de un niño*" y sanciona estas conductas con penas de uno y tres años de prisión. Como respuesta a esta prohibición, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha declarado que esa sanción es proporcional a la imposición y que la regulación no contraviene el Tratado. Independientemente se esta prohibición, entendemos que su aplicación va a ser difícil de llevar a cabo. La vigilancia de los motivos por los que una persona decide realizar un viaje es muy complicada en seguimiento.

Como veremos en el siguiente capítulo, algunos países han sancionado penalmente el hecho de que sus ciudadanos acudan a otros países a realizar contratos de gestación por sustitución que contradigan los límites normativos propios del país. Es el

[858] Lamm, E: "*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", ob. cit., pág. 194.
[859] Gürtin, Z:"*Banning reproductive travel? Turkey´s ART legislation and third party assisted reproduction*". Reproduction Biomedical Online, núm. 23, 2011.

caso, por ejemplo, de Australia (Nueva Gales del Sur y Queensland).

En materia de reproducción asistida, la tendencia está encaminada hacia una regulación amplia pero, es evidente, que dependiendo del país, la apertura a las mismas no será de igual aceptación. Por ejemplo la limitación de la fecundación in vitro para parejas casadas se centra hoy en día en países islámicos y del sudeste asiático. Por el contrario, son muchos los países que permiten acceder a la fecundación in vitro a mujeres solas, y está en crecimiento los que se lo permiten también a parejas de lesbianas[860].

Con independencia de la disparidad en las distintas legislaciones, parece haber una tendencia hacia el consenso en la prohibición de determinadas prácticas como son la selección de sexo o la clonación. De igual forma, durante los diez últimos años se han producido recomendaciones para concienciar sobre la peligrosidad y riesgos de los embarazos múltiples, tan frecuentes en la aplicación de técnicas reproductivas. De esta forma se están realizando políticas legislativas para limitar, a uno, dos o tres, la implantación de embriones en cada ciclo[861].

A pesar de lo anterior, el hecho de la disparidad de legislaciones internacionales, los diferentes costes, las variables tasas de éxito y las distintas condiciones para el acceso a las técnicas que impone cada país, genera un inevitable turismo reproductivo. Como veremos en el capítulo siguiente, una de las técnicas que más influye en este tema es la figura de la gestación por sustitución. La práctica de la donación de óvulos es otra de las técnicas que más cruces transfronterizos produce. De igual forma, como ya hemos indicado, el hecho de que algunos países prohíban el anonimato del donante, también es una de las razones por la que ciudadanos de un país deciden optar por realizar la técnica en otro estado que proteja la identidad del donante.

Esto es evidente, que requiere de mecanismos de armonización que intenten evitar esta situación. Como hemos indicado, la ESHRE[862] cuanta con un equipo de

[860] Steven, J, Devroey, P, Banker, M, Brinsden, P, Buster, J, Fiadjoe, M, Horton, M, Nygren, K, Hirshikesh, P, Le Roux, P, Sullivan, E: "*Regional and global trends in fertility prevalence since 1990: A systematic Analysis of 277*". Helathr Surveys PLoS Med, núm. 9, 2012.

[861] España impuso el límite en tres, Reino Unido prevé, desde 2003, un máximo de dos para mujeres mayores de cuarenta años y de tres para las de edad inferior. Países europeos como Finlandia, Dinamarca, Holanda o Noruega no tiene regulación al respecto pero, al igual que otros como Alemania, Suiza, Austria o Italia han optado por rebajar la implantación a no más de tres embriones en cada ciclo reproductivo. EN Steven, J, Devroey, P, Banker, M, Brinsden, P, Buster, J, Fiadjoe, M, Horton, M, Nygren, K, Hirshikesh, P, Le Roux, P, Sullivan, E: International Federation of Fertility Societies Surveillance 2013. https://iffs.site-ym.com/resource// iffs_surveillance_09-19-13.pdf, pág. 35.

[862] ESHRE. Cross-Border reproductive Care Taskforce. http://www. eshre.eu.

trabajo sobre "*Cross border reproductive Care*" con el objeto de recabar información estadística sobre el número de pacientes que cruzan sus fronteras para acceder a las técnicas reproductivas y, en base a ello, intentar aportar mejoras y garantías al respecto.

15.- <u>La necesidad de una Red de Registros Generales de donantes de gametos</u>

Vista la situación del anonimato del donante de gametos en otras legislaciones, y el recorrido que han llevado hasta consolidarse, entendemos necesario tratar la cuestión relativa a la existencia de un registro completo relativo a la información de los donantes, así como del seguimiento de las donaciones realizadas.

El hecho de que exista un organismo específico que custodie de forma global todos los datos relativos a las donaciones es ya una necesidad en los países que han optado por levantar el secreto. Ahora bien, no debemos obviar que España, a pesar de proteger la intimidad e identidad del donante, no lo hace de forma absoluta.

Recordemos que el artículo 5.5 LTRHA permite al hijo concebido a partir de material genético donado, conocer información general del donante y, en casos excepcionales, información más personal del mismo, cuando la situación de riesgo para la salud o la vida del hijo así lo aconsejen, o cuando las leyes procesales penales así lo requieran.

Estas posibles situaciones que surgen en la práctica podrían obtener una solución mucho más garantista, veloz, y con menos coste, contando con la existencia de un registro de donantes a nivel nacional. Es probable que ante la necesidad de adecuarnos a Europa, así como a las últimas decisiones del TEDH, en un futuro nos veamos necesitados de la creación de este Registro. La Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, en su Disposición Final Tercera, ya dispuso la creación de dicho Registro Nacional informatizado, marcando como plazo de constitución un año desde la entrada en vigor de la misma. Sin embargo, ese mandato nunca se llevó a cabo.

Actualmente, sin la existencia funcional de dicho Registro, no podemos afirmar que en España exista un adecuado control sobre donantes y sobre sus donaciones. Esto puede derivar en una situación de riesgo cuando los datos del donante son una necesidad extrema ante casos de salud de los hijos concebidos a partir de su muestra genética.

Además de lo anterior, con esta ausencia, España estaría faltando al cumplimiento de la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006 por

la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos. En particular, el incumplimiento con Europa se estaría produciendo respecto a la "trazabilidad" o respeto de la capacidad de localizar e identificar una célula o un tejido humano[863], y en definitiva al propio donante.

En el año 2013, la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) y la Asociación para el Estudio de la Biología de la Reproducción (ASEBIR) presentaron un texto conjunto en relación al Real Decreto Europeo 1301/2006 que establece un marco legal para garantizar la trazabilidad de cualquier muestra biológica. España ha cumplido lo anterior, con excepción de la normativa relativa al Registro de Donantes de Gametos[864].

Compartimos el criterio de García Ruiz[865] quien entiende necesario diseñar una Red de Registros de Donantes. Esta red debería comprender distintos sub-registros: uno autonómico, uno nacional y otro europeo.

La importancia de dicha creación descansa en que no sólo se garantiza la identificación del donante sino que, de igual manera, se controla el número de donaciones fructíferas que realiza cada donante. Sin un control adecuado se pueden estar produciendo choques parentales entre hermanos, hijos de un mismo donante de esperma, que desconocen esa información. La consanguinidad es una cuestión altamente importante en materia de donación. Se pueden crear peligros y riesgos para esos hijos que, con la creación de esta red de registros, podrían evitarse en gran medida.

Teniendo en cuenta lo anterior, a pesar de que en España existe el principio de respeto al anonimato del donante, la existencia de ese Registro podría utilizarse como cauce de conexión entre hermanos genéticos, hijos de un mismo donante. Con esto se evitarían los posibles problemas de consanguinidad, por un lado, y se daría la posibilidad a los hijos de ampliar aún más su propia identidad, por otro, dándoles la posibilidad de identificar a sus hermanos biológicos. Esta propuesta respetaría el anonimato del donante que impone nuestra legislación puesto que no tendría que ser revelada su identidad para cumplir con los fines anteriores. .

---

[863] García Ruiz, Y: "*El origen biológico en la reproducción asistida: nuevas tendencias normativas para una era globa*l", ob. cit., pág. 12.
[864] Plaza, J. A: "*Sanidad retoma el registro nacional de gametos y preembriones*". Genyca, publicado el 14 de julio de 2015. http://www.genyca.es/sanidad-retoma-el-registro-nacional-de-gametos-y-preembriones/. Consultado el 17 de octubre de 2015.
[865] García Ruiz, Y: "*El origen biológico en la reproducción asistida: nuevas tendencias normativas para una era globa*l", ob. cit., pág.13.

Como hemos visto anteriormente, estos Registros cumplen una importante función en otros países como Estados Unidos (*Donor Sibling Registry*), Reino Unido, Australia (Victoria), Nueva Zelanda o Irlanda (*Donor Conceived Person Register*). Los resultados obtenidos con su puesta en marcha han sido calificados como experiencias positivas[866]. La existencia de una Red de Registros resulta de suma importancia para el control del número de donaciones realizadas por un mismo donante.

Esta cuestión es altamente necesaria desde el momento en que las importaciones y exportaciones de gametos es una práctica habitual entre los países de nuestro entorno demográfico y cultural. De ahí la necesidad de ir más allá y abogar, en definitiva, por la extensión del registro de datos a nivel, al menos, europeo.

En esta materia es de obligada mención el Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo[867], por el que se establecieron los protocolos obligatorios de estudio de donantes de gametos y de los usuarios de las técnicas de reproducción asistida. Esta norma fue precisamente la que reguló la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de Reproducción Humana. De igual forma, a través de la Orden de fecha 25 de marzo de 1996[868], se establecían las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones. Esta Orden aplica la Disposición Final Segunda del Real Decreto de 1996 con el objeto de regular el funcionamiento de mencionado Registro Nacional a fin de garantizar que su actividad se desarrolle bajo las máximas garantías de exactitud, integridad, puntualidad y confidencialidad. En este sentido, citada orden regula la necesidad de que las Comunidades Autónomas o los centros autorizados para aceptar donaciones de gametos deban comunicar a la Base Central del Registro Nacional la identificación de los donantes aceptados (aportando los datos específicos que se señalan en el apartado I del anexo del RD 412/1996). De igual forma, habrá de comunicarse al Registro el número de hijos propios del donante. Se especifica la necesidad de que ese Registro Nacional asigne un código identificador que permita evitar la duplicidad informativa y asegure la identificación entre el donante, datos relativos a los receptores y resultados de la donación. Esta disposición prevé que cuando un centro o servicio autorizado para la realización de técnicas de inseminación artificial, obtuviera éxito de gestación en aplicación de dichas técnicas reproductivas, comunicará a la Base Central de Registro

[866] Ibídem, pág. 14.
[867] BOE núm. 72, de 23 de marzo de 1996.
[868] BOE núm. 106, de 2 de mayo de 1996.

Nacional, en el trascurso del tercer trimestre de gestación, los datos de identificación del donante, junto con el nombre, apellidos, domicilio, fecha de nacimiento y Documento Nacional de Identidad de la mujer o mujeres receptoras. De igual forma, estos centros deberán remitir al Registro los datos relativos a las fecundaciones con éxito en las que se hubieren empleado gametos del donante, indicando el número de preembriones obtenidos junto con los datos de identificación del donante. También deberá ser objeto de comunicación al Registro Nacional la información relativa al número de nacimientos obtenidos, vivos o muertos. Esta información deberá ser proporcionada un mes después de los nacimientos, junto con los datos identificativos de las partes implicadas. De igual forma, habrá de informarse acerca de las malformaciones o problemas genéticos detectados tras el nacimiento o incluso delos fallecimientos de hijos durante su primer año de vida por cualquier causa, así como de las interrupciones de embarazo ocurridas como consecuencia de malformación o enfermedad genética fetal, siempre con la identificación de donantes y receptores.

En relación con todo lo anterior, en el año 2015, el Ministerio de Sanidad ha remitido al Consejo Consultivo del Consejo Interterritorial un borrador de Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los Requisitos para la Donación de Células Reproductoras y se regula la Organización y Funcionamiento del Registro de Donantes de Gametos y Preembriones[869]. Este Proyecto recibió el dictamen positivo del Consejo de Estado[870]. De esta forma, es probable que en un breve espacio de tiempo se cumpla, por fin, con aquella promesa expuesta en el Ley del año 1988.

De aprobarse definitivamente este Proyecto se conseguirá definitivamente regular a nivel nacional los datos que en la actualidad únicamente se recopilan en los registros individuales de los centros de reproducción asistida. Lo anterior, supondrá evitar cruces de consanguinidad. De igual forma, se logrará controlar en la medida de lo posible el uso de las muestras vinculadas con ciertos riesgos para la salud. Una de las garantías más necesarias será implantar que las muestras de un solo donante no puedan dar lugar a más de seis hijos. Debemos recordar que este es el límite marcado por la legislación española en materia de nacimientos derivados de material genético aportado por el mismo donante.

[869] http://static.diariomedico.com/docs/2015/07/13/proyectodedonantes-30-de-junio-2015.pdf.
[870] Plaza, J. A: "*Sanidad retoma el registro nacional de gametos y preembriones*". Genyca, publicado el 14 de julio de 2015. http://www.genyca.es/sanidad-retoma-el-registro-nacional-de-gametos-y-preembriones/. Consultado el 17 de octubre de 2015.

De esta forma, el artículo 5.7 LTRHA de 2006 establece que:

"*El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieren sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si se han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en que se hubieran realizado dichas donaciones.*

Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de los hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante.

A partir de la entrada en funcionamiento del Registro Nacional de Donantes a que se refiere el artículo 21, la comprobación de dichos datos podrá hacerse mediante consulta al registro correspondiente".

Por todo lo anterior, entendemos absolutamente necesaria la inmediata puesta en marcha de dicho Registro Nacional de Donantes de Gametos. De esta forma, se garantizará correctamente que un mismo donante no provoco más de seis nacimientos en España, evitando así los problemas de consanguinidad y, de igual forma, procurar que se profesionalice el hecho de realizar donaciones.

A lo anterior debemos añadir que, teniendo en cuenta el turismo reproductivo o sanitario que se produce como consecuencia de la disparidad de legislaciones europeas existentes al respecto, sería conveniente que, además de ese Registro Nacional, para un mayor control, no sólo se implantarán Registros Autonómicos a los que se les impusiera la obligación de informar al Registro Nacional, sino que, de igual forma, tal y como ya hemos expuesto, se consiguiera crear una red de registros, incluida la creación de un Registro Europeo de Donantes de Gametos.

En los últimos años se han publicado varios casos de descendencia masiva de un mismo donante. Así ocurrió en Estados Unidos cuando, una mujer que años atrás había acudido a la fecundación in vitro con esperma donado para tener a su hijo, indagó si este pudiera tener hermanos. Al consultar el "*donor sibling Registry*" su sorpresa fue que el

mismo donante había generado ciento cuarenta y nueve nacimientos[871]. De igual forma, en Reino Unido[872] se descubrió que el director de una clínica de fertilidad podría ser el padre genético de más de seiscientos niños. Otro caso con gran repercusión mediática fue el de un ciudadano holandés que ha llegado a ser padre de aproximadamente cien niños, muchos de ellos a través de la donación de esperma[873].

En este aspecto, las legislaciones extranjeras en materia de técnicas reproductivas regulan un máximo de hijos genéticos del mismo donante. Frente a los tres que permite China, los cinco que regula Francia o los seis que regulan las normas española y belga, están los ocho que se permiten en Suiza o Noruega, los 15 que permite Alemania o los diez hijos que limitan las legislaciones de Reino Unido o Nueva Zelanda. En Suecia y Dinamarca se permiten doce nacimientos. En Holanda la cifra es de veinticinco. En Australia ese límite oscila entre cinco y diez hijos, dependiendo del Estado. En Canadá el límite se encuentra en 25 por cada población de ochocientos mil personas. En esta última línea se sitúa Estados Unidas que, aunque no tienen regulación al respecto, se recomienda un límite de 25 por cada población de ochocientos cincuenta mil habitantes.

En cuanto a la previsión de una regulación garantista en materia de reproducción asistida, hay que indicar que el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre "*por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de*

[871] LA Voz: El diario "*The New York Times*" publicó que Cynthia Daily descubrió que su hijo contaba con 148 medio hermanos. En la actualidad, la mayor parte reside en la zona de Washington, tienen contacto on-line entre ellos e incluso celebran reuniones para verse. Publicado el 7 de septiembre de 2011. http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/nacieron-eeuu-150-hijos-mismo-donante-esperma. Consultado el 10 de febrero de 2013.

[872] El Doctor Wiesner, de nacionalidad austriaca, dirigió junto a su esposa, Mary Barton, una clínica de fertilidad en Londres entre 1940 y 1972, fecha en que el médico falleció (Barton Clinic). El abogado londinense, David Gollancz, ante el gran parecido que tenía con el doctor comenzó a indagar sobre sus orígenes biológicos y descubrió, con ayuda del documentalista canadiense y también hijo de Wiesner, que podrían existir miles de fecundaciones procedentes de esperma del médico. Quedó constatado que, entre los años 1942 y 1962, fueron al menos 12 los hijos concebidos. El caso fue que su esposa decidió destruir toda la documentación relativa a este caso por lo que se imposibilitó la búsqueda. "*Bertold Wiesner, director de una clínica de fertilidad británica, podría ser el padre de 600 niños*". ABC.es, Sociedad, Actualidad. Publicado el 9 de abril de 2012.http://www.abc.es/20120409/sociedad/abci-donante-esperma-hijos-201204091314.html. consultado el 10 de febrero de 2013.

[873] Ed Hoube, de nacionalidad holandesa comenzó a donar esperma en el año 2002. Con motivo de la supresión del anonimato del donante en Holanda creó su página web en la que se ofertaba como padre. A él acudieron muchas mujeres sin pareja, lesbianas o parejas heterosexuales con problemas de fertilidad. En Laurensen, J:"*El hombre que engendró 98 hijos "por altruismo*"". BBC. Mundo. Publicado el 21 de marzo de 2014. http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/03/140320_curiosidades_ed_houben_inseminador_mxa. Consultado el 10 de septiembre de 2014.

células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos", trasladó a la normativa española la mayor parte de las disposiciones europeas anteriormente citadas. Ante la insuficiencia de su rango, el Tribunal Supremo, a través de la sentencia núm. 2253/2014, de 30 de mayo[874], declaró su insuficiencia normativa y, en consecuencia, fue sustituida por el Real Decreto Ley 9/2014, de 4 de julio[875]. A su vez, mediante el Real Decreto 65/2006, de 30 de enero, se establecieron los requisitos para la importación y exportación de muestras biológicas.

De este Real Decreto Ley de 2014 hay que destacar que en su artículo 5 se insiste en la protección de la identificación del donante. De esta forma, se establece que "se garantizará a los donantes la confidencialidad de todos los datos relacionados con su salud y facilitados al personal autorizado, así como los resultados de trazabilidad de sus donaciones (…)". En relación con la legislación aplicable a la protección de datos se exige a los establecimientos que en el tratamiento de los datos relativos a los donantes se de los catalogados como "nivel alto", de acuerdo a las exigencias del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos. Los datos de carácter personal tendrán el carácter de confidencial y estarán únicamente a disposición de los interesados, conforme a lo dispuesto en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y, en su caso, de la autoridad judicial para el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. En el apartado 5 de este artículo, se recoge que literalmente que "*No podrán facilitarse ni divulgarse informaciones que permitan la identificación de donantes y receptores de células y tejidos humanos, ni podrán facilitarse a los donantes o a sus familiares los datos identificadores de los receptores o viceversa*".

En el Anexo IV del Real Decreto Ley se trata la "*Selección y evaluación del donante de células reproductoras*". Se distingue si la donación se va a realizar entre los propios miembros de una pareja para uso directo o si la donación tiene previsto un uso diferido, con la consecuencia de que esas células reproductoras deban ser almacenadas o procesadas. De igual forma se regulan los supuestos en que las células sean obtenidas

[874] El T.S. consideró en esta resolución que, en la medida en que el objeto de dicha normativa afecta esencialmente al derecho a la protección de la salud, el instrumento normativo no podía tratarse de un Decreto sino un Ley. La cuestión que se debatía en el recurso correspondiente versaba sobre la regulación que se hacía en relación con los bancos privados de sangre de cordón umbilical.
[875] BOE núm. 165, de 5 de julio de 2014.

de aportantes externos a la pareja exigiéndose en este caso unas medidas de protección que determinen estudios de hepatitis, VIH y demás posibles afecciones, test biológicos o enfermedades hereditarias. De igual forma, se regula la custodia de datos de identificación de los implicados, códigos y ficheros de toda la información de interés.

Independientemente de todo lo anterior, al tiempo, en relación con las regulaciones europeas más recientes, debemos hacer referencia a la Directiva 2015/566, de la Comisión, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE, en lo que se refiere a procedimientos de verificación de la equivalencia de las normas de calidad y seguridad de las células y los tejidos importados, así como la Directiva 2015/565, por la que se modifica la 2006/86/CE en relación a determinados requisitos técnicos para la codificación de células y tejidos humanos. Esta última tiene como principal objetivo facilitar la trazabilidad de las muestras donadas de distinta naturaleza en su utilización posterior. Está pendiente de los desarrollos relativos a la aplicación de un código único europeo de identificación. En consecuencia a lo anterior, su entra en vigor se demorará hasta el día 29 de abril de 2017. De esta forma los distintos países disponen para sus desarrollos legislativos en esta materia hasta el mes de octubre de 2016.

Expuesto lo anterior, centrándonos en el Proyecto de Real Decreto de 2015 por el que se establecen los Requisitos para la Donación de Células Reproductoras y se regula la Organización y Funcionamiento del Registro de Donantes de Gametos y Preembriones, hay que destacar que, no olvidando que se trata de un mero Proyecto, la situación legal en la que se encuentra en estos momentos da visión de posible materialización en un futuro no muy lejano. Este Real Decreto regula el Registro de Donantes de Gametos y aunque le otorga un ámbito de aplicación nacional, es respetuoso con la realidad autonómica de nuestro país. De esta forma, posibilita la gestión y control de los registros autonómicos de donantes. A tal fin, el Ministerio de sanidad, Servicios Sociales e Igualdad habilitaría el soporte informático adecuado a tales tareas. De esta manera se garantizarían las debidas condiciones de confidencialidad y seguridad así como el seguimiento de los registros autonómicos.

El Registro Nacional se alimentaría de esta forma de la información recibida a través de las Comunidades Autónomas mediante una aplicación única de implantación nacional. Los centros de reproducción asistida se encargarían de recoger, almacenar y utilizar gametos y prembriones y habrán de comunicar al Registro, a través de los Servicios de las Comunidades Autónomas, no sólo los datos de los donantes sino

también de los receptores así como de los posibles efectos o reacciones adversa detectados en la realización de las prácticas reproductivas.

Por otra parte, con objeto de proteger de igual forma la salud de las propias donantes y evitara en la medida de los posible los riesgos derivados de un uso continuado de las técnicas invasivas inherentes a un procedimiento de donación de óvulos, el Registro excluiría de forma automática a aquellas mujeres que ha conste que hayan donado ovocitos seis veces a los largo de su vida o lo hayan hecho en un plazo inferior a los últimos tres meses (en este caso la exclusión se contempla de forma temporal).

En este Real Decreto, concretamente en su artículo 5, se sigue abogando por el anonimato de los donantes dando así cumplimiento a la Ley 14/2006 y al Real Decreto Ley 9/2014, de 4 de julio, que lo contempla de igual forma.

En el Capítulo II se encarga de regular los requisitos de selección y evaluación de los donantes de gametos y preembriones. A parte de los requisitos legales que se exigen en la Ley 54/2006 TRHA, en su artículo 6.1.2 recoge que en el caso de donantes de óvulos las donantes no podrán superar los treinta y cinco años y lo donantes masculinos los cuarenta y cinco. Estos límites de edad no se respetarán si los donantes otorgan que su donación está destinada a fines de investigación y no reproductivos.

El contenido de este Registro Nacional queda previsto en el Capítulo III, artículo 12, del Proyecto de Real Decreto de 2015. Se prevé que dicho organismo tendrá capacidad para almacenar información relativa a los datos de cada donante de gametos y preembriones, datos de la donación y uso de la misma. Entre los datos citados debe encontrase los relativos a:

- Datos de identificación:

  .- Nombre y apellidos.

  .- Dirección.

  .- Fecha de nacimientos.

  .- DNI, NIF o pasaporte.

  .- Lugar de nacimiento.

  .- Nacionalidad.

.- Fenotipo racial.

.- Antecedentes raciales familiares.

.- Carácter de la donación realizada.

- Fechas y centros de reproducción asistida donde se realizó cada una de las donaciones realizadas por el mismo donante.
- Destino genérico que el donante autoriza para sus células donadas.
- Número de preembriones obtenidos con sus gametos y el destino que se ha dado a los mismos.
- Incidencias, reacciones y efectos adversos hallados en el proceso de estimulación y punción ovárica.
- Identificación de las mujeres receptoras con los mismos datos identificativos que se contempla para el donante.
- Fechas y lugares de las transferencias de gametos o preembriones obtenidos realizadas a las receptoras.
- Fecha de confirmación de los embarazos de las receptoras generados con gametos o preembriones del donante o de la donante.
- Fechas de interrupciones de los embarazos generados con sus gametos o preembriones obtenidos con ellos por malformación o enfermedad fetal de origen genético o por otras causas.
- Niños nacidos con su material genético: deberá constar:

.-Nombre y apellidos.

.- Filiación legal.

.- Fecha de nacimiento.

.- Posibles anomalías detectadas tras el nacimiento.

.- Centro sanitario en el que se produjo el parto.

- Registro de niños nacidos muertos y causa de la muerte.
- Enfermedades de origen genético que se detecten en cualquier momento de la vida del concebido.

El Proyecto le otorga al Registro un carácter constitutivo desde el momento en que para hacer efectiva la donación de gametos o embriones será condición necesaria la

inscripción de mencionados datos. Se establece que los bancos y centros de reproducción asistida autorizados tendrán acceso a la aplicación informática habilitada por el Ministerio de Sanidad con el fin de transferir los datos exigidos. Las Comunidades Autónomas serán responsables de dar acceso a dicha aplicación a los anteriores. El Registro Nacional proporcionará a cada donante un único código y un código anexo a cada donación.

En el Anexo I del Proyecto de Real Decreto se recoge el Protocolo básico para el estudio de donantes de células reproductoras en los que se recogen los datos personales, físicos, historia médica personal, historia familiar y enfermedades genéticas o de transmisión sexual. De igual forma, en el Anexo II se recoge el Protocolo básico para el estudio de las donaciones de esperma y óvulos y en el apartado b) del anterior se señala el Protocolo básico para permitir el uso de donaciones de células reproductoras. En cada protocolo se exige un informe relativo al proceso del que deberá expedirse una copia a los receptores.

En el caso de que finalmente este Proyecto de Real Decreto entrara en vigor se concretarían y desarrollarían los aspectos regulados en el Anexo IV del Real Decreto Ley 9/2014, de 4 de julio, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico español la Directiva Europea 2006/17/CE, de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en los relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y evaluación de células y tejidos humanos, en lo relativo a las células reproductoras. De igual forma, con la entrada en vigor de esta norma, se prevé la derogación de todas las normativas que se le opongan y, en particular, la del Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo y la Orden de 25 de marzo de 1996.

Entendemos que la exigencia de puesta en funcionamiento de un Registro Nacional de Gametos es absolutamente necesaria.

Teniendo en cuenta lo expuesto, nos llama la atención que, teniendo en cuenta el anterior Proyecto, de producirse su entrada en vigor, deberíamos recalcar que entre sus protocolos está previsto la exigencia de custodia y evolución de todos los datos relativos al donante. Entre estos, a través del anexo I destinado al protocolo básico para el estudio de donantes de células reproductoras, se encuentra el apartado destinado a la “Historia Familiar” del donante. Se debe poner de manifiesto el historial familiar del donante en el que se exige aportar la constancia de algunos padecimientos en el entorno familia del

aportando como pueden ser cromosomopatías, espina bífida, fibrosis quística, distrofia muscular, enfermedad cardio-congénita o enfermedad mental grave, entre otras.

En este aspecto debemos tener en cuenta que, al estar en España implantado el anonimato del donante de gametos, el propio hecho de que un ser haya sido concebido precisamente a través de una técnica de reproducción asistida heteróloga, le excluye de la posibilidad de donar gametos. ¿Cómo va a donar su esperma una persona engendrada a partir de gametos de un tercero, del que desconoce cualquier información médica relativa a su historia familiar clínica? No podría dar cumplimiento a esta aportación de datos al Registro de Donantes de Gametos. Entre los parámetros exigidos para confeccionar su historia familiar se encuentra, por ejemplo, el dato relativo a si sus antecesores han padecido depresiones severas, esquizofrenia, trastorno bipolar, o cuenten con antecedentes de suicidio. Un hijo concebido con esperma de donante anónimo no podrá nunca aportar dicha información por absoluto desconocimiento. Esta situación excluye a estar personas de donar sus propios gametos. De lo anterior deriva que los hijos concebidos a partir de material reproductor donado no pueden optar a convertirse en donantes de gametos en base a la protección del anonimato del donante. ¿Es justo que un hijo por el simple hecho de haber sido concebido con material aportado por donante quede automáticamente excluido de la posibilidad de ser donante de gametos?

Todo esto, suponiendo que sus padres legales les hayan informado del cauce utilizado para su propia procreación. De lo contrario, en el caso de que sus padres hubieran optado por el silencia y le hubieran ocultado esa información, estaríamos ante situaciones de extrema gravedad desde el momento en que una persona concebida a través de gametos donados, desconoce sus verdaderos orígenes biológicos. Sus padres no tienen ninguna obligación de informarle de esta hecho. Pongámonos en el caso de que este hijo concebido a partir de esperma de donante, desconocedor de su propia concepción, tenga el convencimiento de que sus padres legales son de igual forma, sus padres genéticos. Ante el caso de que decidiera hacerse donante de esperma, la información que aportaría a la hora de ser registrado en el Registro Nacional de Gametos no sería veraz. Esto es evidente que podría implicar ciertos riesgos para el futuro procreado a partir de su propio esperma.

Para concluir, en esta complicada materia, al igual que determinamos en materia de adopción, entendemos de adecuada aplicación la figura de la mediación. Teniendo en

cuenta que esto no deja de ser un conflicto entre personas del mismo vínculo genético, hacemos extensivo a este apartado, todo lo relativo a lo expuesto en este trabajo en relación con la mediación y el derecho del hijo adoptado a conocer sus orígenes biológicos.

16 .- <u>Conclusión</u>:

Una vez finalizada la primera gran revolución que el derecho de familia y la filiación, experimentaron con ocasión de la figura de la adopción, la tecnología y la ciencia abrieron paso a la segunda. En los años setenta se produce la aparición de las técnicas artificiales de reproducción asistida.

De lo anterior deriva que, en la actualidad, el vínculo biológico que existe entre progenitor e hijo, ya no necesariamente va a tener que coincidir con el vínculo genético.

Esta situación se va a producir cuando la técnica reproductiva es de tipo heterólogo. El hecho de que para la fecundación se utilice material genético reproductor de un donante, significa que se rompe el nexo relativo a la genética. El ascendiente genético de ese hijo será el donante de esperma o la donante de óvulos. A su vez, el ascendiente biológico será, en todo caso, la mujer que finalmente ha desarrollado la gestación y posterior alumbramiento del hijo.

Los cambios sociales y el avance tecnológico y científico avanzan no siempre exentos de polémica. Estas técnicas reproductoras exigieron a la sociedad plantearse un nuevo marco normativo en el que incluir límites, pautas y reglas para el desarrollo y aplicación científica de estas nuevas prácticas. Con este fin se dictó la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Uno de los principios recogidos fue defender la superposición de la verdad gestacional frente a la verdad genética. Esto significó la definitiva aplicación en España del principio de que la mujer que desarrolla la gestación y posterior alumbramiento, será la madre legal de ese hijo. Este criterio se aplica con independencia del origen del óvulo utilizado. La misma conclusión se alcanzó respecto al concepto de paternidad. En el caso de tratarse de una pareja receptora heterosexual, independientemente de que se hubiera utilizado esperma donado, el padre será el hombre que firmó el consentimiento a la inseminación o fecundación de su esposa o pareja femenina.

Tras esta Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, habiéndose realizado algunas reformas sobre la misma, entró en vigor la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Fruto del acceso a estas prácticas surge la necesidad de valorar un nuevo principio: la "voluntad procreacional". En realidad, se es padre o madre por prestar un consentimiento. Esto refleja la presencia del principio de la voluntad y la responsabilidad que, en verdad, disminuyen el valor de la verdad biológica.

Con estas técnicas, la maternidad y la paternidad han dejado de estar basadas únicamente en las relaciones sexuales. El legislador español, a la hora de marcar la filiación de estos nacimientos logrados gracias a las técnicas reproductivas, decidió incluirlas dentro de la filiación natural.

La doctrina, ha entendido que estos nacimientos logrados gracias a las técnicas reproductivas, no pueden estar catalogados ni en la filiación natural, ni en la adoptiva. Entienden que deben gozar de una estructura propia. Para ello, defienden la inclusión de esta tercera forma de filiación basada precisamente en esa "voluntad procreacional". Esta voluntad parte de la "teoría de la intención" que descansa sobre el principio de que, los nacimientos de técnicas de reproducción asistida, deben ser siempre entendidos al margen de la aportación genética.

El artículo 8 LTRHA, en este sentido, recoge que no podrán impugnar la filiación aquellos que previamente hubiesen prestado su consentimiento a la celebración de la técnica reproductiva en la que hubiera mediado material genético donado. Esto significa que, tal y como hemos indicado, nuestro sistema no diferencia la procedencia del óvulo o del esperma utilizado en la fecundación. De esta forma, el esposo de la receptora que preste su consentimiento será determinado como padre legal.

En cuanto a la doble filiación materna en el caso de matrimonio de lesbianas, el artículo 7.3 LTRHA, permite a la esposa de la receptora de la técnica, prestando su consentimiento, tras el matrimonio y con carácter previo al nacimiento del niño, ante el encargado del Registro Civil, convertirse en la madre legal del hijo que alumbre su esposa. Incluso, la jurisprudencia ha admitido que el reconocimiento de la maternidad de la madre no gestante pueda determinarse a través del ejercicio de una acción de reclamación de la maternidad sobre la base del consentimiento emitido a la fecundación asistida de su pareja y manteniendo posesión de estado. A mayor abundamiento, sobre

esta cuestión ha incidido, asimismo, la Ley 19/2015, de 13 de julio de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, la cual ha reformado nuevamente el art. 7.3 flexibilizando, en cierta manera, el momento de la prestación del consentimiento.

Con todo esto, podemos apreciar, que los nacimientos producidos por técnicas de reproducción asistida tienen su base en la intención.

Por otro lado, hay que poner de manifiesto que a través del artículo 5.5 LTRA, se implantó en nuestro país el principio relativo al anonimato del donante de gametos. Se abogó por la protección relativa de la intimidad e identidad de los donantes. En definitiva, se creó un conflicto interpretativo relativo a una posible imposición legal vulneradora de los derechos de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. El hijo únicamente podrá tener acceso a información de carácter general sobre el donante, pero no a su identidad. A pesar del anonimato del donante, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, en su artículo 5, contempla una serie de excepciones en las que se podrá revelar información relativa a al donante. Estos supuestos se refieren a casos de peligro grave para la vida o integridad del hijo, o las necesidades que deriven de la aplicación de las leyes penales. A través del artículo 8 se recoge que, aún en el caso de que se produzca la revelación de la identidad del donante, esto no implicará en ningún caso la determinación legal de esa filiación.

El anonimato del donante de gametos choca frontalmente con el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos.

Partimos de un dato clave en esta materia. Los hijos adoptados tienen un derecho, expreso y reconocido en nuestra legislación, a conocer sus orígenes biológicos. Creemos que no puede sorprendernos que, al igual que ocurre con los adoptados, un hijo nacido mediante técnicas pueda tener inquietud por conocer sus orígenes, por saber de dónde viene, o quiénes son sus antepasados. A pesar de lo anterior, entendemos que, la forma en que llegó al mundo ese hijo, que quedó claramente en manos de los progenitores, no puede afectar al contenido de sus derechos. Esto supone una vulneración absoluta del artículo 14 CE que defiende la igualdad de todos los españoles, impidiendo la discriminación por razón de nacimiento.

De todo lo anterior concluimos que, existiendo un choque de derechos, entre el derecho a la intimidad del donante de gametos y el del hijo a conocer sus orígenes

biológicos, lo más apropiado, en términos de justicia, es realizar una ponderación de los perjuicios que se producen en uno u otro caso, ante la superposición del otro.

Está claro que, desde el momento en que la averiguación de la identidad del donante no le acarrea a éste ninguna consecuencia jurídica, creemos que no debe seguir vulnerándose el derecho del hijo a conocer su identidad. Descartando las consecuencias jurídicas que podrían imponérsele al donante, debemos centrarnos en las puramente sociales, que son las que restan. Al donante, el hecho de que se desvele su identidad, le supondría únicamente la revelación pública de su concepción de donante de esperma. Teniendo en cuenta que en nuestro sistema las donaciones de gametos son consideradas altruistas, no entendemos que una persona que quiera ayudar a otras a cumplir su sueño de ser padres, se avergüence de su condición de donante. Esto debe valorarse siempre y cuando el donante haya realizado la donación con ese fin. Si, por el contrario, su finalidad fue obtener la remuneración económica de la donación, creemos que su naturaleza se pierde.

CAPITULO V

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (II): ESPECIAL TRATAMIENTO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1.- Introducción

El ordenamiento jurídico español recoge como dos únicas formas de filiación la biológica y la adoptiva[876]. Lo cierto es que nuestro sistema ha estado presidido por la importancia del hecho biológico como factor clave para determinar la filiación legal. Los principios rectores de antaño han descansado en la idea de la procreación a través de una relación sexual y, en consonancia, en que la mujer que alumbra al hijo es su madre legal. Esto último está determinado por el aforismo romano "*mater semper certa est*". Independientemente de lo anterior, es un hecho constatado que la ciencia y las técnicas de reproducción asistida están dirigiéndonos hacia un panorama bien distinto. Desde la década de los setenta hemos presenciado una importante transformación social que ha tenido indudables consecuencias en el derecho de familia. A raíz de estos progresos tecnológicos y científicos que ha experimentado el campo de la genética se han generado situaciones que no siempre pueden adaptarse a la normativa actual que rige nuestro derecho. Se puede considerar que la procreación ya no tiene por qué proceder de una relación sexual sino que, por el contrario, la ciencia ha puesto a nuestro servicio las técnicas de reproducción humana que nos han dirigido hacia una realidad nueva.

Lo anterior refleja la existencia de una revolución reproductiva que, sin duda, afecta a nuestras normas de filiación. Hoy en día puede lograr el sueño de ser madre toda mujer que preste un consentimiento. Será la intención lo que marque este deseo. En nuestro ordenamiento podemos encontrar de forma individualizada una serie de variantes, aparte de la adopción, en las que se recogen verdaderas filiaciones intencionales. Estas filiaciones nada tienen que ver con la concurrencia de un hecho

[876] Artículo 108 CC: "*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí*".

puramente biológico. A través de las técnicas de reproducción humana asistida de tipo heterólogo, se producen maternidades o paternidades puramente intencionales de las que evidentemente derivan filiaciones volitivas sin ningún trasfondo biológico. Así ocurre con el consentimiento del cónyuge de la mujer que se somete a estas técnicas, sea en pareja heterosexual u homosexual. Lo mismo sucede desde el momento en que en nuestro sistema se admiten los llamados reconocimientos de complacencia[877]. Estos reconocimientos reflejan paternidades o maternidades inscritas de forma oficial en nuestro Registro Civil, las cuales, no dejan de ser actos puramente intencionales.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, vamos a centrarnos precisamente en una de la formas de procreación que, a pesar de no estar legalmente admitida en nuestro país, es ya una realidad constatada y en auge. Nos referimos a la controvertida figura de la gestación por sustitución en la que, del mismo modo, se persigue una filiación intencional. La realidad de esta técnica reproductiva está desencadenando una llamada constante al legislador para que se pronuncie sobre una necesaria regulación de los efectos que produce, a pesar de su "ilegalidad".

La técnica reproductiva de la gestación por sustitución consiste en que una mujer, a través de un acuerdo oneroso o lucrativo, acepta quedar embarazada, con el fin de engendrar y dar a luz a un hijo que posteriormente entregará, con el fin de ser criado como propio, a una pareja o persona en solitario, hayan o no aportado sus propios gametos[878]. La mujer gestante renuncia a cualquier derecho en relación con el nacido.

El carácter polémico de la figura es evidente. El número de aristas que envuelven esta práctica reproductiva son numerosas.

A pesar de su polémica esencia, existente documentos históricos relativos a los orígenes más remotos de esta técnica que se remontan a miles de años atrás. En la antigua Mesopotamia las mujeres estériles eran apartadas de la sociedad y marginadas por el hecho de no ser capaces de engendrar un hijo. Ante esta situación, era usual acudir a la subrogación, permitiéndose ofrecer una sierva a sus esposos para luego reconocer como hijos propios a esos niños nacidos de dicha unión. De igual forma, existen en el Antiguo Testamento referencias expresas a la subrogación maternal: Así en el Génesis 16 1-4 se relata como Sara, ante la imposibilidad de darle un hijo a sus esposo, el profeta Abraham, le dijo: "*Mira, Yahveh me ha hecho estéril. Llévate, pues,*

[877] Rivero Hernández, F: "*Los reconocimientos de complacencia*". A.D.C. 2005, págs. 1049 y ss.
[878] Díaz Romero, M.R. "*La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*", ob. cit., pág.1.

te ruego, a mi esclava. Quizá podré tener hijos con ella". Agar, la esclava egipcia de Sara, alumbró a Ismael. A su vez, en Génesis 30 1-6; Raquel, tras el nacimiento del hijo que su esposo Jacob concibió con su criada, manifestó: "*Dios me ha hecho justicia, pues ha oído mi voz y me ha dado un hijo*".

En la actualidad, todo lo relativo a la figura de la gestación por sustitución está siendo una cuestión de interés. Este interés no sólo reside en los propios poderes públicos sino que, de igual manera, está despertando curiosidad en nuestra sociedad en general. Últimamente no paramos de escuchar noticias relacionadas con esta práctica reproductiva. La gestación por sustitución, sin duda alguna, se encuentra en permanente auge. Muchas cuestiones son las que se han generado desde el primer caso[879] conocido de gestación por sustitución, ocurrido en 1984, cuando una mujer carente de útero transfirió sus óvulos al útero de otra mujer la cual dio a luz a un niño con el que no guardaba relación genética alguna. A partir de entonces, esta técnica se ha convertido en una forma de reproducción cada vez más usual aunque no por ello menos polémica[880].

Entre los asuntos más sonados tuvo especial repercusión pública el llamado caso "Baby M."[881], en el que la gestante subrogada, Mary Beth Whitehead, quien alumbró a Melissa Stern, nacida en 1986 en Estados Unidos, rehusó finalmente ceder la custodia de la niña al matrimonio comitente, William y Elizabeth Stern. El caso llegó a los juzgados y un Tribunal de Nueva Jersey otorgó la custodia a los padres contratantes (el padre había aportado su esperma). La sentencia fue apelada por la mujer portadora. El Tribunal Supremo del Estado revocó el fallo y declaró la nulidad del contrato de gestación. Independientemente de esta declaración de nulidad, se mantuvo la custodia a favor de los Stern, alegando cuestiones relativas a la mejor calidad de vida socioeconómica que estos podían proporcionar a la niña. Diez años después, la Corte reconoció a la madre portadora como madre biológica y se le concedió un régimen de visitas. La madre gestante, en este caso, había aportado su propio óvulo para la gestación.

En España, la maternidad subrogada no está permitida. El artículo 10 de la Ley

[879] Se considera que la historia de la gestación por sustitución arranca en California cuando, en 1975, un periódico local publicó un anuncio en el que se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente a petición de una pareja estéril que estaba dispuesta a ofrecer remuneración a cambio.

[880]Lamm, E:"*Gestación por sustitución: Realidad y Derecho*". InDret Revista para el Análisis del Derecho. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina. Barcelona. 2012, pág. 2 (www.Indret.com).

[881] *In Re Baby M.* Family Law Reporter (B.N.A), volumen 13, 1987, pág. 2001 y ss./ In re Baby M. 537 a. 2d 1227 (N.J. 1988).

14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)[882] establece que "*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se 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*". El legislador español a pesar de reconocerla, no la regula.

A lo largo de este trabajo vamos a realizar un análisis exhaustivo del estado en el que actualmente se encuentra en nuestro país esta práctica. A pesar de su literal prohibición, está desencadenando innumerables conflictos como consecuencia de su realización por parte de ciudadanos españoles que acuden a países permisivos. Recogeremos los criterios jurídicos, tanto favorables como contrarios, que se barajan en relación con una posible (para muchos anhelada) legalización de esta técnica reproductiva en España. Necesariamente tendremos que tratar de igual forma, el estado de esta figura en otros ordenamientos internacionales.

2.- Concepto de gestación por sustitución: Tipos y Causas

2.1) Concepto:

Son numerosas las expresiones utilizadas para citar esta polémica figura. Entre otras, podemos denominarla: gestación por sustitución, maternidad subrogada, gestación subrogada, madres portadoras, madres suplentes, donación temporaria de útero, maternidad de encargo, gestación por cuenta ajena y la coloquialmente denominada "*madres de alquiler*". La expresión vulgarmente utilizada para hacer referencia a la misma "*vientres de alquiler*" es calificada por las personas implicadas de forma directa en este tipo de gestación (asociaciones de padres nacidos a través de esta técnica) como despectiva e incluso insultante[883].

Como ya hemos indicado, la gestación por sustitución consiste en que una mujer, a través de un acuerdo oneroso o lucrativo, acepta quedar embarazada, generalmente mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida, con el fin de engendrar y dar a luz a un hijo que será criado como propio por una pareja o persona en

[882] La Ley 5281/2006. BOE de 27 de mayo de 2006.
[883] En nuestro país existen asociaciones en defensa de esta figura como son "Asociación Española de la Gestación por Sustitución" o la Asociación de familias por gestación subrogada "Son nuestros hijos". Estas agrupaciones tienen mucha repercusión pública a la hora de tratar esta cuestión.

solitario, hayan o no aportado sus propios gametos[884]. En todo caso, la madre gestante renuncia a cualquier tipo de inscripción y derecho en relación con el nacido.

Las partes contratantes son dos, por un lado, el futuro padre/madre comitente, en pareja o en solitario, y por otra, la mujer gestante o madre subrogada.

Teniendo en cuenta lo anterior, a pesar de todas las expresiones referidas para su denominación, entendemos que el término más apropiado es el de "*gestación por sustitución*". Al igual que algunos autores, como es el caso de Lamm[885] o de Souto Galván[886], afirmamos que teniendo en cuenta que la mujer contratada realmente se limita a gestar un hijo para otra u otras personas, no es oportuno hablar de "maternidad". La palabra "maternidad" abarca un concepto infinitamente más amplio que lo que puramente significa la palabra "gestación". Es evidente que el término "maternidad" no puede abarcar de una forma amplia todos los contratos de gestación por sustitución que en la actualidad se realizan. Nos referimos a supuestos en los que los comitentes son varones, sea en solitario o en parejas de homosexuales. En cuanto al vocablo "subrogación"[887] tampoco lo encontramos apropiado desde el momento en que puede interpretarse que la gestante no sólo desarrolla la gestación, sino que también aportó su propio material genético. Entendemos más apropiado utilizar el término "sustitución" al implicar que "*se gesta para otro que no puede hacerlo*".

Otros autores como Vela Sánchez, defienden la expresión "*gestación por encargo*"[888]. Entendemos que también aborda el concepto de esta figura con más acierto que el resto de determinaciones utilizadas.

En conclusión, al igual que ya lo hiciera la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana de 1986[889], la denominación más adecuada para esta técnica es la de "gestación por sustitución". Se trata de un término que se adecua en mayor grado a la realidad que comprende.

---

[884]Díaz Romero, M.R. "*La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*", ob. cit., pág.1.
[885] Lamm, E: "*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*", ob. cit., pág. 26.
[886] Souto Galván, B: "*Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del bioderecho*". (pdf) Foro. Nueva Época, núm. 1/2005: 275-292. ISSN: 1698-5583, pág. 277.
[887] Según la definición que se recoge en el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra "subrogado" significa "*sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona*".
[888] Vela Sánchez, A, J: "*Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España*". Diario La Ley, núm. 8457, Sección Doctrina, 13 de enero de 2015, Año XXXVI, pág. 3
[889] Como ya se expuso en este trabajo anteriormente esta Comisión es conocida como "*Comisión Palacios*" en relación con el presidente de esta Comisión, el diputado del grupo parlamentario socialista, Mauricio Palacios.

2.2) Tipos de gestación por sustitución:

Dentro de los contratos de gestación por sustitución podemos encontrar dos tipos[890]:

Tradicional:

Consiste en que la mujer que porta el bebé en su vientre es en realidad la madre biológica y genética. En consecuencia, el hijo es el resultado de su propio óvulo y el esperma de un donante o del varón contratante. La fecundación en estos casos habitualmente se realiza a través de la inseminación artificial (IA). A pesar de que esta forma se contempla en algunos de los países permisivos con la gestación por sustitución, la mayor parte de ellos no comulgan con esta variante. La razón de lo anterior descansa en el hecho de que si la mujer gestante es además madre genética, puede implicar un mayor riesgo de que ese contrato no sea finalmente ejecutado con plena satisfacción para todas las partes implicadas. Existen más razones para que el vínculo afectivo con el niño sea más difícil de romper o que en cualquier momento la gestante pueda decidir ejercitar acciones de reclamación de maternidad biológica o, incluso negarse a entregar a la criatura.

Gestacional:

Consiste en que la madre subrogante no tiene en realidad ningún vínculo genético con el bebé. En estos casos, la madre genética es otra mujer diferente a la gestante. El óvulo u óvulos aportados por la mujer comitente son fecundados con el esperma de su pareja o de un donante. Los embriones resultantes son implantados en el útero de la mujer gestante tras la práctica de una fecundación in vitro (FIV). Será ésta la que lleve a término el embarazo y posterior alumbramiento[891]. Dentro de este tipo de técnica de maternidad subrogada gestacional se incluye también otra opción; que el óvulo fecundado y transferido a la mujer contratada pueda ser fruto, no de la madre contratante, sino de una donante de óvulos.

Esta última es en realidad la más frecuente en uso. El motivo es obvio; la mujer gestante no tiene ninguna conexión genética con el niño. Esto impedirá que en un futuro pueda interponer peticiones judiciales respecto de ese hijo, a través de las

[890] Pérez Monge, M. "*Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad*". RDP, julio-agosto, 2010, págs. 43.
[891] Vela Sánchez, A .J. "*Gestación por sustitución o maternidad subrogada: El deseo a recurrir a las madres de alquiler*". Diario La Ley, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, Año XXXII, págs. 1-2.

correspondientes acciones de reclamación de filiación materna, con la celebración de las pertinentes pruebas biológicas de ADN. De la misma manera, esta desvinculación genética con el niño aporta mayor seguridad y garantías al fin propiamente perseguido por las partes; hace que la mujer gestante tenga menos posibilidades de sentirlo como propio y, en consecuencia, provoque que finalmente la situación desemboque en la necesidad de impetrar el auxilio judicial como vía de solución al conflicto. En todo caso, serán los padres contratantes los que aparezcan en el certificado de nacimiento del niño, quedando registrado como hijo natural, y por tanto legal, de la pareja o persona comitente.

Está claro que en la práctica real la situación que menos problemas genera se da ante supuestos en los que, tanto la madre intencional como el padre, han aportado su propio material genético. Sin embargo, como es lógico, este no se trata del caso más frecuente. Hay que tener en cuenta que esto únicamente sucedería en situaciones muy concretas en las que ambos comitentes son fértiles pero deciden acudir a la gestación subrogada ante una problemática a la hora de lograr una fecundación natural. Independientemente de lo anterior, los supuestos más comunes consisten en que, cuando sólo uno de los miembros de la pareja padece problemas de esterilidad, es el otro el que aporta el material genético reproductivo que se utilizará en la fecundación del embrión que posteriormente se implantará en el útero de la mujer gestante. Por otro lado, existen supuestos más complicados en los que ninguno de los comitentes es capaz de aportar su material genético. La procedencia del mismo puede venir por tanto de dos donantes, uno de esperma y una de óvulos.

Expuesto lo anterior, no hay duda de que la figura de la gestación por sustitución, simplemente por el contenido que engloba en sí misma, ya desprende innumerables y complejos planteamientos, no sólo a nivel jurídico, sino evidentemente ético, social, sociológico, económico, religioso y psicológico[892]. Su problemática está garantizada desde el momento de que en el proceso hay involucrados varios sujetos, así como numerosos factores, los cuales no hay que olvidar, son de extrema delicadeza. Parten de un interior afectivo y sensible como es el hecho de que los contratantes lo que pretenden es cumplir su sueño de ser padres. Los que recurren generalmente a esta práctica reproductiva la asumen como la última oportunidad existente para cumplir ese

[892] Méndez Baiges, V. y Silveira Gorski, H, C: "*Bioética y derecho*". Editorial UOC, Barcelona, 2007, págs. 121 y ss.

deseo. Es habitual que estas personas hayan previamente agotado sin éxito todas las opciones legales existentes (técnicas de reproducción asistida homólogas, heterólogas, adopción etc…).

2.3) Causas más comunes para acudir a la gestación por sustitución:

Las causas más comunes para acudir a esta técnica derivan de distintas situaciones:

1.- Infertilidad en mujeres que desean tener hijos. No sólo nos referimos a mujeres que en edad temprana hayan podido padecer distintos problemas de infertilidad diagnosticados. En la actualidad es evidente el hecho de que las mujeres, por distintos motivos, retrasan cada vez más la maternidad con el consiguiente problema físico procreativo que esto puede suponer. La situación laboral actual de las mujeres no permite que la maternidad las acompañe a una edad biológicamente apropiada. Todo lo contrario. El estado actual del mundo laboral y empresarial, las escasas ayudas públicas a la maternidad en España y las inexistentes medidas de conciliación de la vida familiar y profesional, son las razones principales de este retraso maternal[893]. En base a estudios epidemiológicos efectuados en países occidentales, la esterilidad afecta a un quince por ciento de la población en periodo reproductivo, experimentando un auge cada vez más marcado[894].

2.- Mujeres que por distintos factores han sufrido con anterioridad embarazos de riesgo, o incluso mujeres que aunque capaces físicamente para engendrar, están catalogadas como de riesgo, no siendo conveniente para su salud pasar por un periodo de gestación.

3.- Mujeres, de cualquier edad adulta, que no tienen pareja y no quieren renunciar al hecho de tener hijos. Esto cada vez es más frecuente en mujeres sin pareja que acercándose a los cuarenta años, se planteen el hecho de ser madres en solitario.

4.- Mujeres que a pesar de tener claro el deseo de ser madres, simplemente no quieren pasar por el periodo de gestación y subsiguiente parto.

---

[893] Soto Lamadrid, M, A. "*Biogenética, filiación y delito*". Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990, pág.6. Señala que influyen decisivamente en la esterilidad humana, además del acceso tardío al matrimonio, otros factores como el abuso de alcohol, tabaco o drogas, el estrés de la vida moderna, enfermedades de transmisión sexual o el uso de dispositivos intrauterinos.

[894] http:// www.europa-press.es/salud-bienestar/noticia-infertilidad-afecta-15-parejas-edad-reproductiva-reprsenta-en-enfermedad-20120516135107.html. Consultado 1 de marzo de 2013.

5.- Esta forma de reproducción es sin duda alguna la opción idónea para varones, o parejas de hombres homosexuales que desean ser padres de hijos genéticamente propios.

3.- Naturaleza jurídica del contrato de gestación por sustitución

Observando el objeto y causa que lleva implícito este tipo de contrato es evidente que su naturaleza jurídica, como es lógico, no se puede encuadrar entre los típicos que regula nuestro CC. Una posibilidad sería conceptuarlo como un arrendamiento[895] de servicios o, incluso, dentro del contrato de obra. En todo caso, sea cual sea el tipo de contrato que constituya la gestación por sustitución es nulo de pleno derecho. Son tres las partes intervinientes en ese acuerdo de gestación; por un lado, la pareja o sujeto contratante (que puede aportar o no el material genético); por otro, la mujer que pone a disposición su útero con la intención de desarrollar la gestación y subsiguiente parto; en tercer lugar, el equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión fecundado en la portadora.

Como señala una parte de la doctrina, entre ellos Hualde Manso[896], podría entenderse que aún en el caso de que no existiera contemplado el artículo 10 LTRHA como norma expresa de "prohibición" podríamos entender que, de acuerdo a la legislación española, este negocio ya tendría la consideración de nulo por ilicitud de su causa y por razón de su objeto[897]. Atendiendo a la reglamentación civil de los contratos y a sus elementos esenciales (consentimiento, objeto y causa)[898] se podría obtener una consecuencia jurídica consistente en la inexistencia de obligación alguna por parte de la mujer gestante; no habría deber jurídico de entregar al bebé tras el parto. De la misma forma, tampoco podría hablarse de obligación de indemnizar a la otra parte contratante en caso de incumplimiento, con independencia de que se haya verificado una entrega dineraria por motivo de la gestación[899].

Esta parte de la doctrina manifiesta que la ilicitud del contrato de gestación por

---

[895] Artículos 1544 y 1583 CC.

[896] Hualde Manso, T. "*De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada*". Aranzadi Civil-Mercantil núm. 10/2012. Parte Comentario. Editorial Aranzadi SA, Pamplona 2012, pág. 3.

[897] García Alguacil, M, J: "*Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*". Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-Mercantil, núm.3, vol. 2, Pamplona, 3 de junio de 2014, págs. 79-110.

[898] Artículo 1261 CC: "*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes. 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º. Causa de la obligación que se establezca"*.

[899] Díaz Romero, M.R. "*La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*", ob. cit., pág.2.

sustitución encuentra apoyo en el artículo 1271 del Código Civil[900]. Indirectamente se recoge que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando por ello la nulidad del mismo. Esto deriva de una elemental regla de orden público: el deber de respeto a la dignidad y al valor de la persona humana y de evidente indisponibilidad.

Como señala literalmente Hualde Manso[901], "*el contrato de gestación por sustitución es nulo porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de trafico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo"*.

En contra de esta interpretación podríamos pensar, por una parte, que desde el momento en que nuestra legislación permite las técnicas de reproducción asistida con material genético donado (heterólogas)[902], la evidente apariencia de ilicitud desaparece.

Dejando a un lado las posibles razones morales o éticas que pueden esgrimirse respecto a este debate ¿Qué diferencia jurídica puede existir entre la gestación por parte de una mujer que no produce óvulos apropiados para lograr un embarazo, y le es implantado el de una donante, y la de una mujer que no puede gestar por problemas en el útero pero sí produce óvulos genéticamente propios? Entendemos que ambas mujeres, ante problemas de salud diferentes que no les permiten gestar y alumbrar a un hijo por sí solas, pueden llevar aparejado el mismo deseo de convertirse en madres. Las técnicas reproductivas existentes pueden ayudar tanto a una como a otra. Sin embargo, el resultado actual en España es que sólo una de ellas podrá cumplir su sueño de ser madre biológica con la implantación de un óvulo ajeno. En cambio, la otra, no podrá alcanzar el mismo sueño auxiliándose del útero de otra mujer que le geste su propio hijo genético cediéndole su capacidad gestante.

Además de lo anterior, hay que añadir que la filiación de los niños nacidos por

[900] Artículo 1271 CC: "*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén en el fuera del comercio de los hombres, aún las futuras* (…)".
[901] Hualde Manso, T. "*De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada*", ob. cit., pág. 3.
[902] Anexo A. 2 LTRHA 2006.

reproducción asistida heteróloga, a pesar de no coincidir el componente biológico y el genético, se establecen como cualquier otra filiación natural. También se aleja de la verdad biológica que preside nuestro ordenamiento.

4.- <u>Posturas doctrinales contrarias o favorables a la gestación por sustitución.</u>

4.1) <u>Posturas contrarias</u>:

Una parte de la doctrina se muestra contraria[903] a esta vía reproductiva al entender que nos encontramos ante contratos inmorales que, en el caso de llegar a celebrarse, deberán ser declarados nulos de pleno derecho. Entienden que las personas, al estar fuera del comercio de los hombres no pueden constituir el objeto contractual. Lo contrario supone ir contra de la dignidad y el respeto al propio ser humano. En relación a los niños nacidos con ocasión de la celebración de un contrato de gestación por sustitución, no pueden ser objeto de transacción, requiriendo, por aplicación de los artículos 10.1 y 15 de la CE, un respeto a su dignidad humana y a su integridad.

Independientemente de lo anterior, defienden que, como ya hemos señalado, por aplicación de los artículos 1271 y 1275 CC, la causa contractual sería ilícita en todo caso al entender que la propia vida no puede constituir el fin del contrato.

Para estos autores la gestación por sustitución significa y lleva implícito en su propia configuración la explotación de la mujer. La figura supone que mujeres del primer mundo, con situaciones económicas favorecidas, utilicen a otras, generalmente con menos recursos económicos, con el fin de que gesten y alumbren a sus hijos. Opinan que la gestación por sustitución implica la manipulación del cuerpo femenino[904].

Así constó en el Informe de la <u>*Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro e Inseminación Artificial Humana*, aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados, sesión de 10 de abril de 1986</u>[905], en el que se sostenía que la gestación por sustitución deriva en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino

[903] Entre los autores que mantienen una postura desfavorable a la gestación por sustitución se encuentran, entre otros, Hualde Manso o Bercovitz Rodríguez-Cano.

[904] Gómez Sánchez, Y: "*El derecho a la reproducción humana*". Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 142.

[905]http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI2&PIECE=IWI2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=2-2&QUERY=(I).ACIN1.+%26+(150).SINI.

inadmisible en una sociedad democrática y justa. Se entendió que esta figura es probable que desencadene situaciones de abuso y comercialización con mujeres y niños.

Como ya hemos tenido ocasión de explicar, esta Comisión, a la que fueron convocados un grupo de expertos relacionados con estas cuestiones, y que contaba con biólogos, ginecólogos, juristas, filósofos etc…, asesoró al cuerpo legislativo acerca de los conflictos de índole genético, moral, ético y biológico que plantea el tema de las técnicas de reproducción humana asistida[906] . La conclusión emitida en el conocido como "*Informe Palacios*"[907], adoptó una serie de criterios que resultaron claves en relación con la regulación de la gestación por sustitución, contenida ya en la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida[908]. El informe contó con la consulta de documentación variada y en concreto con el "*Informe Warnock*"[909] elaborado en Reino Unido (Londres) en julio de 1984 con ocasión de la "*Comisión de Investigación sobre Fecundación in Vitro y Embriología Humana*". Este informe fue absolutamente contrario a la legalización de la gestación por sustitución.

El "*Informe Palacios*" contiene las distintas opiniones esgrimidas en relación a la figura de la gestación por sustitución; entre las contrarias destacan:

1.- La intervención de un tercero en el proceso de procreación, que debería limitarse a las relaciones de amor reciproco entre dos personas, constituye un ataque contra los valores y fundamentos del matrimonio.

2.- La relación entre madre e hijo se deforma por el fenómeno de la subrogación puesto que, ese convenio en el que una mujer permite deliberadamente quedarse embarazada con el fin de abandonar a su hijo resulta potencialmente nocivo para el niño, cuyos lazos con la madre gestante se consideran sólidos. El acuerdo por subrogación es degradante para el niño puesto que a todos los efectos prácticos habrá sido intercambiado por dinero.

Entre las opiniones favorables a la gestación por sustitución vertidas en esa Comisión destacamos:

---

[906] Souto Paz, J, A: "*Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el Derecho comparado*". Editorial Marcial Pons., 2ª. Edición, Madrid, 2003, pág. 317.

[907] Como ya indicamos en el capítulo anterior, el presidente de la comisión fue el parlamentario Marcelo Palacios.

[908] Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (La Ley 2155/1988).

[909] El "*Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*" fue presidido por la filósofa Mary Warnock. El informe concluyente recomendó declarar ilegal todo acuerdo de gestación por sustitución y sancionar penalmente la creación de establecimientos comerciales que reclutaran mujeres como gestantes.

1.- La subrogación equivale a una opción destinada a aliviar la carga de esterilidad.

2.- Las mujeres gestantes tienen derecho a gobernar y a servirse de su propio cuerpo.

3.- Si el acuerdo es voluntario no cabe hablar de explotación.

4.- Se conoce poco del vínculo real que se forma entre el hijo y la madre cuando se encuentra en el útero por lo que no deben hacerse exageraciones. En todo caso la ruptura de ese vínculo no se puede interpretar como algo decisivo desde el momento en que la entrega de un hijo que se da en adopción también es voluntaria por parte de la madre.

Independientemente de estas últimas reflexiones, finalmente el Comité concluyó su informe emitiendo las siguientes recomendaciones:

1) Se rechaza la gestación por sustitución en base a razones éticas al considerarse que hay una unidad de valor en la maternidad que en esta figura no se respeta y que crea una distorsión deshumanizadora. Basan también su rechazo al entender que puede constituirse una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino a la que puede contribuir la situación desfavorable de la mujer en el mercado laboral, inadmisible en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización a todas luces condenables y punibles, pero no por ello de larvada realización.

2) En la gestación por sustitución hay cuestiones que pueden ser fuente de conflicto y desencadenantes de graves problemas entre la pareja estéril solicitante, la mujer sustituta, y el hijo, que en algunos casos pueden repugnar a su aceptación ética y, en otros, derivarían en interrogantes de carácter legal, sin duda de difícil interpretación como estos:

- En el caso de que la mujer gestante esté casada o con relación análoga al matrimonio habría que valorar si debería contarse con el consentimiento del marido.
- Si la mujer gestante contrae una enfermedad durante la gestación como consecuencia del embarazo y esto puede afectar a su propia vida.
- Si la mujer gestante contrae una enfermedad que pueda producir anomalías en el feto y la pareja de comitentes solicita la interrupción del embarazo.
- En el caso anterior, que se invierta la situación y sea la gestante quien

solicite la interrupción del embarazo.

- Si la pareja comitente decide divorciarse o muere uno de los miembros de la pareja, o los dos, durante la gestación
- Si el niño nace con malformaciones y la pareja comitente lo rechaza.
- Si la mujer gestante finalmente decide no renunciar al niño y hacerle legalmente de ella.
- Si existieran conflictos derivados de una comercialización descubierta por la crisis originada.
- Si la mujer gestante sufre daños psicológicos relevantes como consecuencia de entregar al niño.
- En el caso de que hubiera intervenido en la fecundación la aportación de material genético donado y se interpusieran por los donantes acciones de reclamación de filiación.
- Si el hijo reivindicara su origen genético y obstetricia.

Los parlamentarios de esta Comisión, con la intención de dar respuesta a citados conflictos, reflexionaron sobre el valor biológico de dos de los aspectos implicados en la técnica; preponderar la importancia genética de la maternidad o de la gestación en sí misma. En este sentido, llegaron a la conclusión de que "*ni por razones biológicas ni por razones humanas tiene el mismo valor, y que de ambos es más importante el componente de gestación que el genético, pues la gestante lleva en su vientre al fruto de nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre a favor de la mujer portadora y en contra de la gestación de sustitución a favor de otros. Por este motivo recomiendan que se admita la preponderancia biológica de la maternidad de gestación sobre la genética, aunque en el origen del hijo hayan intervenido donantes*".

Hay que tener en cuenta que la Comisión estaba formada con el objetivo de buscar conclusiones en torno a una posible normativa relativa a las técnicas de reproducción humana asistida. En ese momento España estaba carente de regulación. Finalmente adoptaron, en relación con la gestación por sustitución, las siguientes recomendaciones:

1) Deberá prohibirse la gestación por sustitución en cualquier circunstancia.

2) Deberán ser objeto de sanción penal para las personas que participen en un contrato de gestación por sustitución, agencias o instituciones que lo propicien y equipos médicos que las realicen.

3) Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizaran las técnicas de la gestación subrogada.

Fruto de todo lo anterior, resultó la redacción de la primera Ley de Técnicas de Reproducción Asistida en España de 1988. Prácticamente esa Ley recogió las conclusiones de la Comisión Palacios. En su artículo 10 se declaraba nula la gestación por sustitución y, aún en el supuesto de celebración de ese contrato, sancionaba con la declaración de la maternidad legal a favor de la madre gestante. No otorgó importancia o consideración alguna al origen del material genético aportado y, en relación con la paternidad de ese hijo, dejó abierta la posibilidad al padre genético para que pudiera interponer las correspondientes acciones de filiación paterna biológica.

Al reformarse esa Ley en el año 2006 no hubo intención ni amago alguno por parte del legislador de revisar o discutir la posibilidad de reformar ese artículo. En consecuencia, nuestra regulación actual vigente, plasmada en la Ley 14/2006, sigue intacta desde la entrada en vigor de aquella Ley de 1988 que decidió declarar nulo todo contrato de gestación por sustitución celebrado en España.

Las posturas desfavorables, incluida la esgrimida recientemente por nuestro Tribunal Supremo, coinciden en afirmar que la gestación por sustitución importa una cosificación[910] de la propia mujer al convertirla en una "incubadora humana"[911] para gestar el hijo de otro. Según este pensamiento, dicha cosificación vulnera la libertad y autonomía de las mujeres debido a que éstas, en realidad, no consienten libremente, sino que pueden estar económicamente influenciadas o, incluso, aún si remuneración, pueden sentirse presionadas por su entorno familiar más cercano cuando se trata de mujeres a las que se les ha solicitado la gestación ajena por parte de hermanas o amigas impedidas para ello[912]. De igual forma defienden que la gestación por sustitución atenta

[910] El Tribunal Supremo Español, a través de la sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014/736) expresa esta idea de cosificación de la mujer y del niño nacido por gestación por sustitución. Fundamento de Derecho Tercero.6.- "(…) *en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que sólo quiénes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población*".

[911] Van Niekerk, A., Van Zyl, L.: "*The ethics of surrogacy: women`s reproductive labour*". Journal of Medical Ethics, núm.21, 1995. págs. 345-347.

[912] Lamm, E:"*Gestación por sustitución; Realidad y Derecho*", ob. cit., pág. 6.

contra la salud de la mujer gestante y contra su propia integridad psíquica puesto que no puede predecirse cuáles serán sus sentimientos y reacciones frente a los niños que alumbran para otros.

En relación a los niños nacidos por gestación por sustitución, las posturas contrarias afirman que este hecho puede provocarles perjuicios relacionados con la ruptura materno-filial, o crearles problemas de aceptación social o conflictos ante la existencia de varias figuras maternas. Opinan que acudir a la gestación por sustitución descuida el interés del niño en beneficio único de los comitentes quienes pretenden convertir al niño en una propiedad cosificada. De igual forma, denuncian el peligro que puede suponer la práctica de la gestación por sustitución a la hora de poder cometerse tipos delictivos o fraude a las normas de adopción que puedan provocar, incluso, compraventa de niños o supresión de identidad[913].

Hoy en día, siguen existiendo corrientes absolutamente contrarias a la gestación por sustitución. La Iglesia Católica y los movimientos feministas se presentan como unos de los grupos más reticentes a la implantación de la legalidad de estos contratos. Ejemplo de lo anterior, es el llamado "*Manifiesto contra las madres de alquiler: No somos vasijas*", publicado en junio de 2015, e impulsado por las filósofas Amelia Valcárcel y Victoria Camps[914]. En este documento se lanzan durísimas críticas contra las madres gestantes y contra la naturaleza propia de la figura. Insisten la pérdida de dignidad de estas mujeres y en la explotación del cuerpo femenino.

De igual forma, la dura crítica también queda reflejada en el trabajo presentado en julio de 2015 por el grupo "*Mujer, madre y profesional*" e "*Iniciativa por profesionales por la ética*", titulado "*Surrogate motherhood: Wombs for hire. A new way of exploiting women and human trafficking*"[915]. El mismo título[916] es reflejo del duro tratamiento que se otorga a la figura y a las gestantes y comitentes.

---

[913] Ibídem.

[914] "*No somos vasijas. Manifiesto contra las madres de alquiler*". http://ctxt.es/es/20150618/politica/1503/Documentos-CTXT.htm. También disponible en http://nosotrasdecidimos.org/nosomosvasijas/. Consultado el 5 de agosto de 2015.

[915] http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2015/07/surrogate-motherhood-PPe-2015.pdf. Consultado el 5 de agosto de 2015.

[916] Traducción al castellano: "*Maternidad subrogada: Vientres de alquiler. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico humano*".

4.2) Posturas favorables:

Frente a la doctrina contraria a esta figura se encuentra la que muestra su conformidad con la legalización y regulación de esta técnica de reproducción. Estos autores[917] defienden que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción avalada por el derecho a la libertad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a fundar una familia. La base de todo lo anterior descansa en un derecho a la procreación de todas las personas. No podemos salvaguardar únicamente la dignidad humana como único valor conectado a la gestación por sustitución. Hay que pensar también en los intereses de la familia y su tradicional función procreadora[918].

El derecho a procrear puede entenderse como un apéndice de otros derechos fundamentales como son el derecho a la vida, la libertad o la integridad física. Se entiende como un derecho ligado a la persona que encuentra su base en el derecho a la libre regulación de la vida privada. Si el Estado no puede limitar a sus ciudadanos tener o tener hijos, o cuándo tenerlos, tampoco puede prohibirles que acudan a técnicas reproductivas artificiales ante problemas de esterilidad, impedimentos naturales o falta de pareja.

Respecto a este derecho a procrear, el Comité Director para la Bioética (CDBI)[919] del Consejo de Europa, celebrado en Asturias en el mes de abril de 1997, trató el conflicto de las técnicas de reproducción asistida y concluyó que el fundamento de justificación para estos métodos procreativos, debía entenderse en el mismo sentido que se otorga a la regulación de la familia y la protección de los niños en los Estados miembros del Consejo de Europa. Se entendió lo anterior en relación a estas situaciones:

a.- Cuando a través de otros medios de reproducción no han tenido éxito o no ofrecen esa posibilidad de éxito, o no resultan apropiados para el caso concreto.

b.- Cuando existe el riesgo seguro de transmitir al hijo una enfermedad hereditaria.

[917] Entre los autores que defienden la gestación por sustitución destacamos a Lamm, E., Tamayo Haya, S., Vela Sánchez, A.J. y Hernández Rodríguez, A.
[918] Lamm, E:"*Gestación por sustitución; Realidad y Derecho*", ob. cit., pág. 7.
[919] El Comité Director para la Bioética, aprobado por el Consejo de Europa en fecha 7 de junio de 1996, aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996, y abierta la firma de países en fecha 7 de abril de 1997.
http://www.europarl.europa.eu/transl_es/plataforma/pagina/maletin/colecc/actual/genetica/convenio.htm

c.- Cuando exista riesgo de que de que el hijo sufra una enfermedad que comporte su muerte precoz o incapacidad grave.

Se llegó a la conclusión de que la inseminación artificial, en sus diferentes facetas, debe derivar de un derecho de la salud y no de un derecho a la procreación. Nuestra opinión al respecto nos lleva a pronunciarnos en sentido contrario desde el momento en que, de entenderse así, quedaría excluida la posibilidad de que mujeres solas, fértiles pero sin pareja, quieran acudir a estas técnicas como vía para convertirse en madres. Hay que recordar que nuestra legislación actual de técnicas de reproducción humana, en su artículo 6[920], permite el acceso a las mismas a cualquier mujer independientemente de su orientación sexual y de su estado civil o afectivo.

En nuestra opinión, desde el momento en que en España están permitidas las técnicas de reproducción humana de tipo heterólogo, la justificación para avalar la gestación por sustitución está fundamentada. Independientemente de esto, es evidente que la maternidad subrogada, en comparación con otras técnicas de reproducción amparadas en nuestro ordenamiento, comporta elementos mucho más problemáticos tanto a nivel jurídico como afectivo, pero, aún con esto, desde el momento en que una mujer pueda gestar y convertirse en madre biológica a partir de la implantación de un óvulo aportado por una donante, debemos medir la posibilidad de incluir la gestación por sustitución

Como ya señalábamos anteriormente, ¿Por qué una mujer con un útero dañado o carente de él (síndrome de rokitanski) no puede ser madre partiendo de su propio material genético? ¿Es más digna la madre que gesta personalmente a su hijo con un óvulo donado, que la que recurre a la capacidad de gestación de otra?

Es evidente que la compleja situación que deriva de la gestación por sustitución provoca muchas más astillas que las que pueden derivar de las admitidas técnicas de reproducción heterólogas ya reconocidas en nuestro ordenamiento. No hay duda de que el aspecto que complica la gestación por sustitución respecto a las demás técnicas es que, en definitiva, una mujer que ha gestado un niño durante nueve meses va a entregárselo a otra mujer tras el parto. A esto hay que sumarle que el ínterin contractual va a desarrollarse en un periodo de tiempo de aproximadamente cuarenta semanas en el

[920] Art. 6 LTRHA: "*Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual*"

que, evidentemente, pueden surgir problemas y conflictos de complicada solución al estar en juego numerosos derechos fundamentales.

Independientemente de lo anterior, no podemos dejar fuera de regulación una técnica que existe, es real y se lleva a cabo en muchos países del mundo[921].

Las realidades no pueden ocultarse ni parchearse. La falta de regulación es lo que precisamente puede dar lugar a abusos, explotaciones y cosificaciones. Si la técnica existe y es una realidad constatada, los defensores de la gestación por sustitución entienden que el peligro más atroz se encuentra precisamente en la falta de regulación[922]. Cualquier persona que acuda a esta técnica en un lugar carente de legislación, en cualquier momento, puede arrepentirse sin consecuencia ninguna. El resultado de una ausencia normativa es lo que efectivamente está produciendo conflictos de muy difícil solución. Es precisamente ante esa falta de rigor normativo cuando se producen situaciones tales como que, después de un contrato de gestación, el arrepentimiento de los padres intencionales o de la madre gestante, no implicara ninguna responsabilidad para las partes incumplidoras.

Estas cuestiones no sólo deben ser observadas desde un único punto de vista relativo a la vulneración de la dignidad de la mujer gestante que presta su cuerpo para que otros puedan ser padres. De la misma forma, tampoco debe ser atendido exclusivamente desde los posibles peligros que se le pueden acarrear al niño. Desde hace décadas la gestación por sustitución es una técnica reproductiva regulada en otros estados en los que se salvaguardan los intereses de todos los intervinientes, con la exigencia de amplias garantías. En el caso del Estado Norteamericano de California, la experiencia ha demostrado que es una técnica reproductiva eficaz donde, con el suficiente control judicial y medidas de protección, se descartan cuestiones relativas a la dignidad o cosificación de esa mujer gestante, o del niño nacido de gestación por sustitución. Hay garantías suficientes de que el consentimiento que presta la gestante es libre, consciente y voluntario. En cuanto al niño, no podemos olvidar que son hijos deseados por personas que han invertido no sólo elevados costes económicos, sino muchas ilusiones. Con un seguro control judicial, unas pautas y unos límites, la

[921] Hernández Rodríguez, A: "*Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España*? Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre 2014, vol. 6, núm. 2, pág. 173.
[922] Lamm, E: "*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*", ob. cit., pág.54.

gestación por sustitución ha resultado ser una técnica reproductiva real que ha ayudado, y ayuda, a muchas personas que desean ser padres o madres.

Frente a estas afirmaciones, se podría contraatacar utilizando el alegato relativo a la existencia de otra figura de vertiente "procreativa", legal y normada, como es la adopción. Hay quienes piensan que antes de acudir a un método reproductivo tan polémico, es recomendable que esas personas que deciden ser padres a través de la gestación por sustitución, opten en su lugar por la adopción. Es una realidad constatada que en un alto número de supuestos en los que finalmente se ha optado por acudir a la gestación subrogada, previamente se optó por la vía de la adopción[923]. La adopción obliga a pasar por largos y costosos procesos burocráticos en los que los objetivos de ser padre o madre ni siquiera están asegurados. En la actualidad, el número de niños entregados en adopción ha descendido[924] y, además, desde un punto de vista jurídico, hay que tener en cuenta que el fin protegido en una u otra institución son diferentes. La adopción es una institución creada, regulada y dirigida para velar por los intereses de los menores desamparados. El fin no es otro que proporcionar al menor un hogar y una familia ante una situación de rechazo o desamparo. Está claro que todo niño tiene derecho a tener un hogar donde se cubran todas sus necesidades y se le proporcione la felicidad a la que todo ser humano aspira.

La gestación por sustitución vela de igual forma por el derecho de las personas a crear una familia desde la protección del derecho a la salud y la procreación. Esta técnica permite a muchas personas con problemas de esterilidad alcanzar ese sueño de convertirse en padres de hijos genéticamente propios. No hay nada inmoral en desear tener un hijo genéticamente propio. De lo contrario, todas las personas con capacidad reproductiva y buen estado de salud, serían inmorales si no decidieran adoptar un hijo y proporcionarle una familia. La adopción y la gestación por sustitución son dos figuras con evidentes fines jurídicos distintos. Estos dos fines jurídicos, en todo caso, son igual de dignos y respetables.

De todo lo anterior deriva que la cuestión principal que surge a la hora de comparar ambas figuras en relación con la filiación de esos hijos, descansa en acreditar suficientemente que en la gestación por sustitución no siempre y necesariamente se van a vulnerar los derechos de la mujer gestante, o se va a provocar un inevitable daño al

[923]Asociaciones de Familias por la Gestación Subrogada, "Son Nuestros Hijos". http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/p/quienes-somos.html
[924] Lamm, E:"*Gestación por sustitución; Realidad y Derecho*", ob. cit., pág. 9.

menor.

Es más, a este respecto debemos decir que los estudios realizados no han encontrado ningún tipo de trastorno en las mujeres que han cedido su capacidad gestante a otros[925]. No podemos defender la versión idealizada de la maternidad, únicamente contemplada desde la inexorable unión de embarazo y parto, con responsabilidad en la maternidad y crianza. Este indicio de tándem excluiría a las mujeres infértiles de la idea de una maternidad responsable. La presión social de la "maternidad ideal" ligada al embarazo no es una regla. Siempre habrá mujeres que a pesar de haber pasado por una gestación no disfruten de la crianza de sus hijos[926]. No está acreditado que la madre gestante que se desprende del hijo sufra necesariamente un daño. Está claro que el embarazo por sí mismo no hace a la madre.

Por otro lado, tampoco está comprobado que la gestación por sustitución provoque un daño al menor. Este niño nace en una familia que le quiere y de no haber sido precisamente porque sus padres acudieron a esta técnica, este niño no hubiera llegado a nacer. Es más, hasta la fecha, ningún estudio[927] realizado al respecto ha podido acreditar que la gestación por sustitución vulnere desde un punto de vista psicológico los intereses del hijo[928]. Es evidente que hay que proteger el interés superior del menor y, precisamente por eso, al celebrarse en la sociedad este tipo de contratos, es por lo que necesitamos un marco jurídico que proteja y ponga límites a esa técnica real, en defensa de ese interés del niño.

A este respecto, ya en el año 2005, la European Society of Human Reproduction and Embryology (ESRHE)[929] manifestó que la gestación por sustitución siempre que se haga de forma altruista y con el fin de ayudar a una pareja que no puede procrear de forma natural, es una técnica aceptable. No considera razón suficiente para su absoluta prohibición las objeciones puramente morales o los riesgos y complicaciones potenciales que puede generar. Entendió necesaria la adopción de medidas de

[925] Van den Akker, O.B.A.: "*Genetic and gestacional surrogate mothers experience of surrogacy*". Journal of Reproductive and Infant Psychology, 2003, Vol. 21, núm.2. Págs. 147-160.
[926] Purdy, L.M: "*Another look at contract pregnancy*". En HOLMES, H.B (Ed.) *Issues in reproductive technology: An anthology*" Garland Publishing, New York & London. 1992.
[927] Gamble, N: "*Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework*" International Family Law, septiembre 2012, págs. 308-312.
[928] Massager, N: "*Gestación pour autrui"*, en HOTTOIS, G. & MISSA, J.N (Eds.) Nouvelle encyclopédie de bioéthique, de Boeck Université, Bruxelles, 2001. Pág. 482 y ss.
[929] http://www.eshre.eu/

protección para todas las partes intervinientes y así poder minimizar ese riesgo[930].

Vistas ambas posiciones la pregunta que debemos responder es clara: ¿debemos permitir la gestación por sustitución imponiendo una serie de pautas y límites para su celebración y, por tanto, otorgar la filiación a esas personas que decidieron buscar un hijo a pesar de los impedimentos físicos naturales? O, por el contrario, ¿Debemos prohibir la gestación por sustitución y, en consecuencia, declarar el contrato que llegue a celebrarse nulo de pleno derecho, con la consiguiente filiación a favor de la mujer gestante?

En este punto creemos interesante recordar que hace décadas, tal y como ya hemos adelantado, en una época en que la sociedad española no se encontraba tan avanzada como en la actualidad, ya trataron la problemática que en esas fechas se planteaba acerca de la necesidad de una legislación sobre las técnicas de reproducción humana asistida. En este aspecto, resulta interesante recordar las ponencias realizadas en el *II Congreso Mundial Vasco sobre la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, celebrada en Vitoria-Gasteiz, el 2 de octubre de 1987[931].

Entre las reflexiones expuestas en aquél momento sobre la pertinencia o no de una regulación sobre técnicas de reproducción asistida, hay que destacar las emitidas por destacados ponentes como Roca Trías[932], o Lledó Yagüe[933]. Entendieron que la legislación ha de partir de la base de los derechos de las personas sin necesidad de caer en un nuevo iusnaturalismo que provoque el rechazo de cualquier técnica de reproducción. El riesgo de derivar esta cuestión únicamente a la necesidad de protección

[930] Cohen, J: "*Le tourisme procréatif: un pis-aller*". Gynécologie Obstétrique & Fertilité, 2006, Vol. 34, núm.10, pág.882.

[931] "*II Congreso Mundial Vasco; La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana"*, celebrada en Vitoria-Gasteiz, el 2 de octubre de 1987". Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. Trivium, Vitoria-Madrid, 1988:http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1988-30083700840_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Libros._DEPARTAMENTO_DE_DERECHO_PRIVADO_DE_LA_UNIVERSIDAD_DEL_PAIS_VASCO:_La_filiaci%F3n_a_finales_del_siglo_XX._Problem%E1tica_planteada_por_los_avances_cient%EDficos_en_materia_de_reproducci%F3n_humana._Un_volumen_de_XVIII_m%E1s_450_p%E1ginas,_editado_por_%ABTrivium%BB._Vitoria-Madrid,_abril_de_1988.

[932] Roca Trías, E: "*La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*", en *Congreso Mundial Vasco; La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana"*, ob. cit., pág. 19.

[933] Lledó Yagüe, F. "*El alquiler de úteros y el problemas de las madres sustitutas o por encargo*" en *Congreso Mundial Vasco; La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana"*. Ponencias y comunicaciones, Vitoria-Gasteiz, 1987, Madrid. 1988, págs. 349-389.

de los derechos humanos reside en el verdadero concepto que hay que dar a estos derechos; si se acepta una concepción tradicionalista, se terminaría llegando al iusnaturalismo y, en consecuencia, cualquier técnica que implique una manipulación genética no natural que produzca un nacimiento, debería estar prohibida. Por el contrario, si se atendiera a dar satisfacción a las necesidades y avances sociales y tecnológicos llegaríamos a la necesidad de una regulación que pueda proporcionar a algunos seres humanos, que tienen algún problema para conseguir tener hijos, un alto grado de bienestar. Si la opción correcta es apostar por una regulación, hay que analizar qué tipo de legislación va a guiar al país, partiendo de que varios Estados de nuestro entorno, y con similar cultura, han elaborado proyectos de ley en los que se intenta regular la reproducción humana asistida y sus consecuencias.

En dicho Congreso se expuso que los problemas que se planteaban en esos momentos en casi todos esos países descansaban en el tratamiento de la fecundación in vitro; problemas que se generan con la conservación o destrucción de embriones, la maternidad subrogada y la ingeniería genética. Se entendió indispensable una intervención del Estado que protegiera los derechos fundamentales a tenor del artículo 55 de la CE, y determinara cuáles eran los supuestos en que deberían permitirse las técnicas de reproducción humana asistida, y los efectos de las mismas sobre los sujetos intervinientes. Entendieron que era el Estado o Comunidad Autónoma competente quien debía escoger qué tipo de legislación era el más adecuado para la solución de posibles problemas que se pudieran plantear. No recomendaban intentar abarcar todos y cada uno de los conflictos que pudieran producirse puesto que, dada la rapidez de la ciencia, una legislación ambiciosa en este aspecto podría producir un “efecto boomerang” entendido como que, ante lo no prohibido ha de entenderse permitido.

Plantearon que al aceptar estas técnicas y darles forma jurídica había que decidir sobre el cómo aplicarlas, si derivadas de un hipotético derecho a la procreación inserto en los derechos de la personalidad, o derivarlas al derecho a la salud, siendo en todo caso atendidos los principios de la personalidad del artículo 10.1 CE, y el interés superior del niño establecido en el artículo 39 CE. El derecho a procrear puede ser entendido como una derivación de otros derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, integridad física y a la libertad. Se entendería como un derecho de la persona, no ligado a la familia, encontrando su justificación en el derecho a la libre regulación de la vida privada. Se concluye que si el Estado no puede interferir en la decisión de las

personas de tener o no tener hijos, tampoco se les puede prohibir que recurran a ciertas técnicas. Determinan que este acceso a las técnicas debería ser accesible a mujeres solas que quisieran utilizar la inseminación artificial, incluso a través de la aportación genética de un donante.

En las conclusiones finales esgrimidas por Roca Trías[934] en este Congreso Mundial Vasco se mantuvo que "*esta es una cuestión que sólo puede saberse cuando el legislador adopta la solución más conveniente, desde el punto de vista de la política jurídica del momento pero, con los datos existentes, son suficientes para que el legislador elija la solución, y no es lícito que se escude en el absentismo, utilizando lo que Guido Alpa[935] denominó argumento "económico": "mejor no legislar que hacerlo poco y mal*".

Por otra parte, la opinión de Bercovitz Rodríguez-Cano en citado Congreso recogió literalmente que "*es madre la mujer que gestó el embrión y que, previo el embarazo, da a luz (arts. 135 y 139 del CC). Ello unido a la facilidad con que en principio se puede probar el parto y la identidad del hijo (no es preciso acudir a presunciones o reconocimientos como en el caso de la paternidad), implica que la única manera de asumir la maternidad sea mediante la adopción, tanto si es de esta persona de quien procede el óvulo como si no, y tanto si el esperma procede el marido o de su compañero como si tampoco es así, y procede el marido o compañero de la gestante o de un tercero. El problema planteado no resulta en absoluto sencillo*".

En cuanto a las conclusiones adoptadas en ese Congreso, la mayor parte de las posturas llegaban a la conclusión de que la solución más acertada sobre la gestación por sustitución debía ser contraria, aunque algunos ponentes como Roca Trías afirmaron que podría permitirse la gestación por sustitución ante casos de infertilidad.

Independientemente de lo anterior, la doctrina internacional cada vez se muestra más favorable a la gestación por sustitución al considerar que puede entenderse como una manifestación del derecho a procrear implícito en otros derechos fundamentales como la libertad y dignidad humana. La libertad reproductiva supone la libertad de procrear o no; cuando, con quién y cómo, así como el derecho de la mujer gestante a

[934] Roca Trías, E: "*La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*", en II Congreso Mundial Vasco; *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana"*, ob. cit., págs. 19-46

[935] Prestigioso jurista y abogado italiano.

servirse de su cuerpo con absoluta libertad. Mientras haya voluntariedad y consciencia no hay manipulación del cuerpo de la mujer, ni aun interviniendo entrega de dinero.

El antiguo argumento de que la gestación por sustitución es inmoral no puede mantenerse. La opinión basada en que la ley debe regular la conducta de acuerdo a la moral fue refutada por John Stuart Mill[936] que introdujo el "*principio del daño*", hace más de ciento cincuenta años.

5.- La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español

El ordenamiento jurídico español sanciona con la nulidad de pleno derecho cualquier convenio o contrato cuya causa consista en que, una mujer preste su cuerpo para que en él se geste una criatura que al nacer sea entregada a la otra parte contratante, ya sea a cambio de precio o sin él. Como ya hemos indicado, la prohibición expresa de la gestación por sustitución la encontramos en la redacción del artículo 10 de la actual Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA):

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se 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.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto al padre biológico, conforme a las reglas generales.

En realidad, del contenido literal de este precepto no significa expresamente que en nuestro país los contratos de maternidad subrogada estén realmente prohibidos. Lo que recoge literalmente este artículo es el reconocimiento como un hecho real de la gestación por sustitución, aunque posteriormente la excluye de su ámbito de regulación.

El razonamiento o fundamento de esta sanción de nulidad descansa en la

[936] Stuart Mill, J, publicó su ensayo "*Sobre la libertad*" en 1859. Entre otras reflexiones defendió el conocido "*principio del daño*". Sólo cuando se cause daño a los demás se puede limitar la libertad individual. Señala que la libertad humana "*comprende primero el dominio interno de la conciencia, exigiendo la libertad de conciencia en el más comprensivo de sus sentidos; la libertad de pensar sentir, la más absoluta libertad de pensamiento sobre las materias prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas*". Defiende la libertad sobre el cuerpo del individuo siempre que sean actos voluntariosos y conscientes, no aceptando prohibiciones por el hecho de que la colectividad de la comunidad lo rechace por inmoral. El límite por tanto se encuentra en la lesividad de los demás, un daño que debe ser materialmente cuantificable. "*Libertad y Principio del daño"*. John Stuart Mill. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Págs. 19-46 http://biblio.juridica.unam.mx/libros/6/2570/7.pdf. Consultado 16 de julio de 2015.

prohibición de utilizar un cuerpo ajeno para ubicar en él un embarazo cuyo fruto será entregado a persona distinta de la mujer que ha desarrollado la gestación. Esto en realidad, como en todos los campos jurídicos, no significa que a pesar de su nulidad este tipo de contrato no esté celebrándose en la práctica. Ahora bien, el hecho de que en la práctica social este tipo de acuerdos antijurídicos finalmente se estén llevando a cabo, siendo la tendencia al alza, deriva en que la consecuencia jurídica que implica, señalada en el apartado 2 del artículo, va a ser radicalmente opuesta a la realmente perseguida por las partes contratantes. Esta consecuencia jurídica "rebote" supone que, en realidad, la mujer contratante que buscaba a través de la realización de este acuerdo convertirse en madre de ese hijo (aunque no natural sí legal) no podrá ser considerada como tal. De igual forma, la mujer gestante, quien en ningún momento deseó ser determinada como madre, será declarada como tal.

La anterior consecuencia descansa en la ordinaria aplicación de las reglas de determinación de la filiación materna en nuestro sistema jurídico.

En relación con el artículo 10.3 LTRHA compartimos el criterio de Lamm, en el, sentido de denominarlo como "*hipocresía del ordenamiento jurídico español*"[937]. La anterior consideración descansa en que, ante un supuesto de nacimiento derivado de un contrato de gestación por sustitución, el padre comitente que aportó el esperma podrá reclamar la paternidad del hijo y ser determinado como padre legal. En cambio, la esposa, quien formó parte de igual forma de ese contrato de gestación, no podrá reclamar la maternidad aún en el caso de haber aportado su propio óvulo. Para ser determinada como madre legal tendrá forzosamente que recurrir a la vía de la adopción del hijo de su esposo (art. 175.4 CC). Esto significa que la madre intencional que aportó su propio óvulo para la fecundación, por el hecho de que la gestación la lleve a cabo otra mujer, no tendrá más remedio que adoptar a su propio hijo genético. Contradictorio, sin duda.

En conclusión, en España no hay duda interpretativa al respecto. El contrato de gestación subrogada será nulo de pleno derecho en los efectos buscados por las partes, en todas las situaciones:

a).- Si se celebra por una pareja compuesta por personas de distinto sexo fértiles,

[937] Lamm, E: Conferencia "*Gestación por sustitución: Realidad y legalidad en España y el mundo*". Departamento de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca. 17 de febrero de 2015. http://gestacionsustituta.es/conferencia-sobre-gestación-por-sustitución/.

pero la mujer no puede o no quiere llevar a cabo el proceso de gestación, y en consecuencia acuerdan realizar una fecundación "in vitro" con gametos de la propia pareja e implantar el embrión obtenido en el útero de otra mujer.

b).- Si se celebra cuando la mujer de una pareja heterosexual es estéril, y deciden inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar "in vitro" un óvulo de ésta última con gametos del varón, para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante: en este caso, la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será madre gestante y madre biológica[938].

c).- Si se celebra cuando la mujer de una pareja heterosexual es estéril, y deciden inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar «in vitro» con un óvulo aportado por una donante, con gametos del varón, para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante: en este caso, la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será madre gestante.

d).- Si se celebra por una pareja compuesta por personas de distinto sexo infértiles, y en consecuencia acuerdan realizar una fecundación «in vitro» con gametos aportados por donantes, de esperma y de óvulos, e implantar el embrión obtenido en el útero de otra mujer.

e).- Si se celebra por una pareja homosexual, y deciden inseminar artificialmente a una mujer o fecundar «in vitro» con un óvulo aportado por una donante, con gametos de unos de los varones para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante: en este caso, la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será madre gestante.

6. Sanciones respecto a la gestación por sustitución

La Ley 14/2006 de LTRHA recoge en su artículo 24 todas aquellas infracciones en materia de reproducción humana asistida, las cuales serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir. En su artículo 26 determina que entre las infracciones muy graves, está la práctica de cualquier técnica no permitida ni autorizada como técnica experimental.

[938] De Verda y Beamonte, J.R. "*Inscripción de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010*". Diario La Ley, núm. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre 2010, págs. 1-7.

Dicho lo anterior, la única sanción de tipo penal en que pudieran incurrir los partícipes en estas técnicas prohibidas sería en la comisión de un delito de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor, tipificados en los arts. 220 y 221 del Código Penal actual[939] siempre y cuando se cumplan los elementos del tipo delictivo.

Han de tomarse también en consideración las eventuales consecuencias penales que ese hecho pudiera acarrear cuya tipificación recoge el art. 221,1 y 2 CP:

1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. A pesar de que la recepción del niño se realice por nacional español en un país extranjero y ello constituya actividad ilícita, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 23.2, excluye del conocimiento de la jurisdicción penal española los hechos que no sean punibles en el lugar de ejecución.

Por tanto, únicamente en los casos en los que los sujetos intervinientes en el contrato de gestación por sustitución lleven a cabo las conductas prohibidas por estos artículos, podrá tener lugar la aplicación de la correspondiente sanción jurídico-penal.

7. Análisis normativo: Derecho Comparado: La gestación por sustitución en otros ordenamientos jurídicos

A nivel mundial encontramos cuatro grupos de países con posturas muy diferentes:

1º) Países en los que la gestación por sustitución está expresamente prohibida.

2º) Países donde se admite la gestación por sustitución siempre bajo la supervisión de una serie de requisitos; el común en todos ellos es la necesidad de gratuidad.

[939] Díaz Romero. Mª. R: "*La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*", ob. cit., pág.3.

3º) Países donde la gestación por sustitución tiene una admisión amplia, incluso comercial.

4º) Países que no tienen regulación alguna respecto a la gestación por sustitución, es decir, ni la permiten ni la prohíben.

7.1) <u>Países que prohíben la gestación por sustitución</u>:

Entre los países que prohíben de forma expresa la gestación por sustitución, aparte de España, se encuentran varios Estados de nuestro entorno. Es el caso de Alemania, Francia, Italia, Suiza, Portugal, Austria, Bulgaria[940], Polonia[941] o Islandia[942].

a) <u>ALEMANIA</u>

En Alemania la gestación por sustitución se prohíbe a través de la Ley de Protección del Embrión 745/90, de fecha 13 de diciembre de 1990, relativa al uso abusivo de técnicas de reproducción asistida.

Señala en su artículo 1:

Será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o de multa quien:

1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra.

[940] En Bulgaria, el artículo 60, párrafo de su Código de Familia establece que la madre que pare es la madre legal. No está permitida la gestación por sustitución. La regulación búlgara sobre técnicas de reproducción asistida permite la donación de óvulos, esperma y embriones e impone el anonimato de los donantes. En Llieva, A: "*Several law problems of the procedures for reproductive health concerning legislation of Republic of Bulgaria*". Ponencia impartida en la Conferencia Internacional sobre "*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European fertility market*". Universidad de Cantabria, Santander 19-20 de noviembre de 2015.

[941] En Polonia como en el caso de Italia o Argentina, la Iglesia Católica tienen enorme influencia no sólo en la sociedad sino en las decisiones políticas. La legislación relativa a las técnicas reproductivas es muy restringida. EN Belli, L, Girdwoyn, A:"*The influence of Catholicism in political and legislative decisions regarding reproductive technologies: similarities between Argentina and Poland*". Ponencia impartida en la Conferencia Internacional sobre "*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European fertility market*". Universidad de Cantabria, Santander 19-20 de noviembre de 2015.

[942] Actualmente la regulación de la reproducción asistida en Islandia prohíbe la gestación por sustitución. Sin embargo, en el año 2015 se está debatiendo la admisión de un Proyecto legislativo regulador de la materia. En el Parlamento islandés de ha creado un grupo de trabajo con el fin de formalizar este Proyecto de Ley. En este país ya existieron otros proyectos anteriores que finalmente no salieron adelante. En el que se trata actualmente está prevista una regulación en la que su pilar fundamental es la protección del interés del menor. Se aboga por la autonomía y bienestar de la gestante, siendo el contrato necesariamente altruista. Únicamente se contemplaría la de tipo gestacional y uno de los comitentes necesariamente deberá aportar su material genético. No se contempla que ese material pueda proceder de familiares de las partes involucradas en el acuerdo. Implica el derecho a que el menor conozca su forma de concepción y se prevé la prohibición de acudir al extranjero a celebrar contratos de maternidad subrogada en países que posean regulaciones distintas a la islandesa. En Vilhjálmur, A:"*Reproductive autonomy: Some moral and social challenges*". Ponencia impartida en la Conferencia Internacional sobre "*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European fertility market*". Universidad de Cantabria, Santander 19-20 de noviembre de 2015.

2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo.

3) Extrajera de una mujer un embrión antes de su implantación en el útero con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto al de su protección.

4) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento".

Este país a diferencia de España prohíbe la gestación por sustitución sancionándola desde un visto penal, imponiendo la privación de libertad para los transfieren o fecundaran de la manera indicada, pero no sancionan criminalmente ni a los comitentes ni a la mujer gestante.

A su vez, la Ley de Adopción Alemana prohíbe la gestación por sustitución castigándola con un año de prisión y multa.[943]

Al igual que ocurre en otros países no permisivos con esta técnica (entre los que se encuentra España), sus ciudadanos acuden a Estados permisivos con el fin de lograr su sueño de ser padres. Este llamado turismo reproductivo ha provocado numerosos conflictos judiciales. Una vez que esas personas se ven con el niño nacido en sus brazos no pueden sacarlos del país por problemas jurídicos, o encuentran serios problemas para registrarlos en sus países de origen.

En relación con uno de esos conflictos, hay que poner de manifiesto que recientemente el Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof, BGH), a través de la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2104, en resolución relativa a uno de esos problemas intrafronterizos, ha dictado una importante decisión en lo que a la gestación por sustitución se refiere. El asunto de referencia versa sobre una pareja homosexual de alemanes que acudió al Estado norteamericano de California para celebrar un contrato de gestación por sustitución. A la madre portadora, en este caso, le fue implantado un embrión fruto del óvulo de una donante y del esperma de uno de los comitentes. Consecuente a lo anterior, nació un niño que en el momento de fallarse la sentencia ya contaba con tres años de edad. El Tribunal decidió que el hecho de reconocer una resolución judicial extranjera en la que se determinaba la filiación del niño a favor de los comitentes intencionales, a pesar de haber sido un nacimiento fruto de la técnica de gestación por sustitución, no resultaba, en ese caso concreto, contraria al orden público.

[943] (BGBI. 2002, I, pág. 354), modificado en 2008 BGBI, I pág. 2403.

Destacó la importancia de una interpretación restrictiva del orden público, respetuosa con el interés superior del menor y la conveniencia de evitar situaciones jurídicas claudicantes. A pesar de esto, el Tribunal recalcó expresamente que la conclusión que se adoptaba en esa sentencia se vinculaba con las peculiares circunstancias del caso concreto y se reservó de forma literal la posibilidad de aplicar decisiones y fallos distintos ante situaciones diferentes, en particular, en casos en los que ninguno de los comitentes hubiera aportado material genético o en los casos en los que la mujer gestante fuera realmente además la madre genética (gestación por sustitución de tipo tradicional)[944]

Esta sentencia resulta de absoluta importancia. Teniendo en cuenta lo anterior, este criterio del Alto Tribunal Alemán podría significar el inicio de un camino tendente a una posición del país más favorable a la gestación por sustitución. En otro caso, resulta más cercano a la regulación de los efectos que esta técnica genera al producirse nacimientos en el extranjero.

b) <u>ITALIA</u>

Como ya se indicó en el capítulo anterior, si partimos del hecho de que la Ley Italiana 40/2004, de 19 de febrero, sobre Normas en Materia de Procreación Médica Asistida, en su artículo 4.3[945], prohíbe las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo[946], no hay mucho más que añadir respecto a la gestación por

[944] Sentencia BGH, 10 de diciembre de 2014: " Ob eine andere Beurteilung angebracht ast, wenn kein Wunsschelttemteil mit dem Kind genetisch verwandt oder die Leihmutter auch genetische Mutter ist bedarf im volrliegenden Fall keiner Entscheidung". (Ap. 539)

[945] Artículo 4.3: "*É vietato il ricorso a tecniche di procreaciones mediacalmente assistita di tipo eterologo*".

[946] La Ley Italiana 40/2004 manifiesta de forma expresa que la procreación médicamente asistida no es un método alternativo al natural sino que se trata del último recurso terapéutico contra la esterilidad. Se excluye la posibilidad de utilizar para la procreación gametos donados y únicamente permite utilizar los de la propia pareja. No permite este tipo de técnica homóloga a parejas homosexuales y lo limita únicamente para parejas de distinto sexo, en que ambos miembros esté vivos (art. 5), estables, casadas o en unión de hecho, mayores de edad y en una edad "potencialmente fértil". Esto significa que la filiación coincide con la biológica y la mujer sólo podrá ser fecundada con esperma de su marido o pareja estable, debiendo prestar ambos cónyuges su consentimiento. En Tamayo Haya, S:" *Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas*". Revista Digital, Facultad de Derecho. 2013, núm. 6, págs. 261-316. ISSN 1989-6085: "*Esto ha llegado a tildar esta Ley de inconstitucionalidad* (Vid. CORTI, I., La procreazione assitita, en Il nuevo diritto di famiglia, v.3º, Filiazione e adozione, Zanichelli editore, 2007, pág. 504) *en cuanto choca con derechos fundamentales como el derecho a la procreación (art. 2 Const), el derecho a la libertad personal (art. 13 Const.) o el derecho a la salud (art. 32 Const.). Y es propiamente este último perfil el que merece posterior consideración. La Ley consintiendo el recurso a las técnicas procreativas al solo fin de favorecer la solución de problemas derivados de la esterilidad o de la infertilidad opera en el ámbito del derecho a la salud. Éste se configura como un derecho fundamental que el ordenamiento reconoce a toda persona independientemente de pertenecer a determinadas categorías jurídicas o sociales, como el estar o no casado, vivir solo o en pareja, ser o no heterosexual: prohibir a la mujer sola y estéril el acceso a*

sustitución. Es evidente que la negativa al uso de técnicas de reproducción de tipo heterólogo, con carácter general, descarta absolutamente un posible tratamiento legal permisivo de la gestación por sustitución.

El artículo 12.6[947] de esta Ley sanciona el uso de gametos ajenos, su comercialización o el uso de madres subrogadas con penas de privación de libertad de tres meses a dos años y multas de 600.000 a 1.000.000 de euros.

Esta prohibición de técnicas de reproducción de tipo heterólogo ya hace tiempo ha venido siendo catalogada por muchos como de inconstitucionalidad. Durante los días 12 y 13 del mes de junio de 2005, en Italia se realizó un referéndum con el fin de consultar la posibilidad de abrogación de esta Ley. El número de votos necesarios no llegó a conseguirse para que el resultado de la votación fuera de carácter vinculante[948]. A pesar de esto, la Sentencia 151/2009, de 8 de mayo, del Tribunal Constitucional Italiano, declaró parcialmente inconstitucional una parte del precepto, anulando la obligación de una única transferencia y la prohibición de producir un máximo de tres embriones por cada ciclo.

Como ya hemos indicado, estas prohibiciones generan un turismo reproductivo por el que ciudadanos de este país acuden a otros permisivos con el fin de lograr el fin prohibido en su país de origen. Por lo que respecta a la prohibición de técnicas con material genético donado, España ha sido país de referencia destacado por parte de mujeres italianas que desean someterse a estas técnicas[949].

A través de sentencia núm. 162/2014, de 9 de abril, el Tribunal Constitucional Italiano[950] declaró la inconstitucionalidad de los artículos 4.3, 9.1 y 12.1 de la ley 40/2004 en lo relativo a la prohibición del uso de las técnicas de reproducción con material genético donado. Se declaró que esa Ley provocaba discriminación de cara a

---

algunos métodos terapéuticos sobre la base de sus condiciones personales refuerza aquella duda de inconstitucionalidad".

947 Artículo 12.6: "*Chiunque, in qualsiasi forma, realiza, organiza o pubblicizza la commercializzazioneS di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternitá é punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro*"

948 El número de personas que votó no alcanzó el 50% de la población legitimada y los movimientos y partidos políticos contrarios a las técnicas de reproducción heterólogas hicieron campaña a favor de la abstención.

949 Según el Grupo Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI), un 24% de los tratamientos realizados en el año 2013 (aproximadamente 33.500) fueron a mujeres extranjeras. De esos 8.000, el 29% fue realizado a mujeres de nacionalidad italiana.

950 Sentencia de la Corte Constitucional de Italia, Núm 162/2014, de 9 de abril: En Ordaz, P: "*La fecundación con donante externo se abre paso en Italia*". El País, 9 de abril de 2014. http://www//sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/09/actualidad/1397074176-144729.html. Consultado el 13 de agosto de 2014.

las personas que por propios medios físicos naturales era incapaz de acceder a la maternidad o paternidad.

Independientemente de lo anterior, por lo que respecta a la gestación por sustitución, es evidente que Italia es claramente contraria a la legalización. Ahora bien, hay que poner de manifiesto que un Tribunal de Roma, a través de sentencia de fecha de 17 de febrero de 2000, autorizó a una pareja de italianos a recurrir a los servicios de una mujer gestante con el fin de que llevara a cabo un embarazo de forma gratuita. La causa fue que la comitente sufría una grave malformación genital que le impedía desarrollar un embarazo a pesar de poder producir sus propios óvulos. La razón de permitir una gestación por sustitución descansó en el hecho de que se realiza "*por amor y no por dinero*". Se acordó que, tras la gestación la mujer gestante debía renunciar al hijo para después ser adoptado por los comitentes[951].

Como ya se verá más adelante, uno de las resoluciones más relevantes de los últimos tiempos en materia de gestación por sustitución ha sido la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 27 de enero 2015 (caso Paradiso & Campanelli contra Italia)[952]:

Un matrimonio italiano, Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, acudió a Rusia con el fin de celebrar un contrato de gestación por sustitución. En febrero de 2011 nació el bebé y, de acuerdo a las normas rusas, fue inscrito como hijo de los comitentes. En todo momento se omitió que el nacimiento era fruto de un contrato de maternidad subrogada. En este caso los comitentes no habían aportado material genético. Una vez en Italia solicitaron la inscripción del nacimiento en el registro civil. El Tribunal de Menores de Campobasso fue informado por el Consulado de Italia en Moscú que el expediente sobre el nacimiento del niño contenía información falsa. El matrimonio fue acusado de un delito de alteración del estado civil y de incumplir la legislación sobre adopción nacional e internacional.

El Tribunal de Menores les retiró la custodia al comprobarse no eran sus padres genéticos y que tampoco podían ser considerados padres adoptivos al no haberse tramitado dicho procedimiento. En enero de 2013 el niño, después de pasar por una situación de tutela, fue entregado en adopción. En junio de 2013, el Tribunal declaró la

[951] Vela Sánchez, A.J: "*La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler"*, ob. cit., pág. 37

[952]Demanda núm. 25358/12: http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/02/el-tedh-exige-tener-en-cuenta-el.html

falta de legitimación del matrimonio comitente para intervenir en el proceso de adopción puesto que no eran los padres del niño.

El matrimonio interpuso la correspondiente demanda contra Italia ante el TEDH quien falló a través de citada sentencia que Italia se había excedido de sus parámetros, violando el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), superando el principio de proporcionalidad cuya aplicación viene presidida por el interés superior del menor. El Tribunal estableció que no hay razón para separar a un niño de sus padres que no esté fundada en una lógica protectora. Sin mediar perjuicio para el niño nunca hay que separarle de estos. Indicó que la alegación relativa al orden público nacional no es carta blanca sino que habrá que medirse en función del interés del menor.

A pesar de fallar a favor del matrimonio comitente, el hecho de que el menor llevara dos años residiendo con su nueva familia de adopción hizo que, en aplicación del interés superior del menor, no les devolvieran al menor. Simplemente les otorgó el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios.

c) <u>AUSTRIA</u>

La misma línea prohibitiva se da en la regulación austriaca. En el artículo 3.1 de la Ley de Medicina Reproductiva, de 4 de junio de 1992, no permite la donación de óvulos ni de embriones. Únicamente, a través de su artículo 3.2, permite el uso de gametos de la propia pareja que se somete a técnica reproductiva, salvo que el varón sea estéril. A este respecto hay que señalar que lo que se autoriza es la donación de esperma con el único fin de ser utilizado mediante inseminación artificial, pero no en la fecundación in vitro. En conclusión, se prohíbe la donación de óvulos y la gestación por sustitución

En cuanto a la prohibición de reproducción asistida con utilización de óvulos donados, el TEDH, a través de la sentencia de fecha 1 de abril de 2010[953], al resolver el caso S.H. y otros contra Austria, ya cuestionó la prohibición de la fecundación de tipo heterólogo.

En este asunto el conflicto versaba sobre dos parejas, todos de nacionalidad austriaca. Por un lado, en una de ellas, la mujer sufría un problema ginecológico en las trompas de Falopio y su esposo era estéril. Únicamente la fecundación in vitro con esperma donado era la técnica que podía proporcionarles la concepción de un hijo

[953] STEDH 2010/56 (S.H. y otros v Austria), Sección 1ª, de 1 de abril de 2010.

genético (al menos de uno de ellos). Por otro lado, respecto a la otra pareja demandante, la mujer sufría imposibilidad para la producción de óvulos (agonadismo) mientras que su marido no sufría ningún problema reproductivo. En este caso la técnica apropiada para poder proporcionarles un hijo, en parte genético, era la fecundación in vitro con óvulo donado. Ambos procedimientos reproductivos, tal y como hemos señalado, no están permitidos en Austria.

Después de agotar las vías judiciales nacionales, demandaron a Austria ante el TEDH quien, en un primer momento entendió que se estaba quebrantando su derecho al respeto de la vida familiar privada protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos. Posteriormente, la Gran Sala cambió de opinión y finalmente entendió que no existía consenso suficiente entre los Estados miembros en relación a la materia, no basándose en principios legales establecidos, teniendo en cuenta que el procedimiento de fecundación in vitro genera muchos planteamientos morales en un contexto en el que los avances técnicos se mueven a gran velocidad. En consecuencia, concluyó que Austria no se había excedido en el margen de apreciación. Para ello, tuvo en cuenta que las leyes austriacas no prohíben a sus ciudadanos acudir a otros países permisivos con la técnica interesada y que, en consonancia, prevén una regulación de filiación materna y paterna a favor de los interesados.

A pesar de esto, el Tribunal reprochó y llamo la atención al legislador austriaco con el propósito de que revisara su legislación y la adecuase a los avances científicos y sociales.

Esta sentencia creó una gran polémica por entender que propiciaba el auge del turismo reproductivo, hecho que, efectivamente, se produce. Como ya hemos visto con ocasión del análisis de otros países prohibitivos, también ciudadanos austriacos acuden a otros Estados con el objeto de celebrar contratos con mujeres gestantes subrogadas.

d) <u>SUIZA</u>

La Constitución Federal, recoge en su artículo 119.2,d), "*La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas*". El artículo 4 de la Ley Federal, sobre Procreación Medicamente Asistida de 1998[954] prohíbe expresamente la gestación por sustitución en todas sus modalidades, lo sean a cambio de precio o lo sean de forma gratuita.

[954] Esta Ley fue reformada en el año 2006.

e) FRANCIA

Tradicionalmente Francia ha sido un país contrario a la legalización de la maternidad subrogada. El artículo 16-7 del Código Civil dispone que "*Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo*". Debemos tener en cuenta que, tal y como ya se ha explicado, en Francia está permitida la figura del parto anónimo ("*accouchement sous X"*)[955] por lo que, la maternidad legal en este país, a diferencia del nuestro, no está absolutamente marcada por el hecho de la madre biológica que pare al hijo. Las razones para la prohibición de esta figura de maternidad subrogada, esgrimidas por la Comisión Nacional de Ética de Francia[956], descansaban en que, en su Opinión núm. 3, de fecha 23 de octubre de 1984, entendieron que su práctica podría llegar a crear situaciones de puros intereses comerciales y la consiguiente explotación material y psicológica de las mujeres participantes en este método reproductivo. Esta negativa se ratificó en la Opinión núm. 90, de fecha 24 de noviembre de 2005, sobre el acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación. De igual forma, en su Opinión número 110, de mayo de 2010, emitida a razón de valorar los problemas éticos, afirmó que la gestación por sustitución resulta contraria a la dignidad humana y podría ocasionar graves secuelas emocionales a los hijos nacidos a través de esta práctica.

El legislador francés se mantiene en esta línea y, a través de la Ley núm. 94-653, de 29 de julio de 1994, en su artículo 16-7 establece que "*todo convenio relativo a la procreación o gestación por cuenta de otro será nulo*".

Hay que destacar que Francia, a diferencia de España, no sólo prevé la nulidad civil del contrato de gestación por sustitución sino que lo prohíbe y penaliza en materia criminal. El Código Penal francés, en su artículo 227-12, castiga con un año de prisión y una multa de 15.000 euros a los que actuaren como intermediarios entre la gestante y los contratantes, doblando la pena en el caso de que, además, este contrato se realice con precio o con ánimo de lucro. De igual forma, en artículo 227-13 del mismo cuerpo legal, se prevé que la sustitución voluntaria, la simulación o el engaño que hayan causado un atentado al estado civil de un niño, será castigado con tres años de prisión y multa de 45.000 euros. En este cuerpo penal también se recoge, en su artículo 511-24, que el hecho de proceder a actividades de reproducción médicamente asistida diferentes a los

[955] Como ya se ha indicado, en lo relativo al parto anónimo es de obligada mención la STEDH 42326/ 98, relativa al caso Odiévre c. Francia, de 13 de febrero de 2003 (TEDH 2003/8).
[956] Comité Consultatif National d´Éthiqué.

que se recogen en el Código de Salud Pública (art. 152-2) se sancionarán con cinco años de prisión y 75.000 euros de multa.

A pesar de lo anterior, en Francia se ha intentado redactar una regulación pautada y limitada de la gestación por sustitución. En el malogrado Proyecto de Ley del Senado Francés sobre gestación subrogada, de 27 de enero de 2010 se planteó esta posibilidad de regulación siempre bajo la presencia de algunos requisitos:

1.- La pareja tiene que ser heterosexual, haber contraído matrimonio o acreditar un mínimo de dos años de convivencia.

2.- Es necesario acreditar la imposibilidad biológica del embarazo.

3.- Al menos uno de los futuros padres debe ser progenitor genético.

4.- La madre portadora deberá tener por lo menos un hijo.

5.- La madre portadora no podrá albergar al bebé de su hija.

6.- La gestación contratada no puede suponer una remuneración económica superior a los únicos costes que no cubra la sanidad.

7.- La pareja y la madre contratada tendrán que contar con el visto bueno de la Agencia de Biomedicina, antes de que se proceda a cualquier implantación de embrión.

8.- Después del parto, se otorgará a la madre gestante un plazo de 3 días para decidir si finalmente opta por renunciar o quedarse con el niño.

9.- La pareja comitente no puede renunciar al niño.

Como decimos este Proyecto finalmente no fue aprobado y, en consecuencia la gestación por sustitución no está permitida en Francia.

f) <u>PORTUGAL</u>

Es este país, la gestación por sustitución está contemplada en el artículo 8 de la Ley núm. 32/2006, de 26 de julio, sobre Procreación Medicamente Asistida[957]. Esta norma establece que la gestación por sustitución consiste en cualquier situación mediante la cual una mujer se compromete a gestar un niño por cuenta de otra y el cual entregará tras el nacimiento.

Al igual que España, una vez definida la figura la considera nula, tanto la

[957] Ley sobre Procriacáo Medicamente Assistida.

celebrada con fines de lucro como de liberalidad. Además de decretar su nulidad marca la maternidad por el hecho del parto siguiendo la máxima de experiencia romana "*mater semper certa est*".

En materia penal, el artículo 39 de su código[958], únicamente criminaliza las conductas consistentes en la celebración de contratos onerosos, y la promoción de su celebración. La sanción contempla hasta dos años de prisión y hasta 240 días de multa. No sanciona en sí misma la mera participación en este tipo de contratos.

g) <u>MÉXICO: QUERÉTARO/ COAHUILA</u>

En México, en virtud del artículo 73 de la Constitución Nacional, cada Estado será competente para legislar en materia de Derecho Civil. De esta forma, en México existe un Código Civil General del Estado de México y, por otro lado, cada uno de los Estados posee el suyo propio. Teniendo en cuenta lo anterior, dependiendo del Estado, la figura de la gestación por sustitución tendrá una u otra lectura:

1) <u>CC del Estado de Querátaro:</u>

El artículo 400 establece que "*Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión*". Esto significa que en este Estado, la gestación por sustitución está expresamente prohibida.

2) <u>CC del Estado de Coahuila:</u>

Los artículos 489-491 recogen que en este Estado, "*Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente*". Por otro lado estipula que "*El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó*".

Lo anterior significa que en este Estado los contratos de gestación por sustitución son inexistentes y por tanto, en caso de llegar a celebrarse, no producen efecto alguno. En consecuencia, que la gestante será determinada como madre legal al estar configurada la maternidad por el hecho del parto.

[958] Artículo 39: "*Maternidade de substituicáo: Quem concretizar contratos de maternidade de substituicáo a título oneroso é punido com pena de prisáo até 2 anos ou pena de multa até 240 días*".

En situación contraria se encuentran los Estados de Tabasco y Sinaloa. Como explicaremos más adelante, en el primero de ellos, se permite la gestación por sustitución sin muchas garantías y con una gran carencia en su regulación. Por lo que respecta a Sinaloa, los contratos de gestación por sustitución se permiten con amplia admisión, incluso con fines comerciales o lucrativos.

7.2) Países que permiten la gestación por sustitución de forma altruista y bajo ciertos requisitos.

Entre estos estos Estados se encuentran Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México, Australia (Australian Capital Territory ACT), Queensland, New South Wales, South Australia (SA) Victoria (VIC) Western Australia (WA), Sudáfrica y Nueva Zelanda. Los últimos países en sumarse a este grupo han sido Uruguay y Vietnam.

Dentro de estos países encontramos diferencias en relación al momento en el que se exige una autorización judicial, o del comité correspondiente, como medio garantista del contrato. En algunos se requiere que esta sea otorgada con antelación a cualquier implantación de embrión en la mujer gestante y, en otros, se exigirá una orden judicial posterior al nacimiento con el fin de otorgar la filiación a favor de los comitentes.

a) ISRAEL

En el año 1996 se sancionó la Ley núm. 5746 sobre acuerdos de gestación por sustitución. Esta Le exige como requisitos:

1.- La pareja de comitentes deben formar pareja heterosexual. No pueden acceder a la gestación por sustitución parejas homosexuales ni personas solas[959].

2.- La comitente tiene que acreditar que padece un problema de infertilidad o de imposibilidad de llevar a término una gestación natural.

3.- Los embriones deben ser fruto de una creación “in vitro” a partir de óvulos de la propia comitente o donante, y esperma del padre comitente (únicamente se permite la gestación de tipo gestacional). Como vemos, el artículo 2.4 de la Ley 5746 sólo

[959] Respecto al acceso de personas solas, en el año 2002, tras la reclamación judicial de una mujer soltera que quería ser madre a través de un acuerdo de gestación por sustitución, la Corte Suprema de Israel rechazó la petición declarando la constitucionalidad de la norma en este aspecto. HCJ 2458/01 New Family and The Approval Committee. 23 de diciembre de 2002.

permite que el esperma utilizado sea del comitente. No se admite el esperma de donante porque en este caso el hijo sería considerado ilegítimo[960].

4.- La gestante, quien debe tener entre 22 y 38 años, no puede tener relación familiar con la comitente, exceptuando el caso de la adopción.

5.- Se exige que la gestante sea una mujer soltera o divorciada. Se excepciona el caso de que la pareja comitente acredite que hizo todo lo posible por encontrar una gestante soltera.

6.- La gestante debe tener un hijo propio, pero no más de tres.

7.- La gestante no podrá actuar como tal en más de dos ocasiones.

8.- Gestante y madre comitente deben profesar la religión judía. Se exceptúa el caso de que ninguna de ellas lo sea. En este caso este requisito no es de aplicación.

9.- El contrato de gestación debe ser gratuito. La compensación económica permitida debe limitarse al abono de los gastos derivados del acuerdo, incluidos gastos de asesoría, pérdida de ingresos y cualquier otro gasto razonable.

10.- El acuerdo debe ser aprobado por un Comité. La paternidad de un niño nacido de gestación por sustitución debe ser autorizada por un juez. La Ley establece que los padres comitentes serán los padres legales. Para ello, las prácticas reproductivas tiene que realizarse en un hospital público autorizado para llevar a cabo acuerdos de gestación subrogada. Las autoridades deberán ser informadas del acuerdo, del embarazo y del día estimado para para el parto. Los comitentes deben recibir al niño en presencia de las autoridades públicas que tendrán la guardia legal del niño hasta que se pronuncie el juez. A tal fin, los comitentes dentro de los siete días siguientes al nacimiento deberán solicitar la orden parental

11.- La gestante no puede rescindir el contrato a no ser que, siempre velando por el interés superior del menor, el Tribunal decida que hay justificación suficiente para ello. Tras la concesión de la orden de paternidad la gestante no podrá rescindir el contrato[961].

---

[960] En la religión judía existe el "*Mamzerut*". Un concepto halájico sobre la ilegitimidad a través de relaciones prohibidas. EN LAMM, E: ""*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", ob. cit., pág. 161.

[961] Shalev C: "Israel", en Moneger, F. (Dir.) "*Gestación por autrui: Surrogate Motherhood*". Societé de Legislación Compareé, París, 2011, págs. 179-192: Se analiza que, según los datos recogidos relativos al periodo 1996-2009, 265 niños nacieron en Israel por gestación por sustitución, de 208 contratos de

La Ley de gestación por sustitución en Israel ha sido aplicada por los Tribunales únicamente en lo que se refiere a los acuerdos celebrados en el país. A este respecto la posición que han adoptado el Ministerio de Justicia y los Tribunales ha sido que la Ley israelí en realidad ni prohíbe ni sanciona la gestación por sustitución extraterritorial. Esto ha significado que al no estar sancionada la gestación transnacional muchas parejas homosexuales, al no poder acogerse a la Ley 5746, han acudido a otros países.

En los casos en que la gestación por sustitución se realiza en país extranjero es necesario probar el vínculo genético del comitente varón. De ser así, el niño será considerado hijo legal de éste sin que conste en ningún caso el acuerdo de gestación subrogada. A su vez, la pareja del comitente reconocido debe solicitar judicialmente una orden de adopción. Independientemente de lo anterior, la tendencia en el derecho comparado y en Israel es flexibilizar esta figura sobre ese niño. Ya en marzo de 2012, la Justicia de Familia de Tel Aviv autorizó que una mujer comitente que había aportado sus óvulos fuera inscrita como madre legal de unos niños nacidos por contrato de gestación en Georgia, sin necesidad de que acudiera a la vía obligada para estos casos que es la adopción. Independientemente de lo anterior, en los casos en que no existe vínculo genético por parte de la pareja comitente que acude al extranjero, al no ser de aplicación la Ley 5756, deberán acudir a la orden judicial de adopción.

En la actualidad, el Ministerio de Sanidad ha creado una comisión de expertos para analizar las normas relativas a las técnicas reproductivas[962]. Habiendo transcurrido ya tantos años desde la permisión de la gestación por sustitución, esta figura está bastante aceptada en Israel. Como ejemplo destacar que el año 2012 se concedió un subsidio por triple maternidad a una mujer que había dado a luz a un niño y que, poco más de un día después, se convirtió en madre intencional de un par de mellizos nacidos por gestación por sustitución[963].

---

maternidad subrogada. En ninguno de ellos la mujer gestante quiso rescindir el contrato con la intención de ser madre legal. Estos datos parten de los registros pertenecientes al propio Comité Legal. Desde que entró en vigor la Ley en el año 1996 no se conoce ningún caso en el que este hecho se haya producido.

[962] El Ministerio de Salud de Israel creó un Comité de expertos para analizar las normas relativas a la reproducción asistida. El 20 de mayo de 2012 se presentó informe en el que se recomienda que las mujeres casadas también puedan ser madres gestantes. De igual forma, se recomienda que se abra el acceso a la gestación por sustitución a mujeres solteras que tengan problemas para gestar o a hombres solteros y parejas homosexuales. En cuanto a las parejas comitentes se propone el acceso a la gestación subrogada cuando no tengan más de un hijo: En Shlomo Mor Yossef Report. State of Israel Ministry of Health.http://www.health.gov.il/English/News_and_Events/Spokespersons_Messages/Pages/20052012_1.aspx

[963] Lamm, E: "*Gestación por sustitución; Realidad y Derecho*", ob. cit., pág. 20.

b) <u>GRECIA</u>

En Grecia la gestación por sustitución está regulada por dos leyes. La Ley núm. 3089/2002 y la núm. 3305/2005. Estas leyes exigen una serie de requisitos. El artículo 1458 de la Ley 3089/2002 establece que "*La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo debe ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización judicial será expedida y seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que demuestre que es médicamente incapaz de concebir un hijo, así como que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir*".

De esta forma, la gestación por sustitución únicamente se permite tras la emisión de una resolución judicial dictada por el Tribunal del Distrito en el que residan la mujer gestante y los comitentes. Una vez obtenida la resolución judicial se podrá proceder a la implantación del embrión en la mujer gestante. De la lectura del artículo anterior se desprende que únicamente la mujer comitente podrá instar la orden judicial. El esposo o pareja de la comitente será determinado como padre de forma indirecta por ser la pareja de la madre legal del niño, siempre que haya prestado su consentimiento al acuerdo de gestación. Esto significa que un hombre sólo no podría iniciar el proceso para obtener la autorización. Sin embargo en los años 2008[964] y 2009[965], los Tribunales autorizaron los acuerdos instados por dos varones, respectivamente, sobre la base de la inconstitucionalidad de este precepto en relación con los artículos 5.1 (derecho a procrear) y 4.1 (derecho a la igualdad por razones de género) de la Constitución Griega

Para que el Tribunal pueda autorizar la gestación deben darse una serie de condiciones:

1.- la madre comitente debe acreditar que no es capaz por sí misma de llevar a cabo una gestación y subsiguiente parto.

2.- La mujer comitente no podrá tener más de cincuenta años.

3.- La mujer gestante tendrá que acreditar al Tribunal que se encuentra en buen estado de salud, físico y mental.

4.- Las partes deberán presentar por escrito un acuerdo ante el Juez.

[964] Véase "*One Member Court of First Instance of Athens*" no. 2827/2008.
[965] Véase "*One Member Court of First Instance of Thessaloniki*" no. 13707/2009.

5.- La gestación por sustitución debe ser altruista. En el acuerdo puede reflejarse una compensación a la mujer gestante relativo a los gastos correspondientes. El pago correspondiente a los servicios prestados o beneficio económico está prohibido.

6.- Si la mujer gestante está casada, el marido deberá también prestar el consentimiento de forma escrita.

7.- Los óvulos no podrán ser de la mujer gestante.

8.- La gestante debe ser ciudadana o residente en Grecia.

9.- Respecto al asentado requisito relativo a la necesidad de que los comitentes también deban poseer la ciudadanía o residencia griega, en julio de 2014 se produjo una reforma legislativa por la se amplió la legitimación para la celebración de contratos de gestación por sustitución, a ciudadanos de otros países[966].

10.- No se permite la gestación por sustitución para parejas homosexuales.

11.- En la legislación griega no se otorga posibilidad de arrepentmiento a las partes. Desde que se produzca la autorización del acuerdo y la implantación del embrión en la mujer gestante, ambas partes deberán cumplir los términos del acuerdo.

12.- Con independencia de lo anterior, la mujer gestante siempre conservará su derecho a la interrupción del embarazo de acuerdo a lo previsto en el artículo 304-4 del código penal griego.

Una vez que se cumplen estos requisitos los comitentes se convierten en padres legales del niño inmediatamente después del parto.

El artículo 1464 del Código Civil Griego establece que en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del artículo 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del Tribunal es la madre legal del niño. Independientemente de esto, se permite que en los seis meses siguientes al nacimiento, la gestante o la madre comitente puedan impugnar la maternidad legal si prueban que la gestación por sustitución fue de tipo tradicional. De esta forma, si lograra acreditarse que la mujer gestante aportó su propio óvulo, se convertiría en madre legal con carácter retroactivo al momento del nacimiento.

[966] http://www.subrogalia.com/es/gaceta/gaceta_noviembre1_2014.pdf. Consultado el 19 de agosto de 2014.

Para la inscripción del niño nacido por gestación por sustitución, el hospital donde se produjo el nacimiento seguirá el procedimiento habitual para cualquier certificado de nacimiento. Tendrá que dejar constancia de que el nacimiento fue consecuencia de una gestación por sustitución. Como cualquier pareja, los comitentes deberán presentar ante el Registro Civil el certificado correspondiente y declarar el nacimiento de su hijo en un plazo de diez días desde el nacimiento. Junto al certificado deberán presentar la resolución judicial en la que se autorizó el contrato de gestación por sustitución.

De esta forma la Ley griega renuncia al criterio de la maternidad marcada por el hecho del parto y otorga la calidad de madre legal a la de intención.

Hay que poner de manifiesto que el artículo 26 de la Ley 3305/2005 impone una pena de prisión de hasta dos años a quien haga publicidad, actúe como intermediario u ofrezca servicios por precio y no realiza distinción entre los distintos participantes: gestante, comitente o intermediario. No prevé nada sobre ese hijo nacido de la gestación subrogada de tipo ilegal por su carácter lucrativo. Nos preguntamos qué ocurriría con ese niño nacido de gestación ilegal en el caso de que los intervinientes fueran condenados a pena de prisión.

c) REINO UNIDO

En el Reino Unido la gestación por sustitución está regulada en la Surrogacy Arragements Act de 1985, la Adoption and Children Act de 2002, en la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008 y Fertisation and Embryology (Parental Order) Regulations de 2010.

En los inicios del debate sobre la figura de la gestación por sustitución, tal y como hemos hecho mención, la legislación británica fue claramente influenciada por la emisión del citado "*Informe Warnock*" emitido por el Committee of Inquity into Human Feertisation and Embryology. La recomendación que se recogió en este informe instaba a declarar ilegal cualquier acuerdo de gestación por sustitución disponiendo sancionar la creación de establecimientos con fines comerciales que adscriban mujeres con el objeto de gestar o suscriban este tipo de contratos.

De acuerdo a lo anterior, se aprobó en 1985 la Surrogacy Arrangements Act para el Reino Unido e Irlanda del Norte. Estos países sancionan por vía penal la gestión comercial y la publicidad de la gestación por sustitución. Esta normativa lo que prohíbe

es iniciar o colaborar en negociaciones destinadas a concertar, ofertar o recopilar información sobre contratos de gestación por sustitución. En resumen, Reino Unido ha venido prohibiendo la práctica comercial de la gestación por sustitución impidiendo publicitar e intermediar en relación a esta figura. A pesar de esto, este país viene admitiendo la gestación por sustitución gratuita. Se permite siempre que se abonen a la gestante únicamente los "gastos razonables"[967] y se realice sin la intervención de terceros que puedan lucrarse o hacer de una profesión de asesoría los contratos de gestación por sustitución.

Esta normativa lo que prohíbe en concreto es:

1.- Iniciar y colaborar en negociaciones con el propósito de buscar acuerdos de gestación por sustitución.

2.- Ofertar o convenir negociar la realización de tales acuerdos.

3.-Recopilar información con el fin de suscribir acuerdos de maternidad subrogada.

La peculiaridad de esta legislación es que la filiación del hijo nacido mediante gestación por sustitución se determina a favor de la mujer gestante, es decir, la madre legal es la mujer que pare (aunque no aporte su propio material genético). En el caso de que esta mujer esté casada, su esposo será determinado como padre legal del niño, a no ser que acredite que no prestó consentimiento al acuerdo de gestación por sustitución. Únicamente transcurridas seis semanas relativas al periodo de reflexión que se le otorga, la filiación podrá ser transferida a los padres intencionales. Para ello tendrán que solicitarlo ante los tribunales. De acuerdo a lo anterior, el juez otorgará una "*parental order*" por la que transfiere la filiación de la mujer gestante a los padres intencionales. Esto significa que en realidad se emiten dos certificados de nacimiento. Inicialmente se expedirá a favor de la mujer que da a luz. En caso de que dentro del plazo establecido ésta preste su consentimiento al cambio de filiación, se otorgará una nueva acta de nacimiento a favor de los comitentes.

En el caso de que la gestante no esté casada ni constituya parte de una unión análoga civil, si el varón comitente fue aportante de esperma, será automáticamente

[967] El hecho de abonarse los gastos que se consideren razonables no hace perder al contrato el carácter de gratuidad: Quiñones Escámez, A: "*Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada (en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009)*". lnDret, Barcelona, 2009, pág. 32 (www.indret.com).

declarado como padre legal del niño. Para ello no será necesario el consentimiento de la gestante. Al ser registrado en la partida de nacimiento como padre asumirá la responsabilidad parental sobre ese niño.

De lo contrario, en el caso de que el varón comitente no fuese aportante de esperma o la mujer comitente de óvulos, estos podrán ser designados como padres del niño al momento del nacimiento y, por tanto, serán registrados como tales en el certificado de nacimiento Para ello, tanto la gestante como el comitente varón deben haber consentido previamente. El comitente deberá cumplimentar el llamado "*SPP Su consentimiento para ser padre legal en caso de gestación por sustitución*"[968] y la mujer gestante, a su vez, deberá rellenar el formulario "*SWP Su consentimiento para nombrar (como gestante) a un comitente para ser padre legal*"[969]. En conclusión aunque en los casos en que la gestante esté soltera se admite que uno de los comitentes que aportó esperma figure como padre, la mujer portadora siempre aparecerá como madre legal. Para que pueda transferir la filiación a favor de ambos comitentes será necesaria en todo caso la "*parental order*".

El 1 de abril de 2009 esta regulación se vio ampliada con la entrada en vigor de la "Human Fertilisation and Embryology Act"[970] de 2008. Aunque los principios básicos de la regulación se mantienen, esta Ley ha extendido su aplicación al permitir que se establezca la filiación de los menores nacidos por gestación por sustitución a personas del mismo sexo unidas en unión civil registrada[971].

El artículo 54 de la Human Fertilisation and Embryology Act 2008, recoge lo relativo a la tramitación de las órdenes parentales:

1.- El recurso debe ser presentado por dos personas. En Reino Unido no se permite la gestación por sustitución para personas en solitario. El hecho de que exija a dos personas para "solicitar" la orden acarrea incertidumbre ante supuestos en que, una

968 "*SPP Your consent to being the legal parent in surrogacy*".
969 "*SWP Your consent (as a surrogate) nominating an intended parent to be the legal parent*".
970 Ley de Fecundación y Embriología Humana.
971 Quiñones Escámez, A: "*Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada" En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009*", ob. cit., págs. 1-42: En Reino Unido ya existía equiparación de efectos entre el matrimonio homosexual y la unión civil con ocasión de la Civil Partnership Act de 2004. Ya estaba regulada la posibilidad de adopción conjunta de niños para uniones registradas de personas del mismo sexo. El artículo 42 de esta nueva Ley extiende a estas parejas la gestación por sustitución.

vez solicitada por ambos, pero aún no otorgada, uno de los comitentes muere[972] o se divorcien[973].

Al tiempo se exige que los demandantes deban ser:

a.- Marido y mujer.

b.- Constituir una unión civil.

c.- Ser dos personas que estén viviendo como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentran en grados prohibidos de parentesco.

d.- Al tiempo de presentación de la solicitud ambos demandantes deben contar con 18 años.

2.- Así el tribunal podrá dictar una orden por la que el niño puede ser legalmente tratado como hijo de los demandantes. Para ello se exige:

a) Que el niño haya sido gestado por una mujer que no es uno de los demandantes, como consecuencia de haber implantado en ella un embrión, o esperma u óvulos, o de inseminación artificial.

b) Los gametos de al menos uno de los demandantes hayan sido utilizados para llevar a cabo la creación del embrión.

c) Se hayan cumplido las condiciones de las subsecciones 2 a 8.

---

[972] Por lo que respecta a este requisito es de obligada mención el caso Re A. and Another v P. and Others (2011) EWHC 1738 (Fam), se planteó un supuesto en el que uno de los comitentes, aportante de esperma, falleció 5 meses después de instarse la orden parental. El parlamento en su legislación no había previsto esta posibilidad al establecer que las órdenes parentales deben ser "solicitadas" por dos personas. Se entendió que para el bienestar del niño claramente sus necesidades se cumplían otorgando la orden y que, de no ser así, las consecuencias para el niño supondrían la total inexistencia de relación legal entre el niño y su padre genético; que el niño perdería prestaciones sociales derivadas de esa relación, que en relación a los derechos sucesorios el niño sufriría desventajas económicas, que el niño viviría una realidad jurídica que no coincidiría con verdadera realidad y que, en definitiva, el niño sufriría los perjuicios de la muerte de su padre biológico. En este sentido, Gamble, N. manifiesta que "*la conflictividad que puede generar el hecho de que las leyes británicas relativas a gestación por sustitución estén tan peligrosamente anticuadas. Se espera a que algún conflicto se produzca. El carácter de la ley está dejando desprotegidos a los menores y debería cuestionarse ¿Qué ocurriría si alguno de los padres hubiera fallecido antes o incluso durante el embarazo? Lo mismo ante el caso de que los padres decidan divorciarse antes de la concesión de la order parent*": "*Surrogacy law: court awards parenthood to deceased father following Indian surrogacy*". http://www.nataliegambleassociates.com. Uk/blog/2011/07/12/court-awards-parenthood-t-deceased-father-in-surrogacy-case. Consultado el 29 de septiembre de 2013.

[973] En el caso G v G (2012) EWHC 1979 (fam), en mayo del año 2012 tras conferir a favor de un matrimonio la orden parental de transmisión de la filiación de un niño nacido por gestación por sustitución, los comitentes se divorciaron. El marido instó la revocación de la orden parental respecto de su mujer al haberlo abandonado poco después de obtenerla. El Tribunal rechazó la petición por entender que el niño había permanecido desde su nacimiento con la pareja y, tras el divorcio, la custodia estaba siendo ejercitada por la madre. Esa decisión fue adoptada aplicando el interés superior del menor que, de haber sido revocada la orden, quedaría desvinculado jurídicamente de la única madre que el menor conocía.

3.- Los demandantes deberán instar la orden parental dentro del plazo de seis meses a contar desde el día del nacimiento del niño.

Este requisito plantea conflictos a la hora de resolver cuestiones relativas a acuerdos de gestación por sustitución realizados en país extranjero. Los trámites burocráticos entre dos países llevan una inversión de tiempo que puede ocasionar un exceso en el plazo para instar la orden parental. En realidad, en la legislación británica no existe por parte de los tribunales una facultad potestativa que les permita prorrogar el plazo. Esto puede producir problemas relativos a cuestiones de política migratoria entre Estados[974]. Como veremos más adelante, Reino Unido está flexibilizando la aplicación de todos estos requisitos a la hora de resolver los conflictos judiciales que se están generando. Esta flexibilización tiene como razón fundamental la aplicación del interés superior del menor.

4.- En el momento en que soliciten esa orden, y en el momento en que se realice, el hogar del niño debe ser el de los demandantes, uno o ambos demandantes deberán estar domiciliados en Reino Unido, o en las Islas del Canal, o en la Isla del Hombre.

5.- El Tribunal deberá asegurarse de que la mujer que ha gestado al hijo y cualquier otra persona que sea el padre del niño, pero que no sea uno de los demandantes, han consentido libremente, de forma incondicional y con pleno conocimiento la realización de la orden. No se requiere el consentimiento del incapaz de prestarlo o de la persona no hallada. El consentimiento de la mujer gestante no será eficaz si se produce antes del plazo de seis semanas después de nacido el niño.

6.- El Tribunal tendrá que asegurarse de que no se ha producido pago de precio, dinero u otros beneficios que no signifiquen puramente "gastos razonables".

Expuestos los requisitos necesarios para que pueda otorgarse una orden parental en Reino Unido, vamos a detenernos en el relativo a la exigencia de que al menos uno

[974] Caso Re X and Y (Foreing Surrogacy) 2008. EWHC 3030 (fam) I FLR 733. Una pareja de británicos se trasladó a Ucrania con el objeto de celebrar un contrato de gestación por sustitución La gestación fue del tipo gestacional al utilizarse para la fecundación esperma del comitente y óvulo de donante. En Ucrania está permitida la gestación por sustitución y, en consecuencia, los padres de los niños son los comitentes tal y como se hizo constar en el certificado de nacimiento. En cambió en Reino Unido los padres de los niños eran la mujer gestante y su marido puesto que, hasta que no se tramita la orden parental, no hay transmisión de la filiación a favor de los comitentes. El caso es que en Ucrania al no regir un sistema de "*ius soli*" por el que se otorgue la nacionalidad por razón de lugar de nacimiento, no se otorgó pasaporte ucraniano a los niños. Al tiempo, los comitentes en Reino Unido tampoco eran considerados padres de los niños. Como vía para poder entrar en Reino Unido con los niños fue necesario la aportación de un certificado de ADN por el que se probaba que el comitente era el padre biológico. Una vez en el país solicitaron la orden parental.

de los comitentes deba ser aportante de material genético. Este requisito impide el acceso a la gestación por sustitución a parejas en las que ambos miembros sufren problemas de esterilidad. Esta exigencia de aportación de material genético es de necesaria acreditación ante el tribunal a través de los medios de prueba disponibles; resultado de análisis de ADN o documentación proporcionada por el centro médico donde se produjo el tratamiento. Esto significa que en el caso de que ninguno de los comitentes fuera aportante de material genético (se recurrió tanto a donante de óvulos como de esperma) la única vía a la que pueden recurrir los comitentes es a la adopción, puesto que no podrán instar la orden parental al faltar este requisito.

Otro dato característico de la regulación que da este país a la figura es que, en realidad, admite tanto la subrogación materna de tipo gestacional como tradicional. No prohíbe que la gestante sea aportante de su propio óvulo.

Entendemos que esta regulación en la que los efectos pueden adquirirse con posterioridad al nacimiento del niño, protege de forma destacada a la mujer gestante al mantener la regla "*mater semper certa est*". En este país, aun mediando un acuerdo de gestación por sustitución, la madre legal es la mujer que da a luz. Con esto, la gestante no se ve afectada en realidad por el acuerdo de gestación al poder arrepentirse una vez nacido el hijo. No se arriesga a tomar decisiones de inicio puesto que en cualquier momento puede decidir quedarse con el hijo en calidad de propio, aunque no haya sido aportante de material genético[975].

Lo anterior en realidad supone una absoluta quiebra del fin de la figura de la gestación por sustitución. Mezcla los criterios de "gestante" y "madre". De la misma manera, este criterio es absolutamente incoherente con la legislación sobre donación de gametos que establece que los donantes de material genético no tienen ningún vínculo genético con el niño. Al no aplicarse este criterio general a la gestación por sustitución, entendemos que se crea una contradicción evidente.

Independientemente de lo anterior, Reino Unido, al igual que otros estados, está flexibilizando la situación, siendo esta la tendencia en el derecho comparado. Lo cierto es que, al igual que en Grecia, a pesar de prohibirse la gestación por sustitución con

[975] Caso CW & NT contra Anor (2011) (EWHC33-Fam.). Los comitentes y la gestante llegaron a un acuerdo oral para celebrar una gestación por sustitución de un niño engendrado con esperma de uno de los comitentes. Tras existir varios problemas entre las partes, la mujer gestante decidió no entregar al niño y ser su madre legal. Un juez autorizó que la mujer gestante se quedara con el niño al tener en cuenta el vínculo maternal que se crea entre madre e hijo durante el embarazo así como los posibles riesgos que deben asumir los que optan por elegir la maternidad subrogada.

carácter lucrativo, en la vida real y la práctica judicial se están dando situaciones muy distintas.

Hay que destacar el caso Re X and Y[976] en el que se otorgó por primera vez una orden parental ante un caso de gestación de sustitución internacional con carácter lucrativo. El contrato fue celebrado en el Estado Norteamericano de Illinois en el que la gestación por sustitución es totalmente legal. La ilegalidad de este contrato se daba en Reino Unido como consecuencia de haber existido contraprestación económica entre las partes. Se entendió que al consistir el montante económico entregado en una cantidad superior a lo que podría entenderse como "gastos razonables" se estaba ante un contrato de tipo ilegal. Al no respetarse el contenido exigido en el artículo 54 de la Human Fertilisation and Embryology Act, no procedía otorgar la orden parental a favor de los comitentes. A pesar de lo anterior, el juez entendió que la cuestión principal que había que valorar por encima de cualquier otra era la protección del interés superior del menor. Se resolvió que, ante el conflicto existente entre una cuestión pública como es la prohibición de pagar una cantidad excesiva, y el bienestar de los niños, debía prevalecer el interés y protección del menor. Por todo esto, finalmente, se estableció la filiación del menor a favor de los comitentes.

El hecho de que existan más casos jurisprudenciales en los que ha sido aplicado este criterio de prevalencia del interés superior del menor, frente a la prohibición de contraprestación económica, se puede entender como una abertura del camino a la gestación por sustitución en Reino Unido[977].

La anterior flexibilización judicial derivada de la prevalencia de valoración del principio de protección del interés del menor, se está produciendo de igual forma en relación con la ausencia de otros requisitos exigibles por la legislación británica para acceder a un contrato de gestación por sustitución. Es el caso del relativo al domicilio[978] requerido a los comitentes, o la necesidad de consentimiento de la mujer gestante[979].

---

[976] Caso Re X and Y (Foreign Surrogacy) (2008) EWHC 3030 (Fam), (2009) I FLR 733.

[977] Lamm, E.: "*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", ob. cit., pág. 142.

[978] Caso Z v C (parental Order: Domicile) (2011) EWHC 3181 (Fam): Un pareja de ciudadano israelíes fijó su residencia permanente en Reino Unido en el año 2008. La pareja se trasladó a India con el objeto de celebrar un contrato de gestación por sustitución. Fruto del mismo, en noviembre de 2010, nacieron dos gemelos. Como consecuencia de una errónea información jurídica por parte de las agencias de gestación por sustitución a las que consultaron (Agencia Israelí y Agencia de Fronteras de Reino Unido) se les recomendó solicitar la entrada en Reino Unido desde su país de origen y no desde India. A los niños se les negó la entrada en el país. Tras recurrir esta decisión ante el Tribunal de Inmigración se les autorizó finalmente su entrada en Reino Unido por el plazo de un año. El juez entendió que puesto que uno de los

En conclusión, a raíz de todo lo expuesto, entendemos que el grupo países que requiere una previa decisión judicial como requisito indispensable para dar ejecución a cualquier contrato de gestación por sustitución, es mucho más garantista. Regula con antelación la solución a gran parte de los problemas que puedan surgir en el transcurso de la gestación. Todas las partes involucradas están de acuerdo desde el principio y protege a los intervinientes ante los posibles cambios de decisión que puedan sufrir las partes, afecciones psicológicas posteriores etc…

d) <u>BRASIL</u>

En Brasil no existe una regulación legal sobre gestación por sustitución. A pesar de esto, no es una técnica prohibida. El Consejo Federal de Medicina (CFM), órgano encargado de promulgar normas relativas a problemas éticos que pueden surgir en la medicina, ha dictado varias resoluciones relativas a la aplicación de esta técnica. Los actos que emita este órgano deben estar en consonancia con los Estatutos Federales, la Constitución Federal de Brasil, así como con sus principios jurídicos.

En esta materia, la Resolución CFM núm. 1358/92 fue derogada con ocasión de la emisión de la Resolución 1957/ 2010. Esta norma establecía que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los

---

comitentes tenía su domiciliación en Reino Unido desde 2008 se cumplía el requisito para otorgar la "*parental order*". En el caso Re G (Surrogacy: Foreing Domicile) (2007) EWHC 2814 (Fam), (2008) I FLR 1047 se trató un asunto relatico a una pareja de ciudadanos turcos sin residencia en Reino Unido, que realizó un contrato de gestación por sustitución en este país. La orden parental no pudo ser otorgada ante la falta del domicilio exigido pero, en aplicación al art. 84 de la Ley de Adopción e Infancia (2002), se les otorgó una "orden de responsabilidad parental" con el fin de que pudieran realizar la tramitación de la adopción del niño en su país de origen. En KNOWLES, G: "*Parental Orders in Cases of International Surrogacy: Practical Considerations*". http://www.familylawweek.co.uK/site.aspx?i=ed97868. Consultado el 26 de septiembre de 2013.

[979] Caso In the Matter of D and L (Minors) 2012 EWHC 2631 (Fam). Un matrimonio de homosexuales, uno de nacionalidad belga y otro británica, casados en Bélgica y residentes en Reino Unido, celebraron un contrato de gestación por sustitución en India. La clínica a través de la cual se celebró el contrato seleccionó a la mujer gestante. Dado que la política de esa clínica no permitía a los comitentes conocer a la gestante, ésta se comprometió con los comitentes a proporcionarles el documento de consentimiento de esta mujer. La pareja, tras obtener los pasaportes de sus gemelos, viajó a Reino Unido pero nunca, tras varios intentos, recibieron tal consentimiento. Tramitada la orden parental en plazo, el Juez, a pesar de no contar con la acreditación del consentimiento de la madre, otorgó la orden entendiendo que la pareja había intentado y utilizado todas las medidas razonables para obtener ese consentimiento. Dado que no se pudo encontrar a la gestante (a pesar de que los comitentes contrataron incluso un detective), el Juez prescindió de ese consentimiento en aras de la protección de los menores y de su intereses.

demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. La donación temporaria de útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial.

Esta norma ha sido reformada en el año 2013 a través de la Resolución 2013/13, de 16 de abril. En artículo 7 prevé que las clínicas, centros o servicios de reproducción asistida podrán crear una situación de gestación por sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte la mujer genética o en caso de unión homosexual[980].

Se regula por tanto la permisividad de estas técnicas bajo una serie de limitaciones en su uso:

.- En primer lugar no se permite acudir a esta técnica por motivos caprichosos sino por problemas de imposibilidad para gestar o llevar a cabo un embarazo. Una mujer sana con posibilidades normales de fecundación, gestación y alumbramiento natural no podrá recurrir a la maternidad subrogada.

.- El segundo límite a su práctica es que realice siempre de forma altruista, con imposibilidad de establecer precio o compensación económica como remuneración a la madre gestante.

.- El tercer requisito descansa en la imposibilidad parcial de elección libre de la madre gestante por parte de la futura madre legal. Se limita la técnica a que la mujer sustituta tenga que pertenecer a la familia de alguno de los comitentes en relación de parentesco hasta cuarto grado, debiendo respetarse un límite de edad de 50 años.

.- Si la mujer gestante está casada o en pareja deberá presentar autorización escrita de éste.

Como requisitos para la posibilidad de celebración de un contrato de gestación por sustitución se exige, además de lo anterior:

1.- Un informe médico psicológico que acredite la adecuación emocional de la gestante para asumir las consecuencias un contrato de gestación por sustitución.

2.-El consentimiento informado firmado de los comitentes y de la madre gestante.

[980] La Resolución núm. 175/2013, de 14 de mayo, del Consejo Nacional de Justicia de Brasil, permitió el matrimonio homosexual.

3.- Informe de profesional médico detallado y por escrito acerca de la técnica de reproducción asistida utilizada, datos de carácter biológico, legal, ético y económico. Deberá indicar el resultado de la técnica propuesta.

4.- Contrato suscrito entre los comitentes y la mujer gestante sobre la cuestión relativa a la filiación del niño.

5.- Aspectos biopsicosociales que se dan en el embarazo y parto.

6.- Los posibles riesgos de la maternidad.

7.- Imposibilidad de interrupción del embarazo después de haberse iniciado el proceso de embarazo, salvo los casos previstos por la ley, o los judicialmente autorizados.

8.- Garantía de tratamiento y seguimiento médico, incluyendo equipos multidisciplinarios necesarios para la gestante hasta el alumbramiento.

9.- Durante el embarazo lo comitentes deben proporcionar la documentación necesaria para la garantía del registro civil de los niños.

No hay que olvidar que estas resoluciones no tienen fuerza de Ley por lo que su falta de cumplimiento generaría únicamente sanciones de índole administrativo para los médicos intervinientes. Antes de la reforma de 2013 la eficacia de los contratos de gestación por sustitución necesitaba de una autorización judicial[981]/[982] para poder inscribir a los niños a favor de los comitentes. En Brasil se aplica la regla de que la mujer que pare es la madre legal.

Esto ha cambiado. Al requerirse ahora un contrato suscrito entre los comitentes y la mujer gestante en el que se resuelva la cuestión relativa a la filiación, así como que durante el embarazo se aporte la garantía del registro civil de los niños por los

[981] Así ocurrió en relación con la inscripción de unas gemelas nacidas, en fecha 7 de enero de 2013, por gestación por sustitución en Goiána (Brasil). Le gestante, de 51 años, era la madre de la comitente (por tanto abuela materna de las gemelas). Para la fecundación se había utilizado material genético de ambos padres intencionales. El juez dio autorización para poner los nombres de ambos padres en el certificado de nacimiento siendo esto clave para poder inscribir a las niñas en el registro civil con filiación a favor de estos.

[982] El 29 de enero de 2012 nació en Brasil la primera niña fruto de gestación por sustitución inscrita a favor de dos padres varones. La gestante, quien actuó de forma altruista, era una prima de uno de ellos. La fecundación se realizó con aportación de esperma de uno de ellos y un óvulo donado. El mismo Juez que en agosto de 2011 había autorizado el matrimonio de la pareja (Juez de 1ª Vara de Familia de Recife), fue el que autorizó la inscripción. En Lamm, E.: "*Gestación por sustitución; Realidad y Derecho*", ob. cit., pág. 20: Processo de Indicacáo de Paternidade. M.A.A. y W.A.A., de 28 de febrero de 2012. Juízo de Dereito da Vara de Familia e Registro Civil da Comarca do Recife.

comitentes, se traduce en que ya puede prescindirse de autorización judicial relativa a la inscripción de la filiación a favor de los padres intencionales.

e) <u>AUSTRALIA</u>

La gestación por sustitución no está admitida en la totalidad del territorio. El organigrama político divide el país en territorios y estados. La regulación de las técnicas de reproducción asistida depende de cada estado puesto que, a diferencia de Reino Unido, este país, no tiene una legislación nacional. Esta técnica reproductiva no está permitida en el Territorio del Norte. Por otro lado, el territorio permisivo es la Australian Capital Territory (ACT). Su regulación está recogida en la "Parentage Act" de 2004.

Al tiempo es posible realizarla en cinco estados:

.- El Estado de Queensland (QLD): "Surrogacy Act" 2010.

.- New South Wales (NSW): "Surrogacy Act" 2010.

.- Werstern Australia (WA): "Surrogacy Act" 2008.

.- Victoria (VIC): "Assisted Reproductive Treatment Act" 2008.

.- South Australia (SA): Family Relationship Act 1975/ Surrogacy Act" 2009.

En todos los Estados señalados hay un fundamento común que preside estas regulaciones. Por un lado, la protección de los menores y su no comercialización y, por otro, la defensa de los grupos sociales más vulnerables. De acuerdo a lo anterior, en Australia no se permite la gestación por sustitución de tipo comercial.

Exceptuando los Estados de Victoria y Western Australia, se sigue un modelo similar al implantado en Reino Unido. No se exige una autorización anterior a la implantación del embrión en la mujer gestante sino que se produce una transmisión de la filiación de la mujer gestante (quien es inicialmente declarada madre legal) a los comitentes. Esta transmisión se obtiene a través de la correspondiente orden judicial parental.

Es evidente que este modelo está adquirido por influencia británica pero en los últimos tiempos, Australia, ha optado por una serie de requisitos de fondo y forma que hacen que la posibilidad de optar por la gestación por sustitución sea más limitada y estricta.

La primera regulación australiana en esta materia fue la Parentage Act de 2004. Esta Ley está claramente inspirada en la HFEA de 1990 por lo que, en sus artículos 24-26, exige como condiciones para que el Juez pueda otorgar la orden parental:

.- Que el niño tenga una edad superior a seis semanas y menor de seis meses.

.- Que el niño esté conviviendo con los comitentes.

.- Que los comitentes formen una pareja y residan en el Estado.

.- Que cuenten con una edad mínima de dieciocho.

.- Que al menos uno de los comitentes tenga que ser padre genético.

.-Que no haya contraprestación económica u otros beneficios a favor de la gestante.

Independientemente de la adopción de estos requisitos exigidos por la legislación británica, en el Territorio de Australia Capital ha variado el criterio relativo a permitir la gestación de tipo tradicional. Como hemos indicado, en Reino Unido se permite que la mujer gestante pueda ser a su vez madre genética del niño. Esto no se admite en la Australian Capital Terrirory; únicamente se podrá acceder a la subrogación de tipo gestacional. Además de esto, el artículo 24.b) de la Parantege Act 2004, impide a la pareja de la mujer gestante ser el donante de esperma u óvulos utilizados para la fecundación.

Otro requisito limitativo de esta figura es que en la ACT 2004 se exige que la concepción haya sido celebrada dentro de su propio territorio.

A su vez, otra de las diferencias entre la legislación de Reino Unido y la Parentage Act 2004 es que en la primera es posible valorar el pago de contraprestación económica a pesar de que se prohíba la gestación comercial. Esto se entiende a partir de la frase "*salvo autorización del tribunal*" que, por el contrario, no se recoge en la legislación australiana. Esto significa que a diferencia de que en Reino Unido se pueda entrar a valorar la concesión de la orden parental cuando ha mediado compensación económica superior a la considerada como "gastos razonables", no podrá contemplarse en Australia. Al faltar esa coletilla legislativa sus tribunales no tendrán dicha competencia. El resto de legislaciones australianas también se han apartado de este criterio discrecional.

Con posterioridad a la Parentage Act 2004, tal y como ya hemos indiciado, se fueron dictando en otros Estados nuevas normas relativas a la regularización de la gestación por sustitución. Estas normas exigen la concurrencia de varios requisitos:

.- La gestante debe tener más de veinticinco años.

.- Debe haber dado a luz a un niño propio (en WA se dispensa cuando concurran circunstancias excepcionales)

.- En cuanto a la prohibición de la gestación de tipo tradicional que se regula en Australian Capital Territoty, el resto de Estados del país (excepto Victoria), adoptaron la postura menos limitativa seguida por Reino Unido.

.- Los comitentes deberán tener al menos dieciocho (SA) o 25 años de edad (QLD y WA). En NSW también se exigen dieciocho años aunque si no se superan los veinticinco se les requerirán además otra serie de requisitos adicionales.

En cuanto al requisito de tener que formar una pareja o un matrimonio, los Estados lo regulan de forma distinta:

(SA): Únicamente se permite a parejas, no a persona solas. La pareja podrá ser un matrimonio o pareja heterosexual con más de tres años de convivencia. Los comitentes deberán ser considerados idóneos.

(WA): No se permite a varones en solitario o a parejas homosexuales de hombres.

(NSW)- (QLD): Podrá ser una persona sola o pareja homosexual.

.- En la mayor parte de los estados se les exige la condición de la infertilidad como requisito para poder acceder a la gestación por sustitución (VIC, WA, SA, QLD, NSW).

.- Los comitentes deberán residir dentro del término jurisdiccional, a excepción de QLD.

.- Se exige que al menos unos de los comitentes sea aportante de material genético, a menos que ambos sean infértiles o que por razones médicas o genéticas no esté recomendado que sean padres genéticos.

En cuanto al contrato de gestación por sustitución:

a.- En los estados de SA, WA, NSW y QLD se exige que se haga por escrito. En WA además, se exige que sean parte del acuerdo mediante su firma los donantes de óvulos o esperma. En SA se requiere que se realice en presencia de abogado.

b.- El contrato debe ser anterior al embarazo y todas las partes deben contar con un asesoramiento legal independiente (ACT, NSW, QLD, VIC, WA).

c.- Se concede a la gestante un periodo de reflexión o arrepentimiento de tres meses, en el que puede optar por quedarse con el niño.

d.- La técnica de la reproducción asistida debe realizarse dentro de la jurisdicción.

e.- En Estados como VIC y WA se exige la aplicación previa y aprobación por parte de todas las partes. Esto se hará tras una evaluación judicial. En otros, como WA, un tribunal debe aprobar el plan de contacto y comunicación entre las partes, así como qué información se le va a proporcionar al niño.

f.- Los tribunales no podrán otorgar ordenes parentales si no concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos. (ACT, VIC, WA y SA). En QLD y NSW sus leyes son más discrecionales y permiten a los tribunales dispensar de alguno de los requisitos siempre que beneficie al interés del menor.

h.- En Australia está prohibida la gestación por sustitución comercial. Independientemente de esto, la mayoría de los estados han introducido normas específicas que les permiten regular lo relativo a “gastos razonables”.

i.- En (ACT) y (QLD) las ofensas que contradigan sus leyes y sus requisitos incluyen los actos que realicen sus residentes fuera de su jurisdicción. Esto significa que si un residente de la ACT, que paga al celebrar un contrato de gestación por sustitución fuera del territorio, se enfrentará a las sanciones penales correspondientes. En (QLD) antes de la reforma, la gestación por sustitución constituía delito. Con posterioridad a la reforma sólo las gestaciones comerciales realizadas en cualquier lugar darán lugar a sanción. En (NSW) se introdujeron delitos interterritoriales en su reforma. Sanciona la gestación por sustitución comercial internacional con dos años de prisión y multa.

f) MEXICO: TABASCO

El Estado Mexicano de Tabasco regula la gestación por sustitución en su Código Civil. Así en su artículo 92 establece que "*en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena*".

De esta forma este Estado regula, por un lado, la gestación de tipo gestacional en la que la gestante simplemente se compromete a desarrollar embarazo y parto pero no es madre genética y, por otro, la de tipo tradicional en la que la gestante es a su vez madre genética. Este Código las denomina respectivamente "maternidad subrogada" (tradicional) y "maternidad gestante sustituta" (gestacional). Por otro lado se denomina como "madre contratante" a la mujer que convenga utilizar los servicios de otra mujer para ser madre.

Respecto a la "maternidad gestante sustituta", el código presume la maternidad de la mujer contratada entendiendo que la mujer gestante únicamente aporta gestación y parto. Esta presunción de maternidad a favor de la comitente se aplica con independencia de que esta madre contratante haya o no aportado sus óvulos para la fecundación. Así lo prevé el Código, en su artículo 347: "(…) *cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea el óvulo o no*".

En cuanto a la filiación de los hijos nacidos de contratos de gestación por sustitución hay que diferenciar según el tipo de gestación utilizado. En el caso de la gestación de tipo gestacional, el artículo 92.5 establece que "*Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare*". Esto significa que ante supuestos en que la gestante sea una mujer casada, no se presumirá la paternidad de su esposo. El hecho de que en los casos de gestación por sustitución la maternidad se presuma a favor de la madre contratante hace que se traslade la presunción de paternidad a su propio marido y no al de la gestante. La comitente y su marido serán por tanto considerados como padres legales del niño.

Por otro lado, en los supuestos de maternidad subrogada o de tipo tradicional, el artículo 92 establece que para que la filiación pueda ser determinarse a favor de la comitente es preciso acudir a la institución jurídica de la adopción plena.

El artículo 398 del Código regula los efectos de la adopción plena: "*Por la adopción plena el adoptado se incorpora a una familia como hijo legítimo, confiriéndole los apellidos de los adoptantes y los mismos derecho, obligaciones y parentesco que la filiación consanguínea*". En este caso, el artículo 399 del Código Civil de Tabasco indica que para que la adopción plena tenga lugar se requiere (…) "*Que el menor a adoptar (…) sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de la inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción*".

De acuerdo a lo anterior, los comitentes deben reunir los requisitos exigidos para la adopción plena. Como dato a destacar se encuentra el de que sólo se permite la adopción a parejas heterosexuales casadas o que vivan como marido y mujer.

En conclusión, en el caso de la gestación de tipo tradicional se aplicará una adopción de carácter especial puesto que los adoptantes ya están designados a través del previo acuerdo de gestación por sustitución (en el que ya se acordó por las partes la entrega en adopción a los comitentes).

Esta es la única regulación relativa a la gestación por sustitución en el Estado de Tabasco. No hay normativa alguna acerca de la forma, requisitos, garantías, procedimiento u órgano alguno que deba intervenir. Tampoco se regulan las exigencias o condiciones que deben presidir esta figura. A mayor abundancia, debemos poner de manifiesto que ni siquiera se menciona prohibición o permisividad de la gestación comercial. En este sentido podemos señalar el artículo 199.4º de la Constitución Federal de México prohíbe comercializar con el cuerpo humano y sus sustancias por considerarlo fuera del comercio. Podríamos entender que la gratuidad se considera como un presupuesto de legalidad a respetar también en los contratos de gestación por sustitución, pero, como hemos indicado, la realidad es que no está previsto.

Independientemente de todo lo anterior, tenemos conocimiento de que en la práctica estos nacimientos se están produciendo en los centros de reproducción asistida utilizando la vía del contrato notarial. A pesar de ello, no están siendo recogidos de

forma oficial. Existe publicidad relativa al Centro de Cirugía Reproductiva y Ginecología de Villahermosa, en Tabasco[983].

En fechas recientes ha sido noticia[984] el caso de una pareja homosexual española formada por dos varones, L. y J.A. La pareja quedó atrapada en el Estado de Tabasco junto a sus mellizos, nacidos el 6 de enero de 2015 mediante un acuerdo de gestación por sustitución. Para la fecundación se aportó material genético por parte de la pareja. Una vez nacidos los niños fueron a registrarlos pretendiendo que la filiación quedará determinada, por un lado, a favor de J.A, en calidad de padre, señalando en otro apartado a L. El espacio reservado a la identidad de la madre lo dejaron vacío. Posteriormente, acudieron a la Delegación de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SER), en el Distrito Federal, con el fin de obtener los pasaportes de los niños. A pesar de que México goza de "*ius soli*", es decir, los nacidos en ese país adquieren la nacionalidad por lugar de nacimiento, las autoridades no entregaron pasaporte mexicano a los niños con el fin de que pudieran salir del país con los comitentes. De igual forma, el Consulado Español tampoco pudo reconocer a los comitentes como padres legales de los niños, al ser evidente que había mediado un contrato de gestación por sustitución A esto se sumó el hecho de que no existía sentencia judicial relativa al proceso de gestación por sustitución, por no ser requisito constitutivo del mismo en dicho Estado. La emisión de una sentencia judicial autorizando el acuerdo de gestación es actualmente la única vía que permite en España poder registrar a los niños nacidos por subrogación en el extranjero a nombre de ambos progenitores[985]. La única opción que se ofreció a los comitentes es que constaran como progenitores la mujer gestante y el comitente que aportó su material genético. Los comitentes rechazaron esta posibilidad por entender que ellos dos son los únicos padres de los niños.

Los problemas se iniciaron en la SER donde les preguntaron dónde estaba la madre. La SER es la entidad federal mexicana que tiene competencia para decidir sobre la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución en Tabasco. Desde la Secretaría se preguntan por qué deben dar pasaporte a dos niños nacidos de un contrato de gestación suscrito por dos ciudadanos extranjeros homosexuales. En México, tal y

[983]Centro de Cirugía Reproductiva y Ginecología de Villahermosa Tabasco. http://www reprogyn.com.mx/estatic/tratamientos.php; http://www . reprogyn.com.mx/estatic/nota7.php. Consultado el 27 de septiembre de 2013.

[984] http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/11/actualidad/1423683981_519760.html

[985] Como se verá más adelante, la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 permitió inscribir en el Registro Civil Español a los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, siempre que, entre otros, conste sentencia judicial extranjera.

como se ha expuesto, la gestación sólo está permitida para parejas heterosexuales. Desde la Secretaría informaron de que no están dispuestos a que México se convierta en un destino de turismo reproductivo.

g) <u>CANADÁ</u>

En este país la gestación por sustitución se integra en un marco jurídico regulado por la *Ley de Reproducción Humana Asistida* de 29 de marzo de 2004[986]. Esta Ley es de aplicación en todo el territorio nacional. A pesar del ámbito nacional, algunas secciones de la Ley no serán de aplicación en algunas Provincias si el gobierno provincial y el Ministro Federal de Salud concuerdan tener legislación provincial al respecto.

El artículo 3 de la ley define a la mujer gestante como "*aquella persona de sexo femenino que con la intención de entregar el niño al nacer a un donante o a otra persona, gesta un embrión o feto que fe concebido por medio de un procedimiento de reproducción asistida y con gametos de donante o donantes*". Excluye la posibilidad de que la fecundación se haya producido a través de relación sexual entre la gestante y el donante.

El artículo 6 prohíbe la publicidad a través de anuncios para obtener servicios remunerados de la gestante. De igual forma se prohíbe expresamente el pago a la gestante o a los intermediarios. En cuanto a los profesionales de la medicina, se les prohíbe que presten asistencia a cualquier persona de sexo femenino con el fin de que se convierta en gestante cuando tenga razones para creer que esa mujer es menor de veintiún años.

Esto significa que en Canadá no está prohibida la gestación por sustitución de tipo altruista aunque, la Ley de Reproducción Humana Asistida, no determina si los acuerdos de gestación son válidos. En cuanto a las decisiones judiciales lo general es que se falle siempre acorde al interés superior del menor.

La filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución se aplica acorde a las legislaciones provinciales[987] del territorio donde nacen los niños. Cada provincia aplicará su propia regulación de filiación aunque en la práctica lo cierto es que no hay unos criterios expresos para los casos de gestación por sustitución. En el caso de la

[986]Assisted Human Reproduction Act. 2004, de 29 de marzo. http:// lois.justice.gc.ca/fr/a-13.4/ index.html.

[987] Burpee, A.L.: "*Momma Drama: A study of How Canada`s National Regulation of Surrogacy Compares to Australia`s Independent State Regulation of Surrogacy*". Georgia Journal of International and Comparative Law, núm. 37, 2009, págs. 305 y ss.

provincia de Quebec, en su Código Civil,[988] establece que los acuerdos de gestación por sustitución son declarados nulos de pleno derecho y no se les reconoce personalidad jurídica. A pesar de lo anterior, a la hora de determinar la filiación de estos niños se recurre a la figura de la adopción por consentimiento especial para que se determine la filiación a favor de los contratantes. En el caso de las provincias de Alberta[989] y British Columbia[990] estos contratos se permiten. Concretamente en British Columbia ya se habían planteado conflictos judiciales relativos a la gestación por sustitución[991].

h) <u>SUDÁFRICA</u>

Sudáfrica permite la gestación por sustitución desde el año 2010. Está regulada en el capítulo 19 de la Children´s Act nº 38 de 2005[992]. Este país pertenece al grupo de Estados que prevé un sistema de pre-autorización[993]como elemento necesario del proceso de la gestación por sustitución. El acuerdo de gestación debe ser aprobado por un juez con antelación a cualquier implantación de embrión en la mujer gestante.

A través del artículo 296-I-b de la Children´s Act, se incluye la peculiaridad de que el embarazo de la gestante no podrá celebrarse transcurridos dieciocho meses desde la concesión de la autorización judicial.

El acuerdo de gestación únicamente será autorizado por un Juez cuando se entienda que el interés del menor va a ser protegido por encima de todo lo demás, entendiendo que ese interés es primordial. Así se recoge expresamente en el artículo 28.2 de la Constitución de la República de Sudáfrica.

1) <u>Los requisitos del acuerdo, regulados en los artículos 292 a 301 de la Children´s Act, son los siguientes</u>:

[988] Filiation of children born of assisted procreation. RSQ.c C-I-I, s 541.(1991)
[989] Family Law Statutes Amendment Act of Alberta, c.16 (2010)
[990] Artículo 29 Family Law Act 2011.
[991] Caso Rypkema v. British Columbia (2004) B.C.J. Núm. 2712 (S.C): Un matrimonio concertó con una mujer un acuerdo de gestación por sustitución gratuito en el que se recogía que al nacer el niño sería entregado a los comitentes y estos serían sus padres legales. Una vez nacido el niño se negó la inscripción registral de los comitentes como padres legales del niño al no coincidir los datos instados con los de la madre gestante que había llevado a cabo el parto. El Juez resolvió a favor de los comitentes por entender que en este caso no había conflicto alguno entre las partes y en aplicación del interés del menor.
[992] Esta Ley fue el resultado de un necesario planteamiento que se produjo en el país ante la falta de regulación en relación al caso surgido en 1987 en el que una mujer (P. Anthony) fue la gestante de los hijos de su hija (K. Ferreira- Jorge); es decir, gestó a sus propios nietos. El asunto generó una gran polémica puesto que la gestante, además del problema de base generado, se convirtió en la primera mujer del mundo en dar a luz a trillizos.
[993] Artículo 296.I.a) Children`s Act 2005.

a.- El acuerdo debe ser realizado por escrito, firmado por todas las partes implicadas.

b.- Debe celebrarse dentro del propio país.

c.- Si la gestante está casada o tiene pareja se requerirá el consentimiento de este por escrito. Esto será absolutamente necesario en los casos de gestación por sustitución de tipo tradicional en los que la gestante es además madre genética del niño. En la de tipo gestacional, ante la falta de consentimiento del marido o pareja de la gestante, el Juez podrá autorizar el acuerdo.

d.- Se prohíbe cualquier promesa o entrega de recompensa, dinero o compensación en la celebración de estos contratos. Únicamente se podrá otorgar compensación a la gestante de los gastos directamente relacionados con la fecundación artificial de la gestante, el embarazo, parto y confirmación del acuerdo de gestación por el Tribunal Supremo. Se podrá otorgar compensación a la gestante relativa a la pérdida de ingresos como resultado del acuerdo gestacional, así como en concepto de un seguro por muerte o incapacidad como consecuencia del acuerdo.

e.- Los intermediarios en el acuerdo de gestación por sustitución que prestan un servicio profesional (abogados, médicos que realizan el tratamiento médico) tienen derecho a recibir una compensación razonable como consecuencia de sus servicios profesionales.

f.- Los comitentes (al menos uno de ellos si es una pareja), y la gestante (y en caso de que esté casada también su cónyuge) deben estar domiciliados en Sudáfrica.

2) <u>En cuanto a los requisitos que deben cumplir los comitentes en el acuerdo, el artículo 301 establece</u>:

a.- El ámbito de personas a las que se les permite acceder a la gestación por sustitución es amplio. Puede tratarse de parejas casadas o no casadas, heterosexuales u homosexuales, así como de personas en solitario, independientemente de su estado civil u orientación sexual.

b.- Los comitentes o comitente tendrán que padecer una incapacidad permanente e irreversible acreditada para dar a luz un hijo.

c.- Los comitentes tendrán que ser personas competentes y adecuadas para realizar un acuerdo de gestación por sustitución así como para aceptar la paternidad del

niño. Esto exige que tenga que tratarse de personas capaces de comprender las consecuencias, derechos y obligaciones que implica la celebración de un acuerdo de gestación por sustitución.

d.- Ambos comitentes en el caso de ser pareja o, el contratante en solitario, deben aportar su propio material genético para la fecundación. Acreditado que uno de ellos, en el caso de ser pareja, padezca cualquier alteración médica o biológica para este fin (u otra válida), se le dispensará de este requisito, aunque seguirá exigiéndose que el otro aporte el material genético. Esta dispensa no se permite para las personas en solitario puesto que deben ser aportantes de material genético.

En relación con este último requisito, compartimos el criterio de Pretorius, al entender que el hecho de que se exija la aportación de material genético a ambos miembros de la pareja, o en todo caso a personas solas, resulta discriminatorio en relación con las personas estériles o parejas en las que ambos padecen problemas de esterilidad. En estos casos la única vía para convertirse en padres es la adopción que, ante las largas listas de espera, o en situaciones donde estas personas ya no cumplen el requisito de la edad idónea, les dejaría fuera de cualquier posibilidad de acceder a la maternidad o paternidad. Decimos esto, teniendo en cuenta que estamos hablando de un país donde sí se permite la gestación por sustitución para personas fértiles pero con imposibilidad para gestar de forma natural[994].

3) En cuanto a los requisitos que debe cumplir la mujer gestante el artículo 295 establece:

a.- Debe tratarse de una mujer legalmente competente para firmar un acuerdo de gestación por sustitución.

b.- Tendrá que ser considerada como persona idónea para actuar como gestante.

c.- Tendrá que estar capacitada para comprender y aceptar las consecuencias jurídicas, obligaciones y derechos que implica la celebración de un acuerdo de gestación por sustitución.

d.- El acuerdo de gestación por sustitución no debe significar una fuente de ingresos, debiendo celebrarle con fines altruistas y no onerosos.

[994] Ver Lamm, E: "*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", ob. cit., pág. 168: PRETORIUS, D: "*Practical aspects of surrogate motherhood*". De Jure, 24, 1991, págs. 59-61. "*Surrogate motherhood*: A detailed commentary on the draft bill" De Rebus, 114, 1996, págs. 117-119.

e.- Deberá haber desarrollado previamente un embarazo y parto viable y tener un hijo propio.

f.- Deberá entregar al niño a los comitentes en el mayor breve espacio de tiempo, tras el parto.

g.- La gestante podrá ser también aportante de material genético (gestación tradicional), o simplemente limitarse a desarrollar la gestación y parto previa implantación de embrión fecundado con material genético ajeno (gestación gestacional).[995]

4) En cuanto a los efectos del acuerdo de gestación por sustitución, el artículo 297 exige:

a.- Si se concede la autorización judicial previa:

Puesto que el acuerdo de gestación por sustitución requiere de aprobación judicial, en el caso de que esta haya sido concedida, el niño será considerado a todos los efectos como hijo del comitente o comitentes. Esto se producirá desde el mismo momento de su nacimiento. Lo anterior significa que la gestante no está obligada ni a cuidar ni a alimentar a ese niño, y de la misma forma, el niño no tendrá derechos sucesorios respecto a la gestante, su marido, su pareja, así como respecto a ninguno de los familiares.

b.- Si no concede la autorización judicial previa:

En este caso, si no fuera autorizada la orden judicial por no cumplirse las exigencias estipuladas en esta regulación, el niño que nazca será considerado hijo de la mujer gestante.

5) Diferencia de efectos entre los acuerdos de gestación por sustitución de tipo tradicional y gestacional:

Tradicional:

En el caso de que la mujer gestante haya sido además aportante del óvulo utilizado para la fecundación, se le otorga un derecho a resolver el acuerdo de gestación por sustitución y, en definitiva, el derecho a quedarse con el niño. Esto tendrá que manifestarlo antes de los sesenta días siguientes al nacimiento del bebé. Deberá

[995] Teniendo en cuenta que la legislación Sudafricana (art. 294 Children´s Act) requiere la aportación de material genético por ambos comitentes como regla general prioritaria, la gestación de tipo gestacional será la que se dará en la mayor parte de los supuestos celebrados bajo el amparo de dicha Ley.

presentar ante el tribunal un escrito solicitando dicha petición. El tribunal correspondiente deberá resolver sobre esta petición comprobando que esa solicitud es voluntaria y consciente y, en todo caso, si resulta beneficioso para el interés del menor. En estos supuestos, la mujer gestante tendrá que compensar a los comitentes por los gastos ocasionado como consecuencia de la celebración del acuerdo.

Gestacional:

En este caso, no existiendo vinculación genética alguna entre la gestante y el niño, la filiación y demás derechos parentales sobre el niño, se confieren a los comitentes desde el mismo nacimiento.

6) En materia de interrupción del embarazo:

En Sudáfrica la interrupción voluntaria del embarazo está permitida a través de la "*Choice on the Termination of Pregnancy Act*", 1996, y del artículo 300 Children´s Act. Se regula la posibilidad de realizar un aborto a petición de la mujer durante las doce primeras semanas de gestación.

En el caso de la gestación por sustitución, la gestante deberá informar a los comitentes y escucharlos antes de tomar la decisión y someterse al aborto. En el caso de que interrumpa el embarazo, la gestante no adquiere ninguna responsabilidad, exceptuando la de compensar a los comitentes por los gastos generados por la celebración del acuerdo de gestación. En el caso de que el embarazo no se produjera por simple decisión de la mujer, sino que concurrieran médicas relevantes, no deberá compensar cantidad alguna.

i) URUGUAY

Uruguay ha sido uno de los últimos países en permitir la gestación por sustitución. A través de la Ley núm. 19.167, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida[996], promulgada el 22 de noviembre de 2013, el Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, han permitido el acceso a esta figura aunque con muchas limitaciones.

En el artículo 1, Capítulo I (Disposiciones Generales), se recoge que esta tiene por objeto regular las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y

[996] http://www.ninrial.com.uy/de-interes/legislacion/leyes/ley-no-19167/. Consultada el 12 de septiembre de 2015.

privadas que las realicen. A tales efectos se entiende por técnicas de reproducción humana asistida el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.
Quedan incluidas dentro de las técnicas de reproducción humana asistida la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional prevista en el artículo 25 de la presente ley.

De esta forma se dedica el Capítulo IV a la figura de la gestación subrogada. El artículo 25 dice:

"Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la mujer gestante o a un tercero.

Exceptúese de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.

Entiéndase por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo. La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo.

El artículo 26 trata de la suscripción de acuerdo en el que se exige la naturaleza gratuita y el deber de estar firmado por todas las partes intervinientes.

En cuanto a la filiación del nacido, los artículos 27 y 28 establecen que corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación. La

filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica, o en su caso, por la mujer cuya gestación ha sido subrogada.

Esta regulación es parca en conceptos, condiciones y requisitos. Ante su reciente existencia, habrá que dejar que la experiencia jurídica hable. En todo caso, el hecho de exigir en vínculo familiar entre las partes desprende posibles discriminaciones para personas estériles que no gozan de familia cercana. Entenderíamos necesario añadir la excepción para estos supuestos.

j) VIETNAM

En el año 2015 Vietnam ha permitido la gestación por sustitución con ocasión de la entrada en vigor de la nueva Ley de Matrimonio y Familia[997]. Esta permisividad está condicionada a varios requisitos:

La legalización está destinada únicamente con fines humanitarios, es decir, solo podrán recurrir a esta técnica de reproducción asistida personas sin útero debido a problemas congénitos o relacionados con la obstetricia, y personas a las que no se recomienda llevar a cabo la fecundación natural por problemas de salud.

Debe probarse la infecundidad de la mujer, probar las técnicas de reproducción convencionales y haber superado los controles psicológicos y jurídicos. Sólo podrá realizarse en tres hospitales de Vietnam: en el norte, el Hospital Central de Obstetricia, en el sur, el Nosocomio de Tu Du y en el centro, Hospital Central de Hue.

Entre los requisitos que debe cumplir la mujer gestante se exige:

.- La gestante subrogada ha de tener un vínculo familiar con alguna de las partes del matrimonio.

.- Ha debido tener al menos un parto con anterioridad.

.- Debe tener la edad apropiada para gestar y parir a un niño.

.- Se le exige una certificación médica en el que se acredite su buen estado de salud.

.- En caso de estar casada se necesitará un documento que pruebe que su cónyuge está de acuerdo con la gestación sustituta.

[997] http://www.vientredealquilerespaña.es/vietnam-legaliza-la-gestacion-sustituta/. Consultada el 25 de septiembre de 2015.

.- Al aceptar este compromiso, está obligada a someterse a todas las pruebas médicas y evaluaciones para el diagnóstico de posibles enfermedades que pudieran afectar al feto.

.- Podrá beneficiarse de los privilegios determinados en la legislación nacional para las embarazadas y los gastos relativos a la salud de la gestante serán a cuenta de los padres intencionales.

Expresamos idéntica opinión que en el caso de la legislación uruguaya.

k) <u>CHIPRE</u>

Es de los últimos países que se han sumado a regular la gestación por sustitución. En mayo de 2015, entró en vigor la Cypriot "*Law 69 (I) 2015 on the Application of Medically Assited Reproduction"*.

Esta norma reguladora de la reproducción asistida está basada en gran medida en la legislación griega de 2002 y 2005. A pesar de esto, la Ley chipriota introduce importantes novedades. A diferencia de los países que permiten el acceso a las técnicas de reproducción asistida únicamente a matrimonios heterosexuales o parejas de distinto sexo con una relación estable[998], Chipre amplía este campo e incluye a personas solas, bajo determinadas condiciones. La peculiaridad es que se refiere exactamente a "*personas solas*" y no distingue entre hombre y mujer, por lo que se entienden incluidos ambos.

La legislación griega únicamente permite acceder a las técnicas reproductivas a mujeres solas[999]. Es precisamente en este punto en el que los intérpretes de la Ley entienden la permisividad de la gestación por sustitución[1000]. Al permitir a hombres solos acceder a las técnicas de reproducción asistida es evidente que a la única técnica a la que pueden acceder es a la maternidad subrogada.

---

[998] Desde el 16 de noviembre de 2015, Grecia permite a las parejas de hecho acceder a la TRHS.

[999] Los Tribunales de Atenas y Tesalónica han permitido acceder solos a la gestación por sustitución ante el padecimiento de oligosperma. En los años 2008 y 2009, los Tribunales autorizaron los acuerdos instados por dos varones, respectivamente, sobre la base de la inconstitucionalidad de este precepto en relación con los artículos 5.1 (derecho a procrear) y 4.1 (derecho a la igualdad por razones de género) de la Constitución Griega- Véanse "One Member Court of First Instance of Athens, Nº 2827/2008" y "One Member Court of First Instance of Thessaloniki, Nº 13707/2009".

[1000] Trokonas T:" *The Cypriot Law 69 (I) 2015 on application of medically assisted reproduction: A blend of the old and the new*". Ponencia impartida EN la Conferencia Internacional "Reproductive rights, new reproductive technologies and the European fertility market". Universidad de Cantabria, Santander, 19 y 20 de noviembre de 2015.

7.3) Países que permiten la gestación por sustitución de forma amplia y comercial

Existe un tercer grupo de países en los que la gestación por sustitución está admitida de una manera amplia e incluso de forma comercial. Dentro de este grupo se encuentran algunos estados de Estados Unidos, India, Ucrania, Rusia y México (Estado de Sinaloa).

a) INDIA

En este país, a pesar de no existir legislación concreta sobre la gestación por sustitución, es una práctica habitual y consolidada. Basándose precisamente en esa carencia de prohibición legislativa expresa, en India, la maternidad subrogada está socialmente admitida como técnica reproductiva. En vista del número de gestaciones habidas en los últimos años es evidente que esa permisividad está plenamente aceptada.

En defecto de legislación, el uso de esta técnica está controlado por el Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR)[1001], organismo que rige la carrera médica en el país. Este órgano, junto con el Ministerio de Salud y Bienestar, y la Academia Nacional de Ciencias Médicas, promulgó en el año 2005 unas "*Guías Nacionales para la Acreditación, Supervisión y Regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida*"[1002].

En el año 2010 el ICMR elaboró un proyecto de ley "*Assisted Reproductive Technology (regulation) Bill and Rules*" en el que se la gestación comercial aparece plenamente admitida.

Es evidente que la falta de regulación ha provocado importantes abusos y conflictos en relación con muchos supuestos ocurridos en India. El hecho de que se hayan producido excesos relacionados con los derechos de las gestantes han llevado a los propios Tribunales a advertir sobre la necesidad de una regulación que marque pautas y límites en relación a gestación por sustitución. Fruto de lo anterior el Centro de Investigación Social elaboró un informe denunciando estas situaciones[1003].

En India, para la celebración de un contrato de gestación por sustitución es necesario:

[1001] Indian Council of Medical Research.
[1002] "National Guidelines for Acreditation, Supervision and Regulation of Art Clinics in India".
[1003] Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial: A través de este informe se advirtió de la existencia de casos de gestación por sustitución en los que las mujeres gestantes no habían cobrado la cantidad acordada o incluso no se les había pedido su consentimiento para gestar o incluso abortar.

a.- Que la gestante no sea mayor de cuarenta y cinco años.

b.- Que la gestante no pueda realizar más de tres gestaciones subrogadas.

c.- La gestante debe realizarse las pruebas relativas al VIH.

d.- Si la mujer gestante mantuviera parentesco con alguno de los comitentes estos deberán pertenecer al mismo grado de parentesco.

e.- No se permite la gestación por sustitución de tipo tradicional puesto que la gestante no podrá actuar al tiempo como donante de óvulos.

f.- Los comitentes deben ser incapaces para llevar personalmente a término un embarazo, física o médicamente.

* En cuanto a los efectos del contrato:

La filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución en India depende de la procedencia del material genético empleado para la fecundación:

a.- En el caso de que ambos comitentes hayan aportado material genético: El certificado de nacimiento se expedirá a favor de estos por ser ambos los padres genéticos. Será necesaria la acreditación del informe de ADN.

b.- Si sólo el comitente varón aportó esperma y el óvulo fue aportado por donante: El certificado de nacimiento se expedirá a favor del comitente y de la gestante, que aparecerá como madre.

c.- Si sólo el comitente varón aportó esperma y el óvulo fue aportado por la propia mujer gestante (gestación tradicional): El certificado de nacimiento se expedirá a favor del comitente y de la gestante, que aparecerá como madre.

* El párrafo 3.5.4. de la Guía, 2005, admite expresamente la gestación por sustitución de tipo comercial. Además de contemplar la posibilidad de compensar a la gestante por los gastos relacionados con el embarazo y parto se acepta poder entregarla una retribución que quedará determinada entre los comitentes y la gestante.

En este país el coste asciende aproximadamente a 30.000 dólares. Independientemente de esto las garantías que ofrece este país a los padres contratantes no son comparables con la que se ofrecen en Estados Unidos[1004].

[1004] UDA. Fertility Consulting. www.vientredealquiler.com/index.php/glosario/606-madres-de-alquiler-iel-fin-justifica-los-medios. Consultado 5 de junio 2014.

Con anterioridad al año 2013, India era uno de los destinos más solicitados por parejas y personas extranjeras para realizar un contrato de gestación subrogada. No existían límites relativos a la orientación sexual o estado civil de los comitentes. No existían problemas burocráticos de estancia en India por lo que cualquier persona accedía con facilidad a un visado de turista para entrar en el país. A pesar de todo lo anterior, los conflictos internacionales fueron cuantiosos y existen numerables supuestos de personas que han terminado en tribunales para poder conseguir la inscripción de estos niños. El problema central se produjo cuando las parejas o personas que acudían a India provenían de países donde no se permite la gestación por sustitución. India no posee "*ius soli*" por lo que los niños allí nacidos no adquieren la nacionalidad del país por razón de lugar de nacimiento. Esto significa que debían obtener pasaporte de la nacionalidad correspondiente a la de sus padres ("*ius sanguini*"), ante el Consulado correspondiente. Aquí surgían los conflictos. En el Consulado no emitían los pasaportes cuando por la homosexualidad de los comitentes, o la avanzada edad de la madre, se presuponía que había mediado un contrato de gestación por sustitución, no permitido en el país de origen. Ante la negativa de expedición de pasaporte los niños quedaban atrapados en el país.

Además de lo anterior, esta situación varió sustancialmente el día 9 de julio de 2012, cuando las autoridades indias reformaron la normativa relativa a la gestación por sustitución. El Ministerio del Interior ordenó a todas las embajadas la necesidad de expedir visados "médicos" especiales a las parejas que acudían al país con el fin de realizar un acuerdo de gestación por sustitución. Además de lo anterior, se les exigía aportar un certificado de matrimonio que demostrara una duración del mismo por tiempo superior a dos años. Un año después, en junio de 2013, se añadió como requisito la necesidad de estar en posesión de una documento expedido por la embajada de su país de origen en el que conste que dicho estado reconoce la gestación por sustitución y, por tanto, se permitirá a la pareja su regreso a casa, en compañía de los niños (en calidad de hijos biológicos).

Este cambio de criterio normativo supuso que muchos matrimonios extranjeros que, en el momento de producirse la reforma, ya se encontraban en India, tuvieran importantes dificultades a la hora de poder volver a su país de origen en compañía de sus hijos recién nacidos. Así le ocurrió a muchas parejas españolas que habían acudido

en esas fechas a India a recoger a sus bebés[1005]. Como consecuencia de lo anterior, el número de extranjeros que viajan a India con este fin ha descendido enormemente puesto que muchos de los comitentes no cumplen los requisitos exigidos en la regulación.

b) <u>RUSIA</u>

En este país la gestación por sustitución está ampliamente permitida. Se encuentra regulada en tres leyes federales:

1) El Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995, en sus artículos 51 y 52 recoge, por un lado, las normas relativas a la inscripción de la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución, y por otro, la impugnación de la paternidad y la maternidad relativa a estos niños.

2) La Ley Federal de la Salud (323-FZ) de 2011. Esta Ley define la figura como "*la gestación y el dar a luz a un niño (incluyendo el nacimiento prematuro) en virtud de un contrato celebrado entre la gestante (una mujer que gesta un feto luego de la transferencia de un embrión de donante) y los padres potenciales, cuyo material genético fue utilizado para la fecundación, o una mujer sola, para quien es imposible gestar y dar a luz a un niño por razones médicas*"[1006].

3) La Ley Federal sobre los Actos de Registro del Estado Civil, de 1997.

Además de las anteriores existe una Orden Ministerial (Nº 67), emitida por el Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia, sobre *Aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el Tratamiento de la Infertilidad Femenina y Masculina*, de 26 de febrero de 2003. Esta es la disposición que regula la parte médica de la gestación por sustitución.

[1005] Así le ocurrió a una pareja de españoles (asturianos) que contrataron en India a una mujer con la intención de que gestara a su hijo. Fruto de lo anterior, nacieron dos mellizos, en fecha 1 de julio de 2013 en Bombay. En ese momento, al haberse producido el cambio normativo en India, se les exigía como requisito de validez la acreditación de que la gestación por sustitución era legal en el país de origen de los comitentes. Evidentemente, en este caso, desde Madrid no pudieron decir otra cosa más que la técnica en España no está permitida. Esto supuso que la pareja y sus hijos recién nacidos quedaran atrapados en India sin posibilidad de sacar a los niños del país. Finalmente, después de muchas negociaciones, se permitió sacar a los niños en virtud de la recomendación en la que se otorgaba la defensa de la suprema protección de esos menores**.** http://www.lne.es/asturias/2013/08/25/atrapada-india-bebes/1460083.html.

[1006]Esta Ley de 2011 derogó la Ley para la Protección de la Salud de los Ciudadanos núm. 5487, de 1993 que definía la gestación por sustitución como "(…) *la gestación de un niño genéticamente ajeno a la gestante para una pareja conyugal*". En el mismo sentido definían la gestación por sustitución el artículo 51.4.2 del Código de Familia, y el artículo 16.5 de la Ley Federal sobre Actos del Registro del Estado Civil de 1997.

En este país se exigen los siguientes requisitos:

a.- Únicamente se admite la subrogación gestacional por lo que la gestante no podrá ser aportante de óvulos.

b.- Rusia permite la gestación por sustitución de tipo comercial. Los pagos derivados de la celebración de este contrato no están regulados por ningún organismo. Los servicios de una gestante suelen ser remunerados en una cantidad que oscila entre 15.000 y 20.000 dólares[1007].

c.- La gestante debe participar en un programa de gestantes sustitutas.

e.- La gestante debe tener entre 20 y 35 años.

f.- Debe tener al menos un hijo sano.

g.- Debe gozar de buena salud tanto física como psíquica.

h.- Si la mujer gestante está casada su esposo deberá prestar su consentimiento por escrito.

i.- El acuerdo de gestación no puede llevar clausulas impeditivas que prohíban a la mujer gestante interrumpir el embarazo de conformidad con la legislación rusa. El artículo 56 de la Ley Federal de Salud de 2011, otorga el derecho a toda mujer de decidir con libertad todas las cuestiones relacionadas con su maternidad.

j.- Se permite acceder a la gestación por sustitución tanto a parejas casadas[1008] como no casadas, y a mujeres solas. El artículo 55 de la Ley Federal de la Salud de 2011 establece que pueden tener acceso a las técnicas de reproducción asistida un "*hombre y una mujer, casada y no casada*". Esto excluye del ámbito de aplicación a los varones solos.

Por lo que respecta a la filiación de los niños, el artículo 51.4 del Código de Familia establece que "*Los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo geste, podrán ser inscritos como los padres del niño sólo con el consentimiento de la mujer que lo*

[1007] Lamm, E: "*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", ob. cit., pág. 174.

[1008] En la legislación anterior a la ley de 2011 (1993) al hablar de "pareja conyugal" debía tratarse de un matrimonio. Independientemente de esta restricción hay que decir que los casos que han terminado en los tribunales optaron por permitir el acceso al registro civil de los niños nacidos bajo gestación por sustitución a favor de parejas no casadas o personas solas. Véase sentencia RF de la Corte Suprema de Rusia Núm. 78.008-1314, de 8 de septiembre de 2008.

haya parido". Esto significa que únicamente después de que la gestante otorgue su consentimiento se podrá determinar la filiación del niño a favor de los padres intencionales.

El anterior precepto presupone la posibilidad de que la gestante pueda arrepentirse, no prestar su consentimiento, y por tanto pueda quedarse con el niño. En este caso la gestante será registrada como madre legal para lo que deberá presentar, como cualquier madre natural, un documento identificativo y un certificado médico en el que se acredite que ella fue la mujer que dio a luz a ese niño. En este caso, en el supuesto de que gestante estuviera casada y su marido hubiera prestado su consentimiento a la gestación, será determinado como padre legal por razón de matrimonio.

En el caso de que gestante otorgue su consentimiento, los comitentes serán registrados como padres legales. La anotación se realizará como cualquier inscripción de hijo natural, con la única excepción, exigida en el artículo 16 de la Ley Federal sobre Actos de Registro del Estado Civil, de que los comitentes, además de presentar la documentación ordinaria, deben aportar un nota oficial de la clínica médica donde se llevó a cabo la gestación, que confirme que la gestante prestó su consentimiento para registrar al niño a nombre de los comitentes.

c) <u>UCRANIA</u>

En Ucrania la gestación por sustitución está admitida de una manera amplia. El artículo 281 del Código Civil, incluido en el llamado "derecho a la vida", recoge que "*Una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de las técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas, en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley*".

El Ministerio de Salud, a través de la Orden número 771, de 23 de diciembre de 2009, aprobó la Instrucción sobre Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida en la que se admite expresamente la gestación por sustitución.

El artículo 123.2 del Código de Familia de Ucrania establece que "*Si un embrión concebido por los cónyuges (un hombre y una mujer)*[1009] *por medio de técnicas de*

[1009] A partir de la entrada en vigor de la Ley núm. 3760-VI de 20 de septiembre 2011 quedó privada de interpretación alguna que en Ucrania únicamente se permite acceder a la gestación por sustitución a matrimonios heterosexuales. El artículo 123.2 del Código de Familia de Ucrania fue modificado en el único sentido de añadir inmediatamente después de la palabra "cónyuges" el paréntesis que recoge

reproducción asistida se ha transferido al cuerpo de otra mujer, los padres del niño será el matrimonio". Esto significa que los comitentes que aportaron su material genético, serán los padres legales del niño. De lo anterior deriva que la gestación por sustitución está fuera del alcance de parejas no casadas o de personas solas. De igual forma, al no estar permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, sólo los matrimonios heterosexuales pueden acceder a la gestación por sustitución en Ucrania.

Del citado artículo 123.2 también se desprende que para que los comitentes puedan ser inscritos como padres legales en el Registro, es necesario que, al menos uno de ellos, sea aportante del material genético utilizado para la fecundación. A efectos de inscripción de la filiación en el Registro Civil, el Reglamento del Registro Civil de Ucrania (Sección I) de 18 de octubre de 2000, se requiere a los padres presentar un certificado que demuestre que hay aportación de material genética.

A mayor abundancia debemos decir que, a efectos de filiación, el artículo 139 del Código de Familia priva a la mujer gestante del derecho a reclamar la maternidad cuando el niño haya nacido por gestación por sustitución. Independientemente de lo anterior, hay que poner de manifiesto que el Reglamento del Registro Civil de Ucrania (Sección I) de 18 de octubre de 2000 requiere que la gestante otorgue su consentimiento ante notario como requisito para que los comitentes puedan ser registrados como padres legales del niño. Esta contradicción supone que, ante el caso de que la gestante se niegue a dar su consentimiento, los comitentes estarán obligados a acudir a los tribunales con el fin de que se ordene al Registro inscribir a los padres como tales[1010].

Otros requisitos exigidos son:

a.- Los comitentes tendrán que ser incapaces de concebir o llevar un embarazo y parto a término de forma natural. De la Instrucción de 2009 se extrae que habrá que acreditar la infertilidad de los cónyuges o un alto riesgo para la salud de la mujer o del niño.

b.- No se permite la gestación por sustitución de tipo tradicional, por lo que la gestante no podrá ser la aportante de su propio óvulo.

---

literalmente "hombre y mujer". De esta manera se evitaba la posible interpretación de este artículo en el sentido de poder dar cabida a matrimonios homosexuales procedentes de territorios en los que este matrimonio está permitido.

[1010] Lamm, E: "*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", ob. cit., pág. 175.

c.- La gestante debe ser una mujer adulta y gozar de buena salud física y psíquica.

d.- La gestante debe haber tenido con anterioridad un hijo propio y sano.

e.- Como ya indicamos, se exige que la gestante preste su consentimiento ante notario de forma escrita.

f.- Se permite la gestación por sustitución comercial. Aunque las normas no se pronuncian al respecto, en el artículo 627 del Código Civil se da la libertad contractual como base de la legislación civil. Al no estar prohibida en su legislación la figura de la gestación por sustitución, en base a lo anterior, se entiende la contraprestación económica pactada, como plenamente legal.

Hay que hacer referencia a que en algunos países[1011] del entorno de Ucrania también está permitida la gestación por sustitución:

- **KAZAJISTAN, BIELORRUSIA, ARMENIA o GEORGIA**:

En el caso de Kazajistán, se permite la realización de estos contratos, entregándose la correspondiente sentencia judicial, necesaria para el exequátur. En Georgia, existe regulación legal y se establecen precios cerrados en contraprestación a la gestación. En este caso, la filiación se otorga al padre y con posterioridad, pero a través de un trámite relativamente sencillo, la madre lo adopta. El inconveniente de celebrar un contrato en Georgia descansa en que no existe representación diplomática por lo que es más cómodo y garantista acudir a Ucrania.

En el caso de Bielorrusia y Armenia, estos contratos únicamente están permitidos para personas residentes en el país.

d) MÉXICO: SINALOA

A través del Decreto número 742 del Congreso de Estado, de 6 de febrero de 2013, se acordó la expedición del Código Familiar del Estado de Sinaloa en el que, de forma expresa, se admite la gestación por sustitución, tanto altruista como comercial.

El artículo 283 del Código recoge que "*La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o*

[1011] Subrogalia. Gestación Subrogada. http://www. subrogalia.com/es/países-programas-paises-php. Consultada el 2 de octubre de 2015.

contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento".

- El artículo 284 del mismo cuerpo legal señala lo siguiente:

1) Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante: (gestación por sustitución tradicional).

2) Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestante es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante: (gestación por sustitución gestacional).

3) Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación: (gestación por sustitución comercial).

4) Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita: (gestación por sustitución altruista).

* El artículo 285 del Código de Familia regula los requisitos que ha de tener la mujer gestante:

a.- La gestante debe tener entre 25 y 35 años.

b.- Debe tener al menos un hijo consanguíneo sano.

c.- La gestante debe gozar de buena salud psicosomática.

d.- La gestante debe prestar un consentimiento voluntario para actuar como tal.

e.- Se excluye como gestantes a mujeres que padezcan alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía.

f.- El personal de trabajo social del hospital donde se trate comprobará su situación a través de visitas domiciliarias en las que se comprobará que su entorno familiar es estable, libre de violencia, y que su condición económica y social es favorable para un adecuado desarrollo.

g.- La gestante deberá acreditar a través de dictamen médico que no estuvo embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la mórula.

h.- De igual forma la gestante deberá acreditar que no ha participado más de dos veces consecutivas en dicho procedimiento.

* El artículo 283 señala los requisitos para ser comitente:

a.- Se permite acceder a la gestación por sustitución a parejas heterosexuales,, casadas o no casadas, y a personas heterosexuales solas.

b.- La comitente debe tener imposibilidad física o contraindicación médica para lleva a cabo la gestación en su propio útero.

* En cuanto a los requisitos que se exigen en el contrato:

a.- La gestación por sustitución deberá realizarse en un contrato celebrado ante notario público quien deberá observar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

b.- En el llamado "*Instrumento para la Maternidad Subrogada*" debe constar:

.- Consentimiento indubitable y expreso, así como la firma (no sirve la firma por representante) de la gestante y los comitentes.

.- Además de los anteriores, deberán firmar también el documento el notario, el director de la clínica o centro de reproducción y, en su caso, el intérprete interviniente.

El artículo 288 establece la nulidad del Instrumento cuando exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas, cuando no se respeten los requisitos y formalidades señaladas anteriormente, o cuando se incluyan en el contrato cláusulas que atenten contra el interés superior del menor, contra la dignidad humana o contravengan el orden social y el interés público.

A su vez, el artículo 295 del Código dispone que el Instrumento para la Maternidad Subrogada carecerá de validez cuando medie error o dolo respecto de la identidad de los comitentes, por parte de la gestante, en cuyo caso quedarán a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados e interponer denuncias penales. Independientemente de lo anterior, el Código civil determina que aunque el contrato devenga nulo a tenor de las circunstancias anteriormente señaladas

no se eximirá de las responsabilidades adquiridas por el contrato ni de las que deriven de su existencia.

El artículo 290 señala que el contrato podrá ser suscrito por personas previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

.- Ser ciudadano mexicano.

.- Poseer capacidad de goce y ejercicio.

.- La comitente deberá acreditar mediante certificado médico expedido por el médico tratante que posee una imposibilidad física o contraindicación médica que le impida llevara a cabo la gestación en su propio útero.

.- Se exige que la gestante otorgue su aceptación para que se lleve a cabo la implantación del embrión, acepte la obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional, y acepte terminar su relación respecto a los padres y el niño, en el momento del nacimiento de éste.

El Código de Familia exige a los profesionales o al personal de salud que realicen prácticas de gestación por sustitución, que informen de forma amplia respecto de las consecuencias médicas y legales de la implantación de los preembriones y embriones en el cuerpo de la gestante. Presidirá el secreto profesional en relación con las personas que intervengan en la implantación del embrión. A su vez, el médico tratante deberá solicitar documentos acreditativos de que las personas que van a intervenir cumplen con los requisitos y formalidades legales y físicos exigidos.

El médico tendrá que realizar a la gestante, con carácter previo a la implantación del embrión, las pruebas necesarias que acrediten el buen estado físico y mental de ésta así como con el fin de descartar que padezca cualquier padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y sano desarrollo del niño durante la gestación.

En cuanto a la filiación, el artículo 293 recoge que "*Una vez que sea suscrito el instrumento, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al oficial del Registro Civil, para que el estado de la persona menor nacida mediante esta práctica sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados*".

Por último, el artículo 294 establece que "*El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido la mujer*

gestante en el nacimiento del menor de edad y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada maternidad subrogada (…)".

e) <u>ESTADOS UNIDOS</u>

En este país, de acuerdo a su sistema legislativo y a su constitución de Estado Federal, el tratamiento de la gestación por sustitución es muy dispar. Podemos dividirlos en 3 grupos:

e.a) <u>Estados que han optado por regular expresamente la figura, bien para permitir, bien para prohibir</u>:

* <u>Entre los Estados que prohíben expresamente la técnica</u> en todas sus formas se encuentran Arizona y el Distrito de Columbia. En Nebraska y Nueva York únicamente prohíben los contratos cuando son comerciales y, por último, el Estado de Michigan no sólo los prohíbe expresamente sino que sanciona penalmente a los que participen o faciliten un contrato de gestación por sustitución.

* <u>Entre los países permisivos hay mucha diversidad de legislaciones dependiendo del lugar</u>:

1) **<u>Texas y Utah</u>**: Se acogieron a la "Uniform Parentage Act (UPA)[1012]" (modificada en 2002):

En sus artículos 801 a 809 se regula la gestación por sustitución de tipo gestacional. Se exige que el acuerdo gestacional deba ser anteriormente aprobado judicialmente una vez que se cumplan los requisitos comprendidos en la Sections 160. 754/ 160.756 del Código de Familia de Texas:

.- Sólo pueden ser comitentes los matrimonios heterosexuales.

.- La comitente debe ser incapaz de concebir o de llevar a cabo un embarazo en su útero.

.- La mujer gestante debe haber tenido con anterioridad al menos un hijo sano.

.- Sólo se permite la maternidad subrogada de tipo gestacional.

[1012] Ley de Paternidad Uniforme LPU, creada por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes para ayudar a las legislaturas en relación con la adopción de leyes en materia de familia.

.- La gestante debe efectuar un acuerdo por escrito con los comitentes en el que renuncia a sus derechos en relación al niño. Este acuerdo debe ser parte de la aprobación judicial requerida. En el caso de que la gestante esté casada, su marido también tendrá que ser parte del acuerdo.

.- Con la expedición de la orden judicial la pareja comitente se convierte legalmente en los padres del niño que nazca y el certificado de nacimiento se expedirá a su nombre.

2) <u>Virginia</u>: Su legislación[1013] permite expresamente los acuerdos de gestación por sustitución siempre que se medie autorización judicial. El juez evaluará la idoneidad de los comitentes para ser padres, así como su situación socio-económica.

- Los requisitos para que pueda emitirse una autorización judicial del acuerdo de gestación por sustitución son:

a.- La gestante tiene que estar casada y su marido debe firmar el contrato de gestación.

b.- La gestante debe haber tenido al menos un hijo propio sano.

c.- En el contrato deben incluirse cláusulas relativas a los gastos médicos y al embarazo.

d.- Todos las partes del contrato deben haberse sometido previamente a pruebas físicas y psicológicas.

f.- Todas las partes han debido ser previamente asesoradas.

g.- La mujer comitente debe padecer una esterilidad o ser incapaz de gestar un hijo por sí misma sin riesgo para su salud física o mental, o la del niño.

h.- Al menos uno de los comitentes debe ser aportante de material genético.

i.- Se permite la gestación por sustitución de tipo tradicional, pudiendo en este caso ser la mujer gestante madre genética.

Una vez obtenida la autorización judicial relativa al contrato, los comitentes serán considerados como padres legales del niño que vaya a nacer. Hay que destacar que, a pesar de obtenerse la autorización, la mujer gestante, en el caso de ser además la madre

[1013] VA. CODE. ANN $ 20-158 D- $ 20-161(b). (2004)

genética por haber aportado su óvulo, (gestación tradicional) podrá optar por desistir del contrato durante los ciento ochenta días siguientes al embarazo.

- En el Estado de Virginia, además de lo anterior, se permite celebrar el contrato de gestación por sustitución sin haberse obtenido citada autorización judicial. En estos casos las consecuencias y efectos tienen un distinto tratamiento legal:

    1) Las cláusulas que contengan esos contratos tendrán que ser susceptibles de modificación con el objeto de poder concordarlas con los requisitos legales exigidos.

    2) Si la mujer gestante es al tiempo madre genética será determinada como madre legal.

    3) Si la comitente es la madre genética será ella a quien se determine como madre legal.

    4) Si ninguno de los dos comitentes es aportante de material genético, el comitente será determinado como padre legal con la salvedad de que, si la gestante está casada y decide ejercer su derecho a quedarse con el niño, si su marido fue parte en el contrato, estos serán los padres legales del niño.

    5) La pareja comitente, teniendo en cuenta los efectos anteriormente expuesto, podrá convertirse en padres legales del niño a través de la vía de la adopción.

3) **Florida:** Permite la gestación por sustitución y en su regulación[1014] se exige la necesidad de obtener una orden judicial de paternidad. De igual forma, prevé una serie de condiciones exigibles:

a.- Los comitentes deben ser matrimonio y ambos mayores de dieciocho años.

b.- La comitente debe ser físicamente incapaz de llevar un embarazo a término o no hacerlo sin riesgo para su salud física o para la salud del niño. Este requisito tendrá que ser avalado por un médico.

c.- La mujer gestante debe ser mayor de dieciocho años.

d.- La gestante debe comprometerse a renunciar a sus derechos parentales una vez nacido el niño.

[1014] FLA. STAT. 742.15/ 742.16 (2008)

f.- Los comitentes deben comprometerse a asumir las responsabilidades y derechos parentales del niño inmediatamente después de nacido. Esta asunción de derecho y responsabilidades se exige independientemente de que el niño pueda venir con cualquier tipo de incapacidad o problema de salud.

g.- La gestante deberá comprometerse a asumir los derechos y responsabilidades parentales del niño, en el caso de determinarse que ninguno de los comitentes es el padre genético.

h.- Dentro de los tres días siguientes al nacimiento del niño, los comitentes tendrán que instar una declaración judicial de paternidad.

4) **New Hampshire:** En este Estado la legislación[1015] correspondiente exige lo siguiente:

***** Sólo se podrá ejecutar un contrato de gestación por sustitución habiéndose obtenido previamente una autorización judicial. Para obtener dicha autorización es necesario: La pareja comitente debe formar matrimonio y ser ambos mayores de veintiún años. .

a.- La mujer gestante, y su marido en el caso de estar casada, también deben contar con veintiún años de edad.

b.- La gestante debe tener al menos un hijo vivo.

c.- La comitente debe ser incapaz de dar a luz a un niño.

d.- Uno de los comitentes debe ser aportante de material genético.

e.- Se permite la gestación de tipo tradicional puesto que, tanto la comitente como la gestante pueden ser las aportantes del óvulo a fecundar.

f.- Todas las partes deben manifestar su consentimiento previamente informado y haber sido asesorados y evaluadas.

g.- El contrato debe reunir todos los requisitos legales, no tener ninguna cláusula prohibida y ser favorable al interés del menor.

Independientemente de lo anterior, la mujer gestante tendrá un plazo de arrepentimiento de setenta y dos horas desde el momento del nacimiento del bebé. En el caso de que en dicho plazo no ejercite este derecho caducará automáticamente.

[1015] N.H. REV. STAT. ANN. $ 168-B (17, 18, 23, 25). (2008)

En cuanto a la posible permisividad de una gestación de tipo comercial, en este Estado, al igual que otros (como veremos más adelante), se está contemplando de forma jurisprudencial.

5) **Illinois:** Sin duda alguna este Estado posee una de las legislaciones[1016] más amplias en materia de gestación por sustitución.

A través de su legislación se trataron de implantar procedimientos y normas garantistas con los derechos de todas las partes intervinientes en el contrato, así como el estatus del niño nacido a través de eta técnica.

- Los requisitos y condiciones exigidos son los siguientes:

a.- Se permite acceder a la gestación por sustitución tanto a parejas casadas, como no casadas, como a personas solas.

b.- No se permite la gestación de tipo tradicional por lo que la gestante no podrá ser aportante del óvulo utilizado para la fecundación.

c.- Al menos uno de los comitentes debe ser aportante de material genético.

d.- Los comitentes o comitente debe tener necesidad de recurrir a la gestación por sustitución acorde a la declaración jurada de un médico especialista.

e.- El comitente o comitentes deben pasar por un examen de salud mental y haber efectuado asesoramiento legal.

f.- La gestante debe tener al menos veintiún años y haber tenido previamente, al menos, un hijo.

g.- La gestante habrá de completar una evaluación física y mental, haber efectuado asesoramiento legal y contar con un seguro médico en vigor hasta ocho semanas después del parto, que cubra los gastos médicos y de hospitalización.

h.- En Illinois se permite expresamente la gestación por sustitución de tipo comercial al establecerse que se podrá entregar a la gestante no sólo los gastos razonables sino una retribución razonable.

[1016] 750 ILL. COMP. STAT. $ 47/5- 47/20(a)- 47/20(b)- 47/25(c). (2008).

* Conforme a ese acuerdo el comitente o comitentes será padres legales del niño inmediatamente después de su nacimiento:

1) En el contrato, la gestante, y su marido de estar casada, se comprometen a entregar al niño al comitente o comitentes inmediatamente después del parto.
2) De igual forma, el comitente o comitentes se comprometen en el contrato a acepta al niño y asumir sus derechos y obligaciones desde el momento del nacimiento.
3) Antes del nacimiento los abogados de ambas partes verificarán el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la Ley.
4) La filiación a favor de los padres intencionales se establecerá automáticamente sin necesidad de intervención judicial.
5) Para el caso de que no cumplan alguno de los requisitos legales exigidos en un contrato de gestación por sustitución, los tribunales están facultados para determinar la custodia legal del niño con fundamento en la "intención de las partes intervinientes".

e.b) Estados en los que no existe regulación expresa y no cuentan con jurisprudencia puesto que sus tribunales no se han pronunciado al respecto:

Entre estos Estados norteamericanos encontramos Alaska, Alabama, Colorado, Delaware, Idaho, Georgia, Kansas, Kentucky, Minnesota, Maine, Montana, Mississippi, Missouri, Oregón, Oklahoma, Rhode Island, South Dakota, Vermont, Wisconsin y Wyoming.

A pesar de no tener regulación ni jurisprudencia aplicable, hay que decir que en alguno de ellos se están ejecutando contratos de gestación por sustitución al existir una clara tendencia de los tribunales de aplicar la filiación de acuerdo a la intención y voluntad de las partes[1017]. Todo ello deriva del criterio preferencial del interés superior del menor.

[1017] Lamm, E: "*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", ob. cit., pág. 192.

e.c) <u>Estados que no tienen legislación sobre la gestación por sustitución pero sus tribunales, a través de sus fallos judiciales, han ido creando precedentes de aplicación al respecto</u>:

Dentro de estos Estados[1018] encontramos Carolina del Sur, Pensilvania, Massachusetts y California.

De todos ellos, vamos a detenernos en el que consideramos el Estado más garantista en materia de gestación por sustitución, a nivel mundial:

1) <u>California</u>:

Como ya se ha indicado, a pesar de que en este Estado la gestación por sustitución no goza de una regulación legal específica, a través de los fallos judiciales emitidos por sus tribunales se han ido estableciendo normas relativas a la ejecución de acuerdos de maternidad subrogada. De igual forma, a través de la jurisprudencia, se ha creado la normativa aplicable a los requisitos exigidos para determinar la filiación de los niños nacidos a través de esta técnica reproductiva.

En California la gestación por sustitución es una técnica reproductiva plenamente consolidada. Lo cierto es que celebrar un acuerdo de gestación en este estado puede llegar a costar un mínimo 100.000 dólares. De esta cantidad, la madre contratada cobra unos 25.000 dólares, la donante que aporta el óvulo entre 4.000 y 10.000 dólares, y la agencia especializada, médicos y abogados reciben el diferencial. Es por ello que, a pesar de las amplias garantías de protección de los derechos de los intervinientes en el contrato, muchos ciudadanos norteamericanas tienen que salir de Estados Unidos para realizar la técnica en países más económicos. Como decimos, el arraigo de la práctica es una realidad absolutamente normalizada. Es más, podemos considerar que la historia de las madres de alquiler arranca precisamente allí, cuando en el año 1975 un periódico local publicó un anuncio en el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, a petición de una pareja estéril que estaba dispuesta a ofrecer remuneración a cambio[1019].

La seguridad jurídica que proporciona optar por la gestación por sustitución en este Estado, descansa en el hecho de que se concede a todos los intervinientes una

[1018] Lamm, E: "*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", ob. cit., pág. 190.
[1019] Vidal Martínez, J.: "*Las nuevas formas de reproducción humana*", Editorial Civitas, Madrid, 1988, pág. 180.

absoluta garantía. Desde el momento en que la Dirección Registral Californiana otorga, además de la constatación registral del nacimiento de los niños, la filiación a favor de los padres intencionales, la tranquilidad de las partes está prácticamente asegurada. Lo anterior se concede sin impedimento alguno el hecho de que los comitentes sean parejas homosexuales o heterosexuales, personas en solitario o que se trate de padres genéticos o no. De esta forma, el artículo 7690 del Código de Familia establece que el comitente puede ser "*un individuo, casado o no, que manifiesta su intención de estar unido legalmente como "parent" del niño nacido como consecuencia de reproducción asistida*".

Hay que indicar que en California ese reconocimiento de la filiación a favor de los comitentes no se produce de forma automática. Es preciso que, tras la celebración del contrato, la parte interesada cumpla con los trámites exigidos en la Sección 7630 (f) del Código de Familia Californiano. Se debe instar el correspondiente procedimiento judicial con el fin de que la filiación de los comitentes sea determinada en base a la "*intention*", es decir, a la voluntad de las partes.

Este procedimiento judicial está previsto como cauce para determinar esa deseada filiación. La correspondiente sentencia[1020] es la que declara la filiación a favor del comitente o comitentes. De igual forma, el procedimiento está dirigido a extinguir la filiación del niño respecto a la gestante, y de su marido en el caso de estar casada. Como en la mayoría de los ordenamientos, en California también está presente el principio de presunción de paternidad del marido respecto de los hijos de su esposa[1021].

El procedimiento judicial debe iniciarse durante el embarazo (generalmente durante el segundo trimestre de gestación). El órgano judicial competente resolverá en unidad de acto, sin necesidad de valorar en otro acto anterior la idoneidad de los comitentes. El objeto de este proceso es obtener una sentencia en la que se ordene al hospital donde vaya a tener lugar el alumbramiento que, inmediatamente después del parto, refleje los nombres del comitente o comitentes en la partida de nacimiento del hijo nacido. Esta forma permite otorgar la filiación al nacido desde este mismo momento, sin tener que recurrir a procedimientos de adopción posteriores.

Una vez obtenido el certificado de nacimiento, los comitentes deben inscribirlo dentro de los diez días siguientes al alumbramiento, junto con la sentencia judicial. Esta

[1020] Pre-birth judgement (Section.7633 California Family Code).
[1021] Sectión. 7611 California Family Code.

inscripción se realiza en la Oficina Estatal de los Registros Vitales[1022]. En el caso de que no se aporte la sentencia judicial en virtud de la cual se transfiere la filiación a los comitentes, la madre gestante será inscrita como madre legal y, en consecuencia, si está casada, el padre legalmente determinado será su esposo.

Como hemos indicado, los comitentes pueden ser tanto un hombre sólo, como una pareja o matrimonio homosexual. En este último caso, la sentencia ordenará que conste el nombre de los dos varones como padres del niño; uno en la casilla destinada al "padre" y el otro en la destinada a la "madre" o, simplemente inscribir el término neutro "parent" delante de cada uno de los nombres.

De esta forma, el comitente o comitentes, una vez nacido el niño, simplemente deben inscribir el certificado de nacimiento donde ya constan como padres, junto con la sentencia que les otorga la filiación. Este hecho permite que muchas parejas extranjeras, residentes en países no permisivos, como es el caso de España, acudan a California dada la aparente facilidad de la inscripción de los niños como propios en el Registro Civil de su país. En el caso de parejas heterosexuales se trata únicamente de la convalidación[1023] de un certificado de nacimiento en país extranjero. Así se viene produciendo desde hace muchos años sin que hayan surgido problemas. Como es evidente, el registrador español no tiene datos que le hagan sospechar que el nacimiento se ha producido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. El problema surge, como veremos más adelante, cuando la pareja es homosexual. En estos casos, el registrador o cónsul español se encuentran con un certificado de nacimiento en el constan como padres dos hombres. El hecho de que en España la doble paternidad únicamente pueda determinarse a través de la adopción, y que la gestación por sustitución esté expresamente prohibida por el artículo 10 LTRHA, hacen que la simple transcripción en estos casos no sea posible. En consecuencia, esto ha generado en la práctica judicial considerables conflictos jurídicos.

Independientemente de todo lo anterior, debemos poner de manifiesto que en Estados Unidos, en los Estados en los que no existe ni regulación legal ni jurisprudencia, e incluso en los que expresamente prohíben la gestación por sustitución, se están ejecutando contratos con éxito al contar cada día de forma más constatada con el visto bueno de los tribunales competentes ante casos en se demuestra el claro acuerdo

[1022] The California Office of Vital Records.
[1023] Artículo 23 de la Ley del Registro Civil 1957.

de voluntad de las partes intervinientes. Incluso en Estados que prohíben y criminalizan la gestación comercial, ante supuestos en los que se ha dado concurrencia de precio, se están desplegando los efectos deseados por las partes. Todo ello deriva del criterio preferencial de aplicación del interés superior del menor.

7.4) Países que no tienen regulación respecto a la gestación por sustitución

A nivel mundial existen países en los que la gestación por sustitución no posee regulación alguna; ni permisiva no prohibitiva. Esto acarrea la existencia de graves conflictos y la concurrencia de serios y delicados problemas. El hecho de que no exista regulación prohibitiva hace que este tipo de contratos se realicen en la práctica con la gravedad de no poder aplicarles consecuencias. Así ocurre en países como Argentina o Tailandia.

a) TAILANDIA

Tailandia, hasta no hace mucho, ha sido considerado por los ciudadanos extranjeros como uno de los destinos más comunes para suscribir un contrato de gestación por sustitución. Su falta de exigencias y su reducido coste, en comparación con otros países, ha sido la clave para que tanto parejas como personas en solitario tomaran la decisión de optar por este país.

La falta de regulación significa que no existen garantías aplicables a las partes contratantes. Esto se traduce en que, por un lado, en el caso de que la mujer gestante decidiera quedarse con el niño nada podría impedirlo (aplica el principio de que la mujer que pare es la madre legal). De igual forma, ante este supuesto, nada podría exigírsele a la gestante, ni siquiera que tuviera que devolver alguna cantidad económica recibida previamente por parte del comitente o comitentes. La misma consecuencia se produce en el caso de que los comitentes finalmente decidieran no quedarse con el niño. Nada les obligaría a tener que hacerlo. Esto significa que si el niño viene con algún problema de salud, los comitentes pueden libremente optar por dejarlo con la gestante. Esta mujer debería entonces asumir la maternidad de un niño que no deseó, y con el que probablemente no comparte genética alguna.

Así ocurrió recientemente con el sonado caso "Gammy"[1024] el cual trajo una enorme repercusión mediática y política a nivel mundial. Un matrimonio australiano

[1024] http://www. Huffingtonpost.es/1014/08/11/pareja-australiana-gammy-n-5667132.html. Consultado 14 de agosto de 2014.

(Wendy y David Farnell), celebró en Tailandia un contrato de gestación por sustitución con una mujer tailandesa (Pattaramon Chabua). Durante el periodo de gestación se comprobó que esperaba mellizos y que uno de los niños venía con síndrome de down. La pareja comitente solicitó a la gestante que abortara parcialmente respecto de ese niño. La mujer gestante, de religión budista, se negó en base a dos fundamentos; sus creencias religiosas y la persecución delictiva del aborto en Tailandia. Tras el nacimiento de los mellizos, los comitentes únicamente recogieron a la niña sana dejando a la gestante con Gammy. El pequeño además de padecer citado síndrome nació con una complicada cardiopatía que requería una costosa operación. Por razones evidentes, la gestante no la podía costear. El caso causó una gran alarma social que provocó que se abriera una cuenta bancaria donde, tras su difusión en redes sociales, la gente hizo sus aportaciones económicas para poder costear la intervención del pequeño. El Primer Ministro australiano tuvo que pronunciarse al respecto denunciando la inmoralidad del matrimonio australiano[1025].

Al día siguiente de conocerse esta noticia, se publicó que un ciudadano japonés, Mitsutoki Shigeta, era padre de 15 hijos nacidos en Tailandia a través de acuerdos de gestación por sustitución[1026].

Estos casos provocaron que, en fecha 20 de febrero de 2015, el Gobierno Tailandés decidiera cerrar sus puertas a los extranjeros que querían celebrar acuerdos de gestación por sustitución en sus fronteras. Se quiso proteger a sus mujeres de los abusos que la falta de regulación sobre esta práctica estaba generando en el país. Desde entonces se acordó que los acuerdos de gestación únicamente están permitidos para parejas heterosexuales en la que al menos uno de sus miembros sea de nacionalidad tailandesa. Al tiempo, se exige que la mujer gestante tenga una relación de parentesco con alguno de ellos.

Este cambio de legislación ha provocado un sinfín de problemas en supuestos en que la gestación había sido acordada antes del cambio de legislación pero los

[1025] Tonny Abbot, Primer Ministro Australiano, calificó la historia de "muy triste" e hizo una llamada a la necesidad de solucionar los problemas que puede generar la situación internacional de la gestación por sustitución. En enero de 2015 se conoció que el matrimonio australiano tenía intención de reclamar a Gammy. Manifestaron que nunca quisieron que el niño quedara con la gestante. A su vez, la gestante ha solicitado la residencia australiana para ella y para Gammy con el objeto de darle un hogar mejor, teniendo la intención de reclamar a la niña que actualmente está con los comitentes. http:// www.elmundo.es/internacional/2014/08/11/53e8555f22601d1f7a8b456c.html. Consultado el 15 de mayo de 2015.

[1026] http://shangay.com/la-historia-de-la-pareja-gay-atrapada-en-tailandia. Consultado el 15 de mayo de 2015.

nacimientos de los niños han tenido lugar con posterioridad. Es el caso de un matrimonio homosexual residente en Valencia, formado por un ciudadano español y su marido de nacionalidad estadounidense[1027]. En enero de 2015 nació su hija a través de esta técnica reproductiva. La mujer gestante al conocer su orientación sexual se negó a firmar los documentos necesarios para la transmisión de la filiación. A pesar de que el nacimiento se produjo antes del cambio legislativo (con entrada en vigor el día 30 de julio de 2015), han permanecido más de seis meses en Tailandia sin solución al respecto. Lo mismo le ha sucedido a varias parejas australianas en relación con el cambio de legislación[1028].

En Tailandia, las sanciones por quebrantar estas disposiciones pueden ir hasta multas de 5000 euros y hasta diez años de prisión[1029].

b) <u>ARGENTINA</u>

En Argentina tampoco hay regulación relativa a la gestación por sustitución. A pesar de ser un país en el que las prácticas de reproducción asistida están a la orden del día, tampoco cuenta con una regulación expresa en la materia. El 25 de junio de 2013, se publicó la Ley 26862/2013[1030] relativa a la cobertura médica de seguridad social[1031] de técnicas de reproducción asistida. Esta Ley es de carácter amplio y da protección a todas las familias. En realidad, en esta disposición no se menta la gestación por sustitución como técnica concreta de reproducción asistida, pero tampoco se excluye expresamente. Esta Ley de cobertura incluye técnicas de reproducción asistida de alta y baja complejidad, tanto de tipo homólogo como heterólogo. No se exige la necesaria acreditación de una esterilidad por lo que quedan incluido el acceso para personas solas o parejas homosexuales. Por contra, no hace mención alguna regulación relativa a la filiación, que es en realidad el problema más evidente que presenta la gestación por sustitución.

[1027] http://shangay.com/la-historia-de-la-pareja-gay-atrapada-en-tailandia. Consultado el 15 de mayo de 2015.

[1028]http://www.antena3.com/noticias/mundo/ocho-parejas-atrapadas-tailandia-escandalo-vientres-alquiler_2014082100038.html

[1029]http://www.vientredealquilerespaña.es/Tailandia-prohibe-la-gestación-por-sustitución-a-los-extranjeros/html. Consultado el 16 de mayo de 2015.

[1030] Reglamentada a través del Decreto 956/2013 (Boletín Oficial Argentino de 19 de julio de 2013).

[1031] Herrera, M, Lamm, E: "*Cobertura médica de las técnicas de Reproducción Asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia*". La Ley, Argentina, 2013, Año XXVII, núm. 140, pág. 3.

Independientemente de que no exista regulación específica al respecto, existen numerosos casos jurisprudenciales a los que los Tribunales Argentinos han tenido que enfrentarse. Mediando un contrato de gestación por sustitución realizado por argentinos, lo más común es que inicialmente se determine la maternidad a favor de la gestante (rige el principio de que madre legal es la que pare). Dicho esto, una de las vías más utilizadas en la práctica consiste en que la madre comitente, que aporto su material genético, impugne la maternidad de la gestante por no ser ésta la madre genética. El primer supuesto de esta índole se produjo en el año 2010, a través de una sentencia[1032], de fecha de 14 de abril, dictada por la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú (Entre Ríos).En Primera Instancia, el Juez dictó la falta de legitimación activa de la actora para plantear la impugnación de la maternidad de la gestante, entendiendo que esta acción sólo es procedente en la cuestión relativa a la identidad del niño (artículo 262 CC Argentino). En segunda instancia, la Cámara revocó esta decisión interpretando que en el artículo 261 del CC, relativo a la impugnación de la maternidad, prima el vínculo biológico de la filiación. De esta forma, interpretando en conexión el artículo 261 con el 262 CC, se obtiene la existencia de legitimación para impugnar la maternidad a todo tercero que tenga un interés legítimo. En virtud de lo anterior, la Cámara encomendó de nuevo al Juez de Primera Instancia que resolviera sobre el fondo del asunto. Tres años después el Órgano Judicial seguía sin resolver el asunto relativo a la filiación del niño. Mientras tanto, el niño permanecía viviendo con la comitente desde su nacimiento.

Otras de las vías que se han seguido en Argentina para que, a través de fallo judicial, se determine la filiación de hijo nacido de gestación por sustitución consiste en que, una vez nacido el niño, y constando este como hijo de la gestante en el certificado médico de nacimiento, este no se inscribe en el Registro Civil. De esta forma se deja temporalmente al niño sin partida de nacimiento y, por ende, sin identidad oficial. Ante esta situación, los comitentes interponen judicialmente la acción por la que solicitan la inscripción a su favor, en base a un certificado en el que se refleja la paternidad o maternidad genética del hijo, acreditándolo a través de informe cínico de ADN coincidente entre los comitentes y el niño. Así ocurrió en fecha 18 de junio de 2013[1033]

[1032] Sentencia de 14 de abril de 2010, Cámara de Apelaciones, Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, "B., M.A. c. F.C., C.R." La Ley AR/JUR/75333/2010 (disponible online).

[1033] N.N. s/inscripción de nacimiento. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil núm. 86.18 de junio de 2013. MJ-JU-M- 79552-AR/MJJ 79552/MJJJ 79552. Vid. Kemelmajer de Carlucci, A, Lamm, E, Herrera, M: "*Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla*

cuando el Juez correspondiente ordenó la inscripción del nacimiento de una niña, nacida el 19 de abril de 2012, a favor de los comitentes. En este caso, ambos padres eran a su vez padres genéticos y la gestante se había encargado de gestar a su hijo por amistad con la pareja. El fallo recoge que en Argentina no existe regulación sobre la gestación por sustitución por lo que la técnica no está ni permitida ni prohibida. Por otro lado, se argumentó que existía en ese momento una regulación de la gestación por sustitución en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Argentino de 2012[1034] entendiendo que, a pesar de que todavía no había alcanzado el rango de Ley (la entrada en vigor se produjo el 1 de agosto de 2015), operaba como una pauta a favor de la petición de los comitentes. Del mismo modo la sentencia señaló que recientemente había sido aprobada la Ley 26862 reguladora de los alcances de la reproducción asistida, y de sus avances legislativos.

El anterior procedimiento empleado por los comitentes, a pesar del resultado favorable obtenido, significaba que durante todo el tiempo en que se fue desarrollando el procedimiento judicial, la niña carecía de documentación ni identidad legal.

Hay que destacar que en el referido Proyecto de Reforma del nuevo Código Civil y de Comercio de la República Argentina[1035], se contemplaba una regulación expresa que permitía la gestación por sustitución bajo la concurrencia de una serie de requisitos. Esta situación fue prácticamente una realidad legal, hasta que, en el último momento, como consecuencia de las presiones realizadas por parte de la iglesia católica y las asociaciones feministas contrarias a la figura[1036], hizo que finalmente cayera del

---

de la voluntad procreacional". La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2013, pág. 3; Stilerman, M.N: "*Maternidad subrogada. Comentario al caso N.N o DGMB s/. s/inscripción de nacimiento. 28 de agosto de 2013. Cita online: MJ-JU-M- 79552-AR/ MJJ79552.*

[1034] Proyecto de Reforma para la Unificación de los Códigos Civil y Comercial (marzo 2012). Decreto 191/2011 (B.O. 28 /02/11)

[1035] A los efectos de reflejar el más elevado grado de consenso posible, la Comisión invitó a los principales profesores argentinos, expertos en la materia, a fin de que colaboraran en la redacción del anteproyecto del nuevo CC y mercantil de la República. A tal efecto de crearon 30 subcomisiones, integradas con un número de 3 o 4 juristas cada una. Entre otros, Eleonora Lamm o Aída Kemelmajer de Carlucci, fueron algunas de las juristas invitadas a integrar las subcomisiones de Bioética y familia.

[1036] Como hemos manifestado, Eleonora Lamm fue una de las juristas, expertas en la materia, encargadas de la reforma del Código Argentino en materia de filiación. Declara la autora que la previsión de la gestación por sustitución tuvo que salir en el último momento del proyecto por peticiones de grupos católicos, incluido el Papa Francisco (de nacionalidad argentina), así como los contrarios grupos feministas, como condición de aprobación del código: Lamm, E: Conferencia sobre "*Gestación por sustitución: Realidad y legalidad en España y el mundo*". Departamento de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca. 17 de febrero de 2015. http://gestacionsustituta.es/conferencia-sobre-gestacion-por-sustitución/.

proyecto. Su prevista y malograda regulación estaba prevista en los artículos 560 y siguientes[1037] que expresaban lo siguiente:

"Gestación por sustitución. "El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

a.- Se ha tenido en miras el interés superior del menor del niño que pueda nacer;

b.- La gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;

c.- Al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;

d.- El o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;

e.- La gestante no ha aportado sus gametos;

f.- La gestante no ha recibido retribución;

g.- La gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces;

h.- La gestante ha dado a luz al menos a un hijo propio.

i.- Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

En definitiva, tras omitirse los artículos relativos a la gestación por sustitución en el Código Civil Argentino, la situación en ese país continúa girando en torno a

[1037] Lamm, E: "*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", ob. cit., pág. 115.

sentencias jurisprudenciales dictadas respecto a los asuntos que se van produciendo en Argentina.

8.- <u>Problema generado por la inscripción de niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero</u>:

8.1) <u>El turismo reproductivo y los contratos de gestación por sustitución:</u>

Una vez expuesta la disparidad de legislaciones existentes en torno es este tema, surge la necesidad de analizar las numerosas consecuencias que está ocasionando esta coexistencia normativa. En la actualidad se están dando numerosos conflictos de intereses. Es una práctica habitual, en auge que, personas o parejas procedentes de un estado no permisivo acudan a otro permisivo, con el fin de cumplir ese deseo de ser padres legales de un hijo.

Es el caso de España y la gestación por sustitución. En nuestro país es habitual que ciudadanos españoles deseosos de ser padres opten por acudir a otros lugares para obtener su propósito. Estas personas, generalmente contactan a través de internet o utilizando una agencia o ente mediador, con el fin de encontrar fuera de nuestras fronteras a una mujer dispuesta a gestar a su hijo. Esta mujer será contratada con el objeto de que, tras someterse a técnicas de reproducción asistida, geste y alumbre a la criatura para posteriormente entregársela a todos los efectos. También es importante añadir que en estos casos es usual que la celebración de estos contratos contemple la entrega de una cantidad económica a la mujer gestante, así como a la agencia u organismo mediadora entre las partes.

La situación se complica en el momento en que los padres intencionales ya tienen al niño en sus brazos y llega el momento de regresar a sus países de origen en compañía del niño con el fin de retomar de nuevo a sus vidas. ¿Qué ocurre con esos hijos nacidos en un país extranjero, con ocasión de una técnica de reproducción prohibida en nuestro país? ¿Qué nacionalidad se les da? ¿Podrán ser inscritos en el Registro Civil Español?

Esta cuestión va aparejada de una enorme complicación técnica desde el punto de vista jurídico. No estamos tratando asuntos en los que la causa u objeto pudieran ser de dudosa legalidad. Esto ocurre de forma cotidiana en nuestra vida jurídica y, a tal efecto, se les aplican las distintas consecuencias jurídicas que en respuesta a la supuesta ilicitud expone para cada caso concreto el legislador. Está claro que la sensibilidad y

delicadeza del asunto que estamos tratando debe ser observado sin perder de vista el carácter humano que lleva implícito. Hablamos de niños, con nombres propios y apellidos. Esto significa que por el simple hecho de nacer poseen unos derechos personales innatos a su cualidad de seres y humanos y, por tanto, innatos a su capacidad jurídica. Por tanto, a pesar de haber nacido bajo una práctica de reproducción ilegal, no dejan de ser personas y, como tales, no existe duda de que les pertenece una protección del derecho a su propia identidad; esto no puede simplificarse en un derecho básico a poseer un nombre o a unos apellidos que les identifiquen y les diferencien de los demás. También son titulares por derecho propio de la protección pública de esa parcela de su identidad que es tener una única filiación en todo el mundo, así como el derecho a poder conocerla en la medida de lo posible.

Hasta la fecha está constatado que en España, en la mayor parte de los casos en los que se produce un contrato de maternidad subrogada fuera de nuestras fronteras, cuando es celebrado por una pareja heterosexual, los hijos nacidos llegan a ser inscritos con cierta normalidad en nuestro Registro Civil. Así ha ocurrido en los casos no sólo de parejas heterosexuales, sino de igual forma en los supuestos en los que intervienen sujetos individuales. Esto es consecuencia del sencillo trámite de reconocimiento de certificación registral extranjera que contempla la legislación española tal y como analizaremos más adelante.

La situación se complica cuando los contratantes son parejas de homosexuales varones o incluso, siendo heterosexuales, si la elevada edad de éstos delata que no pueden ser padres biológicos del niño pretendido.

Como decíamos, el hecho de que existan legislaciones tan diferentes sobre la misma materia, provoca la existencia del llamado "turismo reproductivo". Aunque en general este fenómeno es conocido con ese término, la "*European Society of Human Reproduction and Embryology*" (ESHRE) se ha mostrado reticente a utilizar esa expresión al considerar que frivoliza las razones por las cuales las personas acceden a esas técnicas reproductivas. La idea de canalizarlo como un tipo de "turismo" lo enfoca como viaje de placer. Entiende más acertada la expresión "Cross-Border Reproductive Care"[1038]. Lo anterior podríamos incluso calificarlo como una especie de "turismo

[1038] Shenfield, F,. De Mouzon, J., Pennings, G., Ferreretti, A.P., Nyboe Andersen, A., de Wert, G., Goossens, V.: "*Cross border reproductive care in six countries*". Human Reproduction, 2010, vol. 25, núm. 6, págs. 1361-1368. http://humrep.oxfordjournals.org/cgi/reprint/25/6/1361. Consultado el 28 de agosto de 2014.

sanitario" que lleva aparejadas innumerables consecuencias jurídicas; la determinación de la filiación de esos niños nacidas a través de técnica reproductiva en el extranjero. En definitiva podría definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a técnicas de reproducción asistida[1039].

Como ya hemos mencionado, es una realidad habitual que ciudadanos de un estado se desplacen a otro con el fin de poder realizar determinada técnica reproductiva prohibida o restringida en su país de origen. Podemos de igual manera comprender que dentro de esos incentivos se encuentre el hecho de que en otros lugares esa técnica reproductiva se obtiene con mejores condiciones; dígase, con mayor celeridad, menor coste, mayores garantías o menos limitaciones. Entre estas últimas se encuentra el requisito relativo al estado civil o la orientación sexual del comitente[1040].

Dentro de la Unión Europea, España, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Suiza y Eslovenia, son países que destacan como lugares de destino para el acceso a técnicas de reproducción. En el caso de España, tal y como hemos visto, cuenta con una legislación amplia y permisiva. Admite casi todas las técnicas reproductivas a excepción de la gestación por sustitución y la posibilidad de selección del sexo del bebé. De igual forma, los costes suelen ser inferiores en comparación con los establecidos en otros lugares de nuestro entorno. A estos datos podemos sumarle el hecho de que las listas de espera son más reducidas y la calidad de los centros clínicos de reproducción es muy destacada. Un hecho que potencia que ciudadanos extranjeros viajen a nuestro país descansa en la posibilidad legislativa de practicar técnicas de reproducción asistida con óvulos donados. Un alto porcentaje de ciudadanos que acuden a España con este objetivo son de nacionalidad italiana o británica. En el primero de los supuestos la razón es que en Italia, hasta abril de 2014, no estaba permitida la realización de tratamientos heterólogos, es decir, con material genético donado. La Ley 40/2004[1041], de 19 de febrero, en materia de procreación médicamente asistida, está considerada como la más restrictiva en la materia. En el caso de ciudadanos británicos, el motivo más común por el que eligen España es debido a que, a pesar de que en su país estas técnicas están permitidas[1042], el anonimato de los donantes de óvulos y de esperma que rige en nuestro

[1039] Storrow, R.F.: "*Quests for conception:Fertility Tourist, globalization and feminist legal theory*" Hastings Law Journal, 2006, vol. 57, págs. 300-305.
[1040] Cohen, J: "*Le tourisme procréatif:un pis-aller*", ob. cit., págs. 881-882.
[1041] Ley núm. 40/2004, de 19 de febrero. "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*". Gazzeta Ufficiale núm. 45 del 24 febbraio 2004.
[1042] Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

país (art. 5.5 LTRHA), no está contemplado en su legislación.

La cuestión relativa al turismo reproductivo es preocupante por varias razones. En primer lugar hay que tener en cuenta que se convierte en una opción únicamente viable para personas con buena posición económica. Por otra parte, es imposible controlar de forma absoluta la calidad o seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las partes intervinientes. Lo anterior aumenta la posibilidad de riesgo de explotación de mujeres que viven en países en desarrollo. El turismo reproductivo provoca que ciudadanos de países no permisivos quebranten las leyes nacionales con el fin de conseguir un objetivo no permitido. De lo anterior derivan preocupantes consecuencias relativas a la inscripción en el registro civil de estos niños y, en definitiva, de su filiación. Por último, la idea de turismo reproductivo parece reflejar la idea de un negocio, de un "*baby bussines*"[1043].

En relación a lo anterior las opiniones pueden ser muy dispares. Se podría abogar por la prohibición de todo tipo de turismo reproductivo o, por el contrario, se podría entender que el hecho de que este fenómeno esté en alza pueda aprovecharse para buscar una armonización de las leyes con el fin de, los que lo deseen, puedan tener un hijo sin el obstáculo burocrático que en la actualidad encontramos.

En materia de gestación por sustitución el turismo reproductivo es una realidad cada vez más frecuente que provoca una serie de problemas dignos de análisis. Dentro de estos, como ya hemos explicado, la cuestión se complica cuando los contratantes son parejas homosexuales masculinas. El simple hecho que refleja la pura y natural evidencia física y morfológica de los que pretenden ser padres es la raíz del conflicto; es más que evidente que ninguno de los dos pudo parir a la criatura. Esto ya presupone la necesaria utilización de un vientre subrogado para cumplir su propósito.

Los casos de gestación por sustitución internacional no son sencillos de solventar. Tal es así que la ESHRE recomienda a los comitentes que soliciten asesoramiento legal sobre las normas nacionales en materia de gestación subrogada antes de iniciar cualquier procedimiento[1044].

Visto todo lo anterior, entendemos necesario la existencia de un Convención

[1043] Lamm, E: "*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", ob. cit., pág. 194.
[1044] Shenfield, F,. De Mouzon, J., Pennings, G., Ferreretti, A.P., Goossens, V: "*ESHRE´s good practice guide for cross-border care for centers and practitioners*" Human Reproduction, 2011, vol. 26, iss,7, págs. 1625-1627.

Internacional que trate de dar soluciones a los conflictos descritos. Ante el aumento de casos de gestación por sustitución internacional, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado está actualmente preparando un convenio específico para regular los contratos de gestación subrogada, buscando una regulación internacional que trate los problemas de carácter social y jurídico que se están produciendo. Hay que poner de manifiesto que la Fundación "*Nuffield*" subvencionó el proyecto "*International Surrogacy Arrangements: An Urgent Nedd for a Legal Regulation at the International Level*"[1045]. Este proyecto, que estuvo a cargo de los profesores Paul Beaumont y Katarina Trimmings, consistió en plasmar las bases de un informe sobre los acuerdos. A tal fin prepararon un documento[1046] que sirviera como base para una futura convención internacional que trabajara de forma conjunta con la Conferencia de La Haya. La Oficina de la Conferencia de La Haya redactó un Documento Preliminar (nº10 de marzo de 2012)[1047] que se presentó al Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia en el mes de abril de 2012. La propuesta principal existente versa sobre la búsqueda de un instrumento internacional que abogue por un marco de cooperación entre todas las autoridades. En esta propuesta también es objeto de análisis la posibilidad de armonizar normas de Derecho Internacional Privado relativas a la filiación derivada de un acuerdo de gestación por sustitución.

Se consideró necesario tomar como referencia la Convención de Adopción Internacional (*Convenio de la Hay de 29 de mayo de 1993 sobre Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional).* Aunque es evidente que entre ambas figuras hay importantes diferencias las necesidades objeto de satisfacción no son tan distintas[1048].

En definitiva para la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya un instrumento adecuado podría asegurar garantías para los niños nacidos de la maternidad subrogada. Asimismo permitiría un sistema de control a los Estados que evitara abusos

[1045] http://www.abdn.ac.uk/law/surrogacy/.
[1046] La autora argentina Eleonora Lamm, experta en gestación por sustitución, participó activamente en la preparación del informe relativo a la situación en Argentina, México, Guatemala y Venezuela.
[1047] http://www.hcch.net/index-es.php?act=text.display&tid=178. Hague Conference Of Private International Law. Hague Conference Permanent Bureau, "*Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arragements*". General Affairs and Poltics: Doc. Prel. Núm. 11, marzo de 2011, y Hague Conference Permanent Bureau, "*Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arragements*". General Affairs and Poltics: Doc. Prel. Núm. 10, marzo de 2012.
[1048] Lamm, E: "*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", ob. cit., pág. 212.

asegurando de antemano la situación en la que el niño va a quedar. Afirma que estas investigaciones tendrían un carácter provisional, sin perjuicio de que se pudieran ir añadiendo otras que permitan un estudio más detallado de la materia.

A tal fin, tras una reunión en el mes de abril de 2012, el Consejo publicó unas conclusiones en las que ordenaba que la Oficina Permanente continuara la labor y preparara y distribuyera una serie de cuestionarios[1049] con el fin de recabar información sobre el alcance de las cuestiones de Derecho Internacional Privado relacionadas con los acuerdos de gestación por sustitución. La Oficina Permanente debía emitir sus conclusiones sobre este estudio frente al Consejo a celebrar en 2014. Finalmente, está prevista que la Conferencia se reúna en el mes de marzo de 2016[1050].

Todo esto significa que, puede que no muy tarde, contemos con un convenio que regule específicamente los contratos de gestación por sustitución a nivel internacional coordinando los acuerdos en la materia[1051].

Hay que poner de manifiesto que, además de la Conferencia de la Haya, la Unión Europea ha redactado un informe[1052] en el que trata de responder cuestiones jurídicas relacionadas con la gestación por sustitución internacional. En este documento se advierte de que de llegar a construir un instrumento legal tendría obligación de reconocer las respuestas legales internas de los países miembros, los cuales, si por razones de orden público no admitieran la gestación por sustitución en sus legislaciones, no sería apropiado imponerles una estructura internacional sobre la materia.

En este punto debemos destacar que en el día 23 de noviembre de 2015, se ha reunido la Comisión del Consejo de Europa[1053] para tratar una propuesta sobre las

[1049] Se prepararon varios cuestionarios distintos dependiendo del gremio profesional al que iban dirigidos; miembros de la conferencia de la Haya y otros interesados, profesionales del derecho con experiencia en la materia, profesionales de la salud que trabajen en la materia y, por último, agencias de gestación por sustitución.

[1050] Kleinsorge, T.E.J:"*Human rights and ethical issues related to surrogacy*". Ponencia impartida EN la Conferencia Internacional "*Reproductive rights, new reproductictive technologies and the European fertility market*". Universidad de Cantabria, Santander, 19 y 20 de noviembre de 2015.

[1051] La Comisión Internacional del Estado Civil (ICCS) ha elaborado un documento borrador sobre maternidad subrogada en los Estados del ICCS: "*Maternal filiation and surrogacy in the ICCS states*". Commission Civil Status (2003).

[1052] Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., King, D. Marzo, C., McCandless, J.A.:"*Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Members States"*: (Disponible en Español): "*El régimen de subrogación en los Estados miembros de la Unión Europea*". Dirección General de Políticas Interiores de la Unión Europea. Departamento Temático. Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales. http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdfUnión Europea, 2013.

[1053] The Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe will discuss a report prepared by Belgian MP Petra Sutter on "Human

recomendaciones, criterios y medidas que los Estados miembros deben aplicar en relación con esta materia.

En relación a todo lo dicho, no hay que olvidar que en España la gestación por sustitución está acarreando importantes conflictos jurídicos. Como ya hemos dicho, los problemas más complicados surgen son cuando los comitentes forman una pareja homosexual se varones. Valorando la importante repercusión que este tema ha tenido en los últimos tiempos en nuestro país, entendemos necesario realizar un detallado análisis de la cuestión.

8.2) <u>Suscripción de un contrato de gestación por sustitución por pareja homosexual formadas por varones: (Asunto Valencia</u>):

Es de obligado nombramiento hacer referencia a un caso seguido con gran difusión y expectación en nuestro país. Se ha convertido en un referente jurídico de la situación actual de este controvertido tema de reproducción subrogada en España. Nos referimos al caso de dos niños gemelos nacidos en Estados Unidos (San Diego-California) a través de esta técnica de gestación por sustitución. La madre contratada y por tanto gestante, era una mujer de nacionalidad norteamericana. Los padres contratantes (tras infructuosos intentos de conseguir su objetivo a través de cauce legal de la adopción internacional) era una pareja de varones que contrajo matrimonio tras la aprobación en España de la Ley 13/2005, de 1 de julio, permisora del matrimonio entre personas del mismo sexo. Al parecer -este dato no fue mentado en el procedimiento judicial- ambos miembros de la pareja afirmaban haber aportado el esperma utilizado para la fecundación del óvulo, aportado por una donante, que posteriormente fue implantado en el útero de la madre gestante[1054]. La pareja, tras ver nacer a sus hijos decidió volver a su vida cotidiana en España. Para llevar a cabo la burocratización lógica que conlleva cualquier nacimiento, se dirigieron al Registro Civil Consular de España en la ciudad de Los Ángeles con el fin de inscribirlos como hijos propios. La documentación que presentaron fue el certificado americano de nacimiento de los niños

---

Rights and Ethical Issues Related to Surrogacy" on 23 November 2015, with a view to resolution on the subject being debated during the January 2016, part.session of the Assembly": EN Kleinsorge, T.E.J:"*Human rights and ethical issues related to surrogacy*". Ponencia impartida EN la Conferencia Internacional "*Reproductive rights, new reproductictive technologies and the European fertility market*". Universidad de Cantabria, Santander, 19 y 20 de noviembre de 2015.

[1054]Quiñones Escámez, A. "*Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada (en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009*)", ob. cit., pág. 5: Pone de manifiesto que la manera de utilizar esta técnica en parejas homosexuales de varones es la de mezclar el semen de la pareja, siendo muy difícil que queden fecundados al mismo tiempo embriones con el semen de cada uno de ellos.

y el libro de familia del matrimonio[1055].

Como consecuencia de que la filiación constaba a favor de dos varones, sumado al hecho de la absoluta ausencia del nombre de la madre, se produjo la negativa del Cónsul Español de practicar la inscripción en ese Registro Consular. Todo ello a pesar de la clara admisión de esta situación por parte de las leyes californianas. El fundamento para denegar la inscripción fue por entenderse que, por la evidencia física natural de los varones, el nacimiento de los niños se había generado a través de una técnica prohibida en España. En concreto la negativa se fundó en la "categórica prohibición de la maternidad subrogada" en el ordenamiento jurídico español.

En opinión del Consulado, la única vía legal posible era inscribirse la filiación a favor de uno de los varones y, en su caso, con posterioridad, se podría llevar a cabo una adopción de los menores por parte del otro cónyuge de acuerdo a la legislación española. El matrimonio se negó alegando que, según su creencia, el proceso de adopción podía demorarse demasiado en el tiempo y, durante ese intervalo, podían ocurrir varios supuestos como la separación o divorcio de los cónyuges, o incluso el fallecimiento del padre inscrito legalmente como biológico. Estas situaciones amenazarían seriamente la relación del varón no inscrito con los niños rebajando su protección. Otro argumento esgrimido contra esta opción ofrecida por el Consulado fue que "los hijos eran de ambos por igual"[1056].

Tras el correspondiente recurso interpuesto por la pareja contra la denegación de inscripción, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) dictó una resolución a través de la cual se ordenaba la citada inscripción de los menores en el Registro Civil.

Por la importancia de la misma vamos a realizar su análisis:

a) <u>Resolución de la DGRN de fecha 18 de noviembre de 2009</u>[1057]:

La cuestión resuelta por la DGRN fue la relativa a la transcripción en el Registro Civil Español de las menciones contenidas en los certificados de nacimiento extranjeros. Los documentos presentados por el matrimonio recurrente fueron los certificados de nacimiento de los menores emitidos por la autoridad administrativa del

[1055] García Alguacil, M, J. *"¿Incoherencia Legislativa o despropósito judicial A raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*", ob. cit., págs. 79-110.
[1056] Fernández – Sancho Tahoces, A.S. "*Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada*". Revista Aranzadi Doctrinal 6/2011 (Parte Estudio), Pamplona, 2011, pág. 138.
[1057]Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735).

Registro Norteamericano. Lo que se instaba era el reconocimiento de la eficacia probatoria registral. Para la emisión de esos certificados y, en consonancia, de la filiación obrante en los mismos, es necesaria una resolución judicial expedida por un Tribunal Californiano. La decisión judicial previa es un requisito fundamental para la expedición de los certificados de nacimiento. Para ello, los Tribunales Californianos atienden a las normas plasmadas en su Código de Familia[1058]. Esta decisión previa al nacimiento de los menores extingue los derechos de la madre gestante y los de su cónyuge, con el fin de impedir el juego de la presunción de paternidad del marido que, al igual que nuestro Código Civil[1059], recoge el Código Californiano[1060]. Esta decisión judicial es la que establece la doble paternidad de los menores a favor de los padres intencionales. Tal y como hemos señalado, en los certificados de nacimiento no consta referencia alguna ni de la madre genética (donante de óvulos) ni a la madre biológica, hecho de perfecta licitud en el Estado de California[1061]. En virtud de esta resolución judicial quedará homologado el convenio de gestación por sustitución que generalmente redactan agencias privadas que ofrecen tanto sus servicios médicos como jurídicos[1062].

En vista de toda la documentación aportada, a pesar de la existencia de un contrato de gestación por sustitución, la DGRN falló acorde a la inscripción de la filiación de los menores a favor de los dos padres. La DGRN motivó esta decisión en base a la aplicación del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Este precepto esgrime que el control necesario de la legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro Civil, no exige que éstas sean decisiones "idénticas" a las que se adoptarían en España, sino documentos públicos adoptados por la autoridad competente que desempeñe "funciones equivalentes" a las autoridades registrales españolas (en este caso concreto, constatación del nacimiento y filiación del hijo), y que no se produzcan efectos contrarios al orden público internacional

[1058] California Family Code, Sections. 6630.3 f ("*Una parte en un acuerdo de reproducción asistida puede interponer una acción en cualquier momento para establecer la relación de filiación existente entre padres e hijos en consonancia con la intención expresada en el acuerdo de reproducción asistida*") y 7650 (a) (Este artículo trata de la posible acción por la que se determina la existencia o no de la filiación materna).
[1059] Artículos 116 y 117 CC.
[1060] Section 7611 California Family Code.
[1061] Vid. Quiñones Escámez, A. op. cit. pág. 6 cfr. California Family Code, Sections 7630.3 f y 7650 (a) y Supreme Court (California Johnson v Calvert (85), P.2d776 (1193).
[1062] García Alguacil, M, J. "*¿Incoherencia Legislativa o despropósito judicial. A raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*", ob. cit., págs. 79-110.

español[1063]. La DGRN defendió el cumplimiento del principio de seguridad jurídica en el ámbito internacional alegando que, el desconocimiento del mismo, sería tanto como inadmitir a priori que la eficacia jurídica de una situación producida en un Estado se desconociese en cualquier otro.

Esta resolución, la cual consta de diez folios, no consideró quebrantado el orden público internacional español ni en consecuencia los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico. Entiende que en nuestro país ya están permitidos supuestos de determinación de filiación a favor de dos hombres o de dos mujeres a través de la adopción, dándose cumplimiento al principio de no discriminación por razón de sexo que rige en nuestro artículo 14 de la Constitución Española (CE). Se afirma que, precisamente esta decisión se basa en el "interés del menor" (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del niño, Nueva York 1989), y en cumplimiento de los dispuesto en los artículo 6 y 7 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que aboga por el reconocimiento de la identidad de los niños, identidad que debe ser la misma en el país de nacimiento y en el que residen. En consecuencia con lo anterior, se afirma que en este caso la certificación registral californiana supone una "auténtica decisión" que no vulnera el orden público internacional ni quiebra principios básicos del Derecho Español.

La Dirección entendió que, a pesar de la prohibición expresa que existe en nuestro país de esta técnica reproductiva, esto no es de aplicación al caso debatido puesto que la razón principal no descansa en determinar la filiación natural de estos niños nacidos en California, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil Español con los mismos efectos. Manifiesta que estos menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española porque, según el artículo 17.1 del Código Civil, son españoles de origen los nacidos de español o española. Añade que este precepto en realidad se refiere a los nacidos de padre o madre españoles, no a los hijos de padre o madre españoles. Por todo ello la DGRN concluyó que, "*en consecuencia, al tratarse en el presente caso de la inscripción del nacimiento y filiación de sujetos españoles, al ser nacidos de progenitor español, procede su acceso al Registro Civil Español*". A este respecto, tal y

[1063] Fernández –Sancho Tahoces A.S: "*Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada*", ob. cit., pág. 138.

como manifiesta Fernández-Sancho Tahoces[1064], en relación con esta interpretación del artículo 17.1 del Código Civil, *"*(…) *con ello se pone de manifiesto que el precepto no exige que haya quedado determinada legalmente la generación. Bastará con que consten indicios racionales de su generación física por el progenitor español*"

En conclusión, la DGRN, a través de esta Resolución de fecha 18 de febrero de 2009, concluyó el reconocimiento e inscripción del nacimiento y filiación de los niños a favor de los dos varones recurrentes, a pesar de ser una realidad la ilegalidad de la técnica reproductiva elegida para traerlos al mundo.

La importancia de esta resolución fue evidente[1065]. Significó momentáneamente la completa permisividad en nuestro ámbito jurídico para parejas o personas españolas que quisieran inscribir los nacimientos de sus hijos en nuestro país, con la consecuente filiación como propios de los niños nacidos en países extranjeros con ocasión de esta técnica reproductiva. Esto se entendía permitido independientemente de la condición heterosexual u homosexual de los intervinientes, o de que la contratación su suscribiera en pareja o en solitario.

Una vez practicada la inscripción de los dos niños en virtud de esta RDGRN, el Ministerio Fiscal impugnó dicha resolución a través de la interposición de la correspondiente demanda de juicio ordinario[1066]. En el suplico se solicitó literalmente "*Se dicte sentencia en su día por la que se declare que, al infringirse directamente un precepto incluido en la Ley Española, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, artículo 10, el contenido de dicha resolución es contrario al orden público español y no procede el acceso al Registro Civil Español de los hechos en su virtud inscritos, por lo que deberá acordarse su cancelación*"[1067].

Por su parte, tanto la representación procesal de los demandantes como el Abogado del Estado, en nombre de la DGRN, contestaron a la demanda solicitando la desestimación íntegra de la demanda presentada de contrario suplicando *"(…) se confirme la Resolución de la DGRN*".

[1064] Fernández –Sancho Tahoces, A, S: "*Eficacia jurídico.registral del contrato de gestación por sustitución*", ob. cit., págs. 1-20.

[1065] Esta Resolución ha sido duramente criticada por Bercovitz Rodríguez Cano, R: *"Hijos made in California*" Aranzadi Civil- Mercantil, núm. 3/2009 (Tribuna), Pamplona, 2009, págs. 1-3.

[1066] Demanda presentada ante el Decanato de los Juzgados de Valencia, en fecha 28 de enero de 2010 contra la DGRN la cual tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia y fue registrada con el núm. PO 188/ 2010.

[1067] Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 835/2013, de fecha 6 de febrero de 2014.

b) Celebrados los trámites procesales correspondientes, el **Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, a través de la sentencia número 193/2010, de 15 de septiembre**[1068], estimó la demanda interpuesta por el Ministerio Público y, en consecuencia, dejó sin efecto la inscripción ordenando su cancelación El Juez, entre otros motivos, entendió que se había quebrantado el principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 CE) al aplicar los artículos 81 y 85 de Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre 1958[1069], y no el artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957[1070]. Este precepto obliga al encargado del Registro Civil a realizar no sólo un control formal sino también de fondo de la certificación registral extranjera. Es evidente que este control de fondo se refiere a la necesidad de comprobación de la inexistencia de contradicción con nuestra legislación. En materia de contratos de gestación por sustitución es evidente que, dando cumplimiento a esta exigida vigilancia, no puede haber consentimiento a la inscripción.

c) Un dato fundamental relativo a este asunto fue que, mientras se resolvía este procedimiento en el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, la **DGRN dictó la Instrucción de fecha 5 de octubre de 2010**[1071], la cual ha sido objeto de durísimas críticas por parte de nuestra doctrina así como de nuestros tribunales. Algún autor ha manifestado que esta Resolución "*muestra una serie de carencias jurídicas en el ámbito del derecho internacional privado dignas de elogio*"[1072]. Con esta esta Instrucción la DGRN no cambia su criterio respecto al que emitió en la Resolución de 18 de febrero de 2009. Sigue manteniendo la posibilidad de inscribir en el Registro Español a los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Lo que introduce es el criterio de exigir como requisito constitutivo que siempre uno de los solicitantes debe ser español. Como razón fundamental para ello alega la protección del interés del menor "facilitando la comunidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por un tribunal extranjero"[1073].

La Instrucción hace referencia a los objetivos que pretende gocen de protección:

[1068] Actualidad Civil, Editorial Aranzadi (AC 2010, 1707)
[1069] (RCL 1958, 1957, 2122)
[1070] Artículo 23 de la LRC de 1957: "*También podrá practicarse (la inscripción) sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española*". (RCL 1957, 777)
[1071] BOE, 7 de octubre de 2010.
[1072] García Alguacil, MJ. "*Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*", ob. cit., págs. 79-110.
[1073] Jiménez Martínez, M.V. "*La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales*". Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá V. 2012, págs.365-380.

.- En primer lugar, y por encima de cualquier otro interés o bien jurídico, se protege el interés del menor.

.- En segundo lugar, se quiere proteger también a las mujeres que se prestan a esas prácticas renunciando a sus derechos como madres.

.- Finalmente, se quiere controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato de gestación por sustitución.

Para salvaguardar estos intereses la instrucción establece una serie de factores a respetar[1074]:

1.-Exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación.

La existencia de esta resolución permitirá realizar el control de cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato. A este respecto, no podrá considerarse título válido para la inscripción la presentación de la certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del hijo, en el que no conste la identidad de la madre que lo gestó.

Este requisito está en consonancia con el derecho del menor a poder conocer sus orígenes biológicos. Así se exige en el artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional por la que se introdujo el nuevo artículo 180.5 CC. De igual forma, mediante este requisito se dará cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999, que declaró la inconstitucionalidad sobrevenida de los artículos de la legislación registral española que permitían el parto anónimo sin identificación de la madre[1075].

2.- Exigencia de Exequatur en España de la resolución judicial extranjera. Se atenderá a los Convenios Internacionales vigentes para España o, en su caso, se seguirá el general previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. (Artículo 954).

3.- Exigencia de reconocimiento incidental. Si la resolución ha sido dictada como consecuencia de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción

[1074] Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González. J. "*Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*". Cuadernos de Derecho Trasnacional, Marzo 2012, págs. 247-262.

[1075] STS Nº 776/1999, de 21 de septiembre (Recurso Nº 285/1994) Ponente, D. José Almagro Nosete (RJ 1999/6944): Esta sentencia declaró inconstitucionalmente sobrevenidos el art. 47 LRC y los arts. 167 y 182 RRC, que permitían la maternidad anónima, por contrariar el art. 39.2 CE que reconoce el derecho a la investigación de la filiación biológica.

voluntaria, no será preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral. En este caso será el encargado quien controle de forma incidental, con requisito previo a la inscripción, si esa resolución puede ser o no reconocida en España.

4.-. Decisión del encargado respecto al exequatur por homologación judicial previa, o de reconocimiento incidental registral. En este caso, si el encargado considera que la resolución se dictó en el marco de un procedimiento de jurisdicción contenciosa, denegará la inscripción de la resolución en nuestro registro español por entender que esa resolución requiere de un exequatur previo. En cambio, si el encargado considera que la resolución deriva de un procedimiento análogo al nuestro de jurisdicción voluntaria, controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España.

Los contrarios a la gestación por sustitución han vertido numerosas críticas produciéndose una gran polémica. Manifiestan que, desde el momento en que en nuestro país la gestación por sustitución está prohibida y, por tanto, estamos ante una técnica antijurídica, la DGRN parece no atender a la evidente necesidad de guardar respeto y sumisión al principio de legalidad. Entienden que estas inscripciones de nacimientos de niños nacidos a través de acuerdo nulo de pleno derecho en el ámbito jurídico español, a priori, quebrantan el artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 1957. Bajo el criterio de esta Instrucción, únicamente se podrá dar cumplimiento al control de la legalidad exigido en este precepto en los supuestos en que sea necesaria la existencia de exequatur previo. Por el contrario, si no se precisara este trámite por tratarse de un reconocimiento incidental, se vulnerará sin ningún género de duda, el requisito de la legalidad.

La crítica fundamental descansa en que es probable que esta Instrucción disfrace y maquille la aplicación de lo que jurídicamente se conoce como fraude de ley[1076]. La identidad de la permisividad que otorga esta Instrucción y esta figura del fraude de ley, es evidente. La realidad es que están íntimamente relacionadas. El fraude de ley se entiende como la técnica utilizada por los interesados que buscan un resultado prohibido por una norma imperativa, a través de la utilización de otra norma de cobertura que prevé ese resultado para otro tipo de negocios o contratos civiles. A la doctrina y los tribunales les resulta indiferente para la aplicación de la sanción prevista por la ley ante

[1076] Lasarte Álvarez, c. "*La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria*". Diario La Ley, 17 de enero de 2012.Op.Cit, págs. 17-18.

un fraude de ley (generalmente supone el sometimiento de las partes a la propia norma vulnerada). Resulta indiferente que la técnica haya sido buscada de forma consciente o intencional o no. Teniendo en cuenta el anterior concepto legal, no cabe duda de que para los contrarios a la inscripción de los hijos nacidos fruto de un contrato de madre de alquiler, estamos en presencia de este tipo de infracción civil.

Tal y como manifiesta a este respecto De Verda y Beamonte[1077] "la solución que propone la Instrucción está prestando cobertura administrativa a un "turismo reproductivo" el cual trata de eludir la aplicación de un precepto legal (art. 10 LTRHA) que claramente establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución".

En defensa de esta Instrucción podemos decir que se asienta sobre el principio del orden público internacional, el cual, a pesar de defender principios constitucionales como el derecho a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la igualdad, permite reconocer ciertos efectos a instituciones desconocidas en nuestro ordenamiento[1078].

Como consecuencia de la aplicación de la anterior Instrucción, la DGRN ha permitido la inscripción en nuestro Registro Civil de la filiación de niños nacidos en países extranjeros bajo la técnica de la maternidad subrogada. Para ello, ante los recursos interpuestos por los padres intencionales contra autos denegatorios de la inscripción emitidos por cónsules españoles destinados en países permisivos de la gestación, la DGRN aplica esta Instrucción y, en consecuencia, controla que obren los requisitos en ella exigidos para dichas inscripciones[1079].

La crítica más profunda que podemos realizar a esta Instrucción es que se está permitiendo inscribir únicamente a los niños que nacen por gestación por sustitución en el extranjero. ¿Qué ocurre con las personas españolas que quieren ser padres y no

---

[1077] De Verda y Beamonte, J.R. *"Inscripción de los hijos nacidos bajo mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia, de fecha 15 de septiembre"*, ob. cit., págs. 13-15.

[1078] García Alguacil, M.J. *"Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*", ob. cit., 79-110.

[1079] DGRN. Resolución núm. 5/2011 de 23 de septiembre. Aranzadi, D. Administrativa, JUR 2012/168314. DGRN. Resolución núm. 4/2012 de 23 de septiembre. D. Administrativa. JUR 2012/168313. DGRN. Resolución núm. 4/2011.Aranzadi. D. Administrativa. JUR 2012/307190. DGRN. Resolución núm. 3/2011 de 9 de junio. Aranzadi. D. Administrativa. JUR 2012/151439. DGRN. Resolución núm. 2/2011 de 9 de junio. Aranzadi. D. Administrativa. JUR 2012/151438. DGRN. Resolución núm.1/2011 de 9 de junio. Aranzadi. D. Administrativa. JUR 2012/151437. DGRN. Resolución núm. 6/2011. Aranzadi. D. Administrativa. JUR 2012/ 147776. DGRN. Resolución núm. 4/2011 de 6 de mayo. Aranzadi. D. Administrativa. JUR 2012/110698. DGRN. Resolución núm. 1/2011 de 3 de mayo. Aranzadi. D. Administrativa. JUR 2012/107637.

pueden recurrir a esta técnica en otro país por los elevadísimos costes económicos que requiere? Recordemos que entre los países permisivos con la técnica únicamente Estados Unidos es el que exige esa Resolución judicial necesaria para que a través de la Instrucción pueda inscribirse en España el nacimiento. De igual forma, recordamos que Estados Unidos, aunque es el país más garantista, es el más costoso. Es una realidad que muy pocos ciudadanos españoles pueden optar a la gestación por sustitución en Estados Unidos. Esto desemboca en una desigualdad de oportunidades entre los más afortunados económicamente y los más desfavorecidos.

En cuanto a la exigencia de que debe informarse sobre la mujer gestante hay que decir que en las certificaciones de nacimiento que se expiden en los hospitales donde vienen al mundo los niños no es usual que se constate el nombre de la mujer gestante. A esto hay que sumar que generalmente existen cláusulas de confidencialidad al respecto que las partes deben respetar.

Por otro lado, no podemos olvidar que a través de esta Instrucción se está parcheando lo que el legislador español no ha estado dispuesto a hacer.

d) Analizada esta Instrucción, que como decíamos se dictó mientras se resolvía el asunto judicial de referencia, añadiremos que la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado número 15 de Valencia, fue recurrida por la pareja interponiendo el correspondiente recurso de apelación. Tras los trámites legales oportunos, la **Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), a través de la sentencia número 826/2011 (Rollo de Sala 949/2011), de fecha 23 de noviembre de 2011**[1080], falló desestimando el recurso de apelación planteado por los padres y, en su virtud, confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que ordenaba la cancelación de la inscripción relativa a la filiación de los niños en el Registro Consular de los Ángeles.

En esta sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia se adoptó la misma postura seguida por la Instrucción de la DGRN de 2010, y por la reciente Ley 20/2011, de 21 de julio[1081], del Registro Civil (aún en periodo de vacatio legis) que posteriormente analizaremos.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. Entendió de igual forma que la inscripción quebrantaba el principio de jerarquía normativa que ya hemos comentado. En cuanto al análisis del método de reconocimiento de decisiones

[1080] Actualidad Civil. Aranzadi (AC 2011, 1561).
[1081] BOE de 22 de julio de 2011, núm. 175 (RCL 2011/1432).

extranjeras, entendió que el obstáculo principal para denegar el reconocimiento de la filiación solicitada es la vulneración del orden público internacional español, en aras de la aplicación del artículo 954.3 de la LEC de 1881.

A lo largo de todo este procedimiento judicial, se aludió en varias ocasiones a que el certificado californiano de inscripción derivaba de una anterior resolución judicial. La Audiencia entendió que esa resolución no constaba en el procedimiento, al igual que tampoco constaba la identidad de la madre gestante. Por estas razones entendió que no puede inscribirse la filiación en nuestro Registro Civil Español. Lo que presentaron en realidad los recurrentes no determinaba la paternidad sino que, tal como establece la legislación de ese Estado norteamericano, se trataba del resultado de la acción ejercitada por los varones que encargaron la gestación para establecer la relación de filiación, acción que puede ejercitarse en cualquier momento. Esta vía de establecer la filiación no se trata de una real determinación de la filiación, sino del elemento que luego permite, según la misma legislación californiana, emitir el certificado de nacimiento en el que tales varones constan como padres. La Audiencia Provincial afirmó literalmente que «*aunque se dice que la certificación californiana ha sido expedida por orden de una previa decisión judicial, lo cierto es que dicha resolución judicial no consta en este procedimiento*». Y sin sentencia de determinación de la paternidad (biológica y no de contratación) no hay inscripción posible, ya sea sentencia extranjera o española.

Por último, en cuanto al fundamento clave para la conclusión adoptada en su día en la RDGRN de 2009, que no es otro que la defensa del interés superior del menor, la Audiencia fue contundente al manifestar que la satisfacción de dicho interés no puede lograrse infringiendo la ley, entre otras cosas, cuando la propia legislación española regula otro cauce legal para la inscripción de la filiación de los menores a favor del matrimonio recurrente (la adopción). En este sentido no debemos olvidar que la solución que contempla la norma vulnerada, artículo art. 10 LTRHA, se adoptó precisamente y de igual manera, en interés del menor.

e) Interpuesto el correspondiente Recurso de Casación contra dicha sentencia, tras los trámites procesales oportunos, se dictó la **Sentencia nº 835/2013, de 6 febrero de 2014 del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, sección pleno)**[1082].

[1082] Recurso de Casación núm. 245/2012. Aranzadi (RJ/2014/736).

Esta sentencia, como no puede ser de otra manera, al haber sido dictada por nuestro más alto Tribunal, supone una importantísima decisión para el futuro de la figura de la gestación por sustitución en España.

e.a) Comentario de la Sentencia del T.S. de 6 de febrero de 2014.

Los motivos jurídicos que se demandaban en el recurso descansaban en la Infracción del artículo 14 de nuestra CE (principio de igualdad), en relación con el derecho a la identidad única de los menores y con el interés superior del menor consagrado en la Convención de Derechos del Niño (Nueva York, 2 de noviembre de 1989).

Un dato a destacar es que el Magistrado señalado inicialmente como ponente (Sr. Seijas Quintana), ante el desacuerdo con la decisión adoptada por la mayoría, emitió voto particular[1083] pasando a ser el ponente de la misma el Magistrado, Sr. Saraza Jimena.

El objeto de controversia descansa en resolver si es pertinente el reconocimiento por parte de las autoridades del Registro Civil Español de la inscripción de nacimiento de los menores, realizada por las autoridades registrales del Estado Californiano, así como de la filiación otorgada a favor de los padres recurrentes. La pareja solicitó ante el encargado del Registro Consular de los Ángeles la práctica de estas inscripciones mediante la aportación de las certificaciones ya practicadas por el organismo californiano en las que figuraba como padres el matrimonio comitente.

Partimos, por tanto, de la existencia de una decisión de autoridad; la adoptada por los órganos administrativos del Registro Californiano que inscribieron el nacimiento de los niños determinando la filiación acorde a las leyes propias de ese territorio. Lo que se trataba de resolver en definitiva era si esa decisión de autoridad puede ser reconocida y desplegar efectos (en concreto la determinación de la filiación a favor de los padres) en el sistema jurídico español. Presenta esa certificación, al menos, un elemento extranjero; el lugar de nacimiento de los niños.

El Tribunal Supremo, ante un supuesto en el que existe una certificación registral extranjera en la que ya consta determinada una filiación de dos niños nacidos en Estados Unidos, entiende que la norma aplicable es la ley material a la que remite la norma de conflicto aplicable.

[1083] A este voto particular se sumaron los Magistrados, Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol.

Parte del hecho de que en el Derecho Español, para los supuestos internacionales, la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero a través de la técnica de la gestación por sustitución, puede llevarse a cabo de dos formas:

1.- A través de la tutela por declaración o proceso de cognición directo: Este mecanismo se utiliza ante supuestos en que la filiación no ha quedado determinada en el país extranjero, siendo España el primer lugar donde se va a plantear la cuestión. Al estar ante un supuesto internacional, si los niños nacen en un país extranjero, las autoridades españolas aplicarán en primer lugar una norma de derecho internacional con el fin de que quede constatado cuál es el derecho estatal que debe regular la filiación. El artículo 9.4 del Código Civil[1084] señala la debida aplicación de la ley personal del hijo.

En este caso, al ser los padres intencionales de nacionalidad española, esta sería la ley del hijo (artículo 9.1 CC). Una vez que esa ley está determinada, las autoridades españolas deberán aplicar las disposiciones materiales de esa ley nacional del hijo. Esto deriva en la necesidad de aplicar la ley reguladora de esa materia en nuestro país, que no es otra que la LTRHA de 2006 y, en especial, su artículo 10, en el que se declara nulo el contrato gestación por sustitución. El resultado es que se impone la consecuencia jurídica contraria a la buscada por las partes. La maternidad está marcada por el hecho del parto y, en consecuencia, la filiación debe establecerse a favor de la mujer gestante.

2.- A través de la tutela del reconocimiento: En este supuesto entrarían los casos en que, antes de solicitarse la inscripción de la filiación en su país de origen, los contratantes ya han acudido previamente a las autoridades extranjeras competentes del país donde nacieron los niños obteniendo una decisión relativa a la determinación de la filiación del nacido por maternidad subrogada. Esta decisión extranjera queda constatada en un acta registral, en una sentencia o en otro tipo de resolución. Sea cual fuere la elegida, el acceso de esas actas registrales extranjeras a nuestro Registro Civil no debe plantear una cuestión de "ley aplicable" sino una cuestión de "reconocimiento" de ese acta en España.

En virtud de lo anterior, no existiría ninguna norma de conflicto y no se aplicaría a este supuesto el artículo 9.4 CC ni tampoco la ley material del país de destino, España.

[1084] Artículo 9 CC: 1" *La Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte (…). 4. "el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo*".

Según este criterio el artículo 10 LTRHA únicamente sería susceptible de aplicación en casos de "tutela por declaración"[1085]. Tendremos que encontrarnos ante una cuestión relativa a controversia de derecho aplicable a la filiación que deba determinar las autoridades españolas. En este caso la ley aplicable por orden de la norma de conflicto sería la Ley material.

En esta sentencia, nuestro Tribunal Supremo acepta que la técnica aplicable a este caso concreto no es la del conflicto de leyes sino la del "reconocimiento". La cuestión es que muestra su plena disconformidad con la forma en que se realizó ese reconocimiento. Entiende que, erróneamente, se ha dado vía al reconocimiento de esa inscripción californiana utilizando la aplicación del artículo 85 en relación con el 81 del RRC, lo que significa que sólo tendría que comprobarse si esa certificación es regular y auténtica. Por este cauce nunca debería comprobarse el fondo de esa certificación, que no es otra que la determinación de la filiación de los niños a favor de los dos varones. Entiende el T.S. que el cauce apropiado para realizar ese reconocimiento descansa en el artículo 23 LRC. Recordemos que es precisamente este precepto el que fuerza al Encargado del Registro Civil Español a comprobar necesariamente la realidad del hecho inscrito y su legalidad. Los artículos 85 y 81 RRC desarrollan precisamente este artículo 23 LRC.

El criterio del T.S. descansa en que, cuando se trata de reconocer la determinación de la filiación de un español en España, es preciso un exequatur judicial, salvo los supuestos en que la resolución judicial dictada en el extranjero hubiera sido dictada en un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria. En este caso sería suficiente el reconocimiento incidental de la resolución extranjera como requisito previo a la inscripción en nuestro Registro Civil. Independiente de esto, el T.S. a pesar de admitir el reconocimiento incidental en los casos indicados, no ha dejado de exigir la aplicación de la ley material correspondiente.

Por tanto, la postura del T.S. en este aspecto es clara. Establece la necesidad de aplicar el artículo 23 LRC ("*También podrá practicarse (la inscripción) sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española")* en el que, como vemos, se exige no sólo un control sobre la

[1085] García Alguacil, M. J. "*Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*", ob. cit., pág. 79.

regularidad y autenticidad de la certificación extranjera, por el que el hecho del que se da fe tenga garantías análogas a las exigidas por inscripción por la ley española, sino que ha de extenderse a la certeza y realidad del hecho inscrito, así como de su legalidad en nuestro país.

La legalidad conforme a la ley española de los asientos extendidos en Registros extranjeros se exige en el artículo 23 LRC, y ha de serlo con respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español. Los derechos fundamentales y principios constitucionales integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de las decisiones de autoridades extranjeras.

Es cierto que el TS no quita razón a los recurrentes cuando reconoce que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no marcan como fuente exclusiva de filiación el hecho biológico; esto queda razonado simplemente con el instituto de la adopción o la legalidad de la realización de técnicas de reproducción asistida con donante. En estas últimas, el sujeto que convive con la persona sometida a la técnica, es quien debe prestar su consentimiento y, en consecuencia al mismo, se determina su filiación. También lo refleja el hecho de que en nuestra legislación pueda quedar plasmado la filiación a favor de dos personas del mismo sexo.

Ahora bien, junto a esta reflexión, el T.S. añade que "*en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que los avances en las técnicas de reproducción asistida humana vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño mercantilizando la gestación y la filiación "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno- filiales vedadas a la mayoría de la población*".

En esta línea, una parte de la doctrina[1086] ha entendido que en la actualidad el orden público ha sido vulnerado como consecuencia de los convenios de gestación por sustitución. Defienden que al ser el efecto inmediato la determinación de la filiación de

[1086] García Alguacil, M. J. "*Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*", ob. cit., pág. 100.

los niños a favor de los padres intencionales, se pretende normalizarlos a través de su reconocimiento por nuestro ordenamiento jurídico; reconocimiento a pesar de la nulidad establecida para los mismos al entenderse ilícitas e inmorales tanto en objeto como en causa. Indican que este contrato, al consistir en un alquiler del vientre de una mujer, tiene como objeto al propio niño gestado, el cual, se encuentra fuera del comercio de los hombres. Además, esta postura recogida en la sentencia del T.S, defiende que se puede producir un atentado directo contra la dignidad de la mujer gestante quien se vería atacada al aprovecharse sus precarias circunstancias económicas para concertar el contrato e incentivar la renuncia de ésta a su maternidad a cambio de una contraprestación económica.

En una postura aún más severa con estas técnicas, así como contra la negativa de la concesión de la eficacia de las mismas a través de determinaciones de filiación en nuestro registro civil, señala García Alguacil que, el orden público se ha utilizado como límite para impedir que las legislaciones se utilicen al servicio de los ciudadanos en defensa de sus intereses más particulares, para satisfacer deseos que a través de sus legislaciones nacionales no pueden ser alcanzados. Manifiesta que los avances en técnicas de reproducción asistida no pueden realizarse a costa de vulnerar los derechos fundamentales de los intervinientes, ni de los implicados indirectamente por la celebración de estos contratos como son la mujer gestante y el niño fruto de la misma. Se reclamaría, por tanto, una filiación que descansa sobre una renuncia previa de la madre natural en consonancia con el consentimiento de unos padres intencionales. Fruto de esto, el T.S. opta por denegar esas inscripciones de filiación al estimar que no está debidamente determinada.

En relación con las regulaciones sobre maternidad subrogada, el Tribunal manifiesta que hay que tener en cuenta que en España, el art.10 de la LTRHA integra el orden público internacional español. Reprocha que, en este caso concreto los recurrentes, nacionales españoles y residentes en nuestro país, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños. Se fueron a otro país por la única razón de que tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero, cuya decisión se solicita sea reconocida, es completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento jurídico español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución.

No reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nace bajo esta técnica, e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (221.1 CP).

Señala el Tribunal que la prohibición en nuestro país de la maternidad subrogada no es excepcional. Manifiesta que se da también en la mayoría de los países de nuestro entorno (Unión Europea) y, además, un factor determinante (incluso en los países que lo permiten) es la prohibición del carácter oneroso. Esgrime como argumento decisivo el deber de respeto al orden público español. El orden público debe ser entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizadas en la Constitución Española y en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, así como el conjunto de valores y principios que los encarnan; el libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libremente entre distintas opciones que le ofrece la vida, el derecho a la intimidad familiar, el derecho a la dignidad de la persona, los derechos de protección de la infancia y los derechos de protección integral de la familia. Todo ello es lo que encuadra el orden público internacional español[1087].

A este respecto, el informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de 10 de marzo de 2012[1088], sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada indica unas pautas diferentes. La Conferencia propone asumir un sistema de orden público reducido para las situaciones legítimamente creadas en países extranjeros en el que se permita reconocer efecto jurídicos derivados de la maternidad subrogada sucedida al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero. La Conferencia en armonía con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos informa de la necesidad de minorar la aplicación del orden público internacional debiendo ser aplicado bajo imperiosa necesidad y por el fin legítimo que lo justifica. En resumen, lo que se recomienda es, siempre que sea por el interés superior del menor, poder aminorar la aplicación del orden público internacional que permita reconocer en el país en el que la técnica gestacional contratada está prohibida, de la filiación legalmente determinada en el país que, por el contrario, es permisivo con esta técnica reproductiva. Todo lo anterior, no excluye que no se aplique el artículo 96.2.d de la nueva Ley del Registro

[1087] García Alguacil, M, J. *"Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*", ob. cit., pág. 106.
[1088] Como ya hemos indicado, La Conferencia de la Haya trabaja actualmente en la preparación de un convenio internacional sobre esta materia. Vid. http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=178.

Civil de 2011, que permite reconocer la filiación siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos:

1.- Regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.

2.-Que el Tribunal Internacional haya basado su competencia en criterios equivalentes a los seguidos en la legislación española.

3.- Que todas las partes hayan sido notificadas en tiempo y forma para preparar el procedimiento.

4.- Que el consentimiento se haya prestado libre y voluntariamente y sin incurrir con error, dolo o violencia y tengan capacidad natural suficiente.

En la sentencia se recuerda que en España la Ley 35/88 TRA, y en la de la actual la Ley 14/2006 TRHA, fueron creadas con un amplio debate social, bajo informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas, creada por el Congreso de los Diputados, en la que intervinieron médicos, profesores y juristas. Pese a todo esto, se optó por el artículo 10 que prohíbe la maternidad subrogada y que ha permanecido intacto tras el cambio legislativo.

Todo esto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral californiana al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución, es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

En base a todo lo anterior, la Sala finalmente falló que la filiación cuyo acceso se pretendía inscribir en el Registro Civil Español es consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. Decidió que no puede por tanto admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes. Añade que es importante tomar en consideración que nuestra ley sobre TRHA no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación, sino que además prevé cual es el régimen de filiación del niño que nace como consecuencia de dicha contrato. La filiación cuya inscripción se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el artículo 10 de la LTRHS y, como tal, incompatible con el orden público español. Esto impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.

En consecuencia, El Tribunal Supremo ordenó la cancelación de la filiación de los padres (no del resto de datos registrales de los niños) e instó a los progenitores a que, en el caso de que alguno de ellos fuera el aportante del material genético, ejercitara la acción de reclamación de paternidad y determinara así la misma. A su vez, el otro progenitor podría solicitar posteriormente la adopción. Instaba a las partes a que, en definitiva, aplicaran el trámite previsto en el artículo 10.3 de la LTRHA. Recoge también el Tribunal que, de igual forma, existen en nuestro sistema figuras como el acogimiento familiar o la adopción que permiten la formación jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar. Independientemente de esto, insta al Ministerio Fiscal a ejercitar las posibles acciones para que, en la medida de lo posible, se determine la filiación tomando en consideración la efectiva integración en el núcleo familiar predeterminado al que pertenecen.

e.b) Consecuencias principales que acarrea el fallo:

1.- Ambos recurrentes serán considerados padres de los niños sólo fuera de nuestras fronteras. En España tendrán otra filiación distinta. Si atendemos a las ya explicadas reglas de determinación de la maternidad en España, la madre de alquiler sería reconocida legalmente como tal. Esto deriva en un problema burocrático sumamente perjudicial para los menores en cuestiones tales como la pérdida de la nacionalidad española (se convertirían en "sin-papeles", inmigrantes ilegales en su propio país), la alteración de los apellidos o riesgo de sus derechos sucesorios. Los que nazcan tras esta sentencia, únicamente podrán estar en nuestro territorio de forma legal mientras dure el visado de turista[1089].

2.- Lo anterior afecta de igual forma al derecho de los menores a tener una identidad única, derecho que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

3.- Para esos padres intencionales la consecuencia es clara; se obliga a "borrar" a sus hijos del Registro Civil Español para volver a inscribirlos a favor de uno sólo de ellos. El inscribir forzosamente a la mujer gestante como madre legal, no sólo les implica en una evidente comisión de un incumplimiento de contrato, sino que además se podría estar violando gravemente la intimidad y voluntad de esta mujer. Su renuncia voluntaria a cualquier filiación a su favor es correcta desde un punto de vista jurídico.

[1089] En California se aplica el "*ius soli*" por medio del cual se adquiere la nacionalidad norteamericana por lugar de nacimiento. Esto permitió otorgar pasaporte estadounidense a los niños. Gracias a esto, pudieron salir de Estados Unidos y entrar en España en compañía de sus padres intencionales.

¿Hasta qué punto es necesario que todos estos bienes jurídicos sean vulnerados? Los recurrentes entienden que únicamente ellos han sido las personas que manifestaron el consentimiento inicial de ser sus padres por naturaleza, no la mujer que les dio a luz. Ésta únicamente asumió el papel de parte interviniente en el contrato de gestación y se limitó a cumplir las obligaciones previstas en el mismo.

4.- Para regularizar la situación, uno de los padres (el que aportó el material genético para la procreación) tendrá que ejercitar la acción de reclamación de paternidad prevista en nuestra legislación civil. Una vez determinada su paternidad, el otro cónyuge podrá acceder a la filiación de los niños a través de la adopción. Es una realidad que, durante este ínterin de tiempo, distintas situaciones de la vida podrían poner en una grave situación de desamparo a los niños. Es posible que durante la tramitación de estos procedimientos propuestos en la sentencia, se produzcan situaciones absolutamente normales en nuestra sociedad como podría ser el divorcio de los padres o, incluso, la muerte del varón que sea determinado en primer lugar. Esto cambia considerablemente la situación legal de los niños.

5.- Las consecuencias jurídicas que crea esta sentencia son completamente distintas dependiendo de quiénes son los comitentes en la técnica de maternidad subrogada. No será lo mismo cuando se trate de una pareja heterosexual o de una pareja homosexual de mujeres, o de un sujeto individual, que cuando los comitentes sean pareja homosexual de varones. En los primeros, las trabas para la inscripción son prácticamente inexistentes en aras a la necesidad de control del hecho y de la legalidad que se requiere para la homologación de la filiación previamente determinada en sentencia extranjera. Al tiempo, para estos supuestos, ninguna madre gestante es necesaria. Ningún control ni sospecha deriva de esa inscripción extranjera que cómodamente se homologa en nuestro registro. En cambio, la peculiaridad de que sean dos varones es lo que pone en alerta al encargado español de realizar el reconocimiento de resolución extranjera, dada la evidencia derivada de cuestiones naturales, físicas y morfológicas.

6.- ¿Y en el caso de que ninguno de los padres intencionales fuera el que aportó el material genético para la inseminación de la madre gestante? En este supuesto no se podría acudir a la acción de reclamación de la paternidad y, en consecuencia, el otro cónyuge tampoco podría acudir a un procedimiento de adopción posterior. Esto significa que, teniendo en cuenta que la maternidad tampoco ha quedado determinada,

estos niños se encontrarían sin filiación ninguna; ni paterna ni materna. ¿Qué ocurría entonces con ellos? La opción posible a tener en cuenta para solucionar este conflicto descansa en que, teniendo en cuenta que la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida está basada en el consentimiento de los padres intencionales, podría acudirse precisamente a este consentimiento como título para la determinación de la filiación. Este título debería ir acompañado de la correspondiente posesión de estado, a tenor de la aplicación del artículo 113 CC[1090]. Es precisamente esta posesión de estado de los padres intencionales, respecto de los niños, la que podría salvar esa posible situación de desamparo que podría acarrearse en el caso de que ninguno de los varones fuera el que aportó el material genético. El componente negativo de esta solución es el ínterin de tiempo que implica su tramitación.

Estos argumentos recuerdan a los utilizados por el Tribunal Supremo en los casos de maternidad lesbiana, a la hora de permitir interponer la acción de reclamación de la filiación por parte de la madre no gestante sobre la base del consentimiento y la posesión de estado[1091].

e.c) <u>El Voto Particular</u>

La disonancia más evidente con este fallo la encontramos en el voto particular emitido por el Magistrado, Sr. Seijas Quintana, en voz de la minoría del pleno:

El voto discrepante afecta a las siguientes cuestiones resueltas en la sentencia:

1.- <u>Vía utilizada para acceder al Registro Civil</u>:

Entiende el Magistrado que, tal y como se admite en la resolución, la técnica a aplicar no es el conflicto de leyes sino, efectivamente, la de reconocimiento de la decisión de autoridad adoptada por los órganos administrativos del Registro Consular de los Ángeles. Descansa su argumento en el hecho de que, en el procedimiento de referencia, no consta literalmente la existencia de un contrato de gestación subrogada previo. Simplemente se presupone. A este contrato tampoco se le da constancia alguna en la certificación registral. Por todo ello se entiende que, al existir una previa decisión en orden a la filiación de los niños, el acceso de la decisión extranjera no debería de plantear problemas sobre la ley aplicable, sino con relación al hecho del reconocimiento

[1090] Artículo 113 CC*:" La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado* (…).

[1091] STS, de 5 de diciembre de 2013 (REC. Núm. 134/2012, Magistrado ponente, Seijas Quintana) y STS, de 15 de enero de 2014 (REC. Núm. 758/2012, Magistrado ponente, Orduña Moreno).

en España de un documento auténtico de autoridad administrativa extranjera. Defiende la correcta aplicación del aludido artículo 81 del RRC y manifiesta que en esta solución estaría además amparada en el principio de igualdad e interés de los menores. En este sentido, el documento extranjero presentado a efectos de inscripción es de los que permiten la misma en el Registro Civil español, sin necesidad de control previo de su legalidad, al haberse producido con arreglo a la ley californiana.

Lo que se interesa, por tanto, es el reconocimiento de la filiación resultante de la legislación americana en relación con el amparo que se presta a unos hijos de españoles. Todo ello, al margen del contrato en cuya proyección, se afirma, en ningún momento intervinieron los menores, como es evidente. Es por ello, que el instrumento contractual no puede ser la causa de la denegación del reconocimiento. En consecuencia, determina el Magistrado, que no resultaría de aplicación el art. 10 de la LTRHA puesto que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera. Atendiendo a esta conclusión, el problema se trasladaría a resolver si esa decisión es contraria o no el orden público internacional. Este es el argumento utilizado en algunas resoluciones dictadas en países de nuestro entorno en las que este tipo de contratos están prohibidos por su legislación

2.- Sobre la vulneración del orden público internacional, señala Seijas que, en realidad, lo que considera nulo el legislador español es el contrato de gestación por sustitución. Defiende que hay que diferenciar la práctica de estas técnicas en España (las cuales está claro que están prohibidas), de los efectos que producen cuando provienen de un estado que las permite y por tanto las da eficacia. Lo que se somete a valoración de la autoridad española no es en realidad la legalidad del contrato de gestación sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. La denegación de este reconocimiento solo podría producirse cuando se vulnera el orden público, entendido desde el interés superior del menor. Al igual que ocurre en materia de adopciones internacionales, el orden público en estas cuestiones no debe valorarse desde el punto de vista de la contrariedad con la norma interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor. La normativa reguladora tiene también características de orden público y debe ser observada por los jueces y tribunales en cuanto les afecte. Así lo establece el artículo 53 CE, el 5 LOPJ.

El voto particular, en este aspecto, hace referencia a que la citada Conferencia de La Haya de 2012, en su informe preliminar, establece que "*lejos de rechazarlo trata de*

uniformar los acuerdos internacionales y de procurar una regulación internacional que dé respuesta a una realidad social evidente, propiciada por el aumento de casos".

De la misma forma, en el voto discrepante se contempla que la vulneración del orden público sólo puede comprobarse caso por caso. Será labor de los Tribunales Españoles decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España, contrarían los principios consagrados en nuestra Constitución; no los que emanan de una ley que anula el contrato de gestación por sustitución.

En relación con los motivos que llevan a la mayoría del pleno a confirmar las sentencias de primera instancia y de apelación, Seijas Quintana manifiesta:

.- En cuanto al supuesto ataque a la dignidad, no se indica de qué forma esa dignidad es vulnerada. Lo que está claro es que tanto los contratantes de la gestación como la propia madre gestante, prestaron un consentimiento, libre, voluntario e intencional a esta forma de procreación. Además, ésta se acepta en el seno de un procedimiento judicial con todas las garantías necesarias dirigido a determinar la filiación de los niños conforme a la voluntad de las partes[1092].

.- De igual forma, en la resolución, tampoco se explica cómo se vulnera la dignidad de los menores nacidos a través de esta técnica. Únicamente se acredita el deseo de dar a estos niños una familia.

.- En el procedimiento no ha quedado acreditado la afirmación expuesta en la sentencia relativa a la existencia de beneficios económicos indebidos o la participación de intermediarios.

.- La DGRN, a través de resoluciones como la impugnada, valora que se ha respetado el interés superior del menor de acuerdo a lo exigido en el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989[1093], sobre los Derechos del Niño. La ruptura absoluta del vínculo del menor con la madre gestante, quien en adelante no ostentara patria potestad, garantiza el derecho del niño a disponer de una única filiación, válida para todos los países.

[1092] California Family Code. Sección 7630.

[1093] Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989: "*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño*"

3.- Principio general del “interés del menor”. Como cláusula general posee un contenido indeterminado y su aplicación puede realizarse de forma arbitraria a expensas del aplicador de la ley. El legislador otorga a los jueces y magistrados un margen de libertar arbitraria a la hora de tomar decisiones respecto a los asuntos que se les plantean. Estas decisiones judiciales deben estar en consonancia con la realidad del momento y las circunstancias concretas del caso. Se les permite, por tanto, flexibilizar sus fallos atendiendo a principios superiores como es el interés del menor, que debe primar sobre otros. Así se recoge en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

A este respecto, la mayoría del pleno, entendió que no puede justificarse una absoluta vulneración de la Ley española en aras a la protección del menor. Señala el Tribunal que, junto a este principio general del interés del menor, existen en nuestro sistema otros bienes, valores y principios que, de la misma manera, hay que ponderar. Señala como uno de ellos la propia dignidad de la mujer gestante, generalmente joven y carente de recursos económicos. Al tiempo, hace alusión a la necesidad de impedir esta técnica como método de comercialización. Pues bien, a la hora de ponderar todos esos valores y principios señalados, para nuestro T.S. han pesado más estos últimos (entendidos como valores y principios defendidos en nuestra sociedad y, al tiempo, recogidos literalmente en nuestras leyes), que en la protección del menor. Entiende la mayoría que la protección de los menores en este caso concreto no queda desamparada puesto que afortunadamente nuestro sistema les da cobertura legal.

En referencia a este argumento mayoritario, el voto particular hace una crítica al razonamiento esgrimido sobre la “cosificación” y mercantilización de la madre gestante necesitada económicamente. Recuerda Seijas que el consentimiento de la madre gestante a entregar al niño es libre y consciente, por lo que se excluye la cosificación y explotación de las mujeres portadoras. El hijo que nace es un niño deseado y querido por una familia que ha hecho todo lo posible por tenerle junto a ellos (esto elimina la afección al interés del menor). El voto particular recoge literalmente a este respecto: “*es al niño al que se le da una familia y no a la familia un niño” es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica*”.

En realidad, con el propósito de esta sentencia se está ignorando una realidad social. Es un hecho ya consumado que los niños existen y que han sido criados en el

seno de una familia concreta y que como tal se han comportado y actuado. Además este comportamiento no ha sido únicamente de facto sino que ha sido consecuencia indiscutible de la aplicación de una legislación extranjera que ha sido realmente la que les ha otorgado el cargo. Aplicar en este caso la normativa interna como cuestión de orden público, no hace más que perjudicar a esos niños a los que se les está colocando en una situación de desamparo legal, privándoles de su identidad y de su núcleo familiar; el único que han conocido desde el momento mismo de su nacimiento. Esto pone de manifiesto una contrariedad respecto a la exigencia ineludible de proteger el interés de los menores. Todo ello, tal y como ha destacado el Tribunal de Justicia Europeo en más ocasiones[1094], así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[1095] en interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En reflejo de todo lo anterior, el voto particular finaliza su argumentación haciendo referencia a una expresión que cita literalmente; "*No hay orden público si en el caso se contraria el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada*".

Son muchas las voces que se han alzado en defensa de este voto particular al entender que no hay que olvidar que estamos hablando de niños; personas de carne y hueso que han nacido en el seno de una familia que deseo tenerlos con ellos y que, por circunstancias naturales evidentes, no pudieron conseguirlo de manera biológica. Critican que estos niños quedan en un limbo legal, en tierra de nadie. No hay que olvidar que ellos tienen identificados a la perfección a los que consideran sus padres desde el mismo momento de su nacimiento. Nadie más ha ejercido como padre aparte de ellos. Estos niños han llevado desde su origen unos apellidos. ¿Hay que cambiarlos? El interés del menor en estos supuestos entendemos que debe primar sobre la normativa puramente interna y la estricta aplicación del orden público internacional. Por razones de protección de los mismos y la necesidad de causarles ningún perjuicio dado que, está claro, que ninguna intervención tuvieron en su creación para que ahora, exclusivamente ellos sufran los males mayores de esta historia.

[1094] Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (C 148/02), de 2 de octubre de 2003 (caso García Avelló)/ Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (C 353/06), de 14 de octubre de 2008 (caso Grunkin-Paul).
[1095] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 7620/01, de 28 de junio de 2007 (caso Wagner).

f) La gestación por sustitución en España a partir de la Sentencia de 6 de febrero de 2014: Jurisprudencia del TEDH

A raíz de esta sentencia del T.S. se conseguía en apariencia consolidar un criterio judicial aplicable a la materia, cuanto menos discutible desde un punto de vista jurídico. Poco duró está solución. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en fecha 26 de junio de 2014, dictó dos sentencias en las que, no sólo desdecía al alto Tribunal Español, sino que además le obligaba a replantearse este problema desde el punto de vista de la protección del interés superior del menor, y del respeto a los derechos humanos. Se trata de dos resoluciones relativas a los ya conocidos como "Asunto Mennesson" y "Asunto Labassee", ambos contra Francia. Posteriormente, en enero de 2015, el Tribunal condenó de igual forma a Italia en relación con un supuesto de gestación por sustitución; "Asunto Paradiso & Campanelli".

f.a) Asunto Mennesson contra Francia[1096]:

Los Mennesson, un matrimonio heterosexual de nacionalidad francesa, debido a un problema de infertilidad de la mujer, después de infructuosamente haber acudido a la fecundación in vitro, decidieron suscribir un contrato de maternidad subrogada en California. El varón, en ese caso, aportó su propio esperma para la fecundación. El Tribunal Supremo de ese Estado, a través de la sentencia de fecha 14 de julio de 2000, declaró la paternidad de este matrimonio tras prestar consentimiento todas las partes involucradas. El consentimiento fue emitido no sólo por los padres contratantes, sino por la mujer gestante y el marido de ésta. En fecha 25 de julio de ese mismo año, nacieron dos niñas gemelas. Días después, acudieron al Consulado de Francia en Los Ángeles con el fin de solicitar la transcripción del acta de nacimiento y consiguiente inscripción de las menores en su pasaporte. El Cónsul Francés se opuso a la solicitud al no aportar prueba física del nacimiento y sospechar, por tanto, que se trataba de un caso de gestación por sustitución. Los órganos federales norteamericanos habían expedido los pasaportes estadounidenses de las niñas en los que los Mennesson figuraban como padres. Gracias a estos pasaportes[1097] la pareja y sus dos hijas pudieron entrar en Francia.

[1096] TEDH 65192/11

[1097] Los pasaportes de las niñas fueron expedidos de acuerdo al "*ius soli*" que rige en Estados Unidos y en virtud del cual se otorga la nacionalidad estadounidense por razón de lugar de nacimiento.

En mayo de 2001, el Ministerio público denunció a los Mennesson por la supuesta comisión de un delito de simulación de parto y alteración del estado civil[1098]. En fecha 30 de septiembre de 2004, esta denuncia fue archivada en base al principio de territorialidad de la Ley penal. El Ministerio Fiscal, en fecha 16 de mayo de 2003, también interpuso ante el Gran Tribunal de Instancia Francés[1099] una demanda civil con el fin de solicitar la inscripción de las actas de nacimiento de las menores para posteriormente poder instar la anulación de las mismas en base a la violación del orden público. En concreto, violación del principio de indisponibilidad del cuerpo humano y el estado civil de las personas. Para ello, alegó los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil Francés que prohíben la maternidad subrogada. A través de la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2005, el Tribunal desestimó la demanda por entender que no cumplía con los requisitos legales necesarios.

De la misma forma, La Corte de Apelación de París, en sentencia de 25 de octubre de 2007, rechazó la petición de nulidad instada por el Fiscal[1100]. Como fundamentación jurídica a esa desestimación alegó que el Ministerio Fiscal no había impugnado el reconocimiento de la decisión americana ni los documentos públicos californianos relativos al estado civil. Apoyó su pretensión en el artículo 47 del Código Civil Francés, relativo a la transcripción registral sin necesidad de exequatur de las actas extranjeras relativas al estado civil. Al tiempo, se invocó el orden público internacional en relación con el interés superior del menor, en base al artículo 3 de Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Niño de 1989, al considerar que si la decisión que homologa el contrato de gestación por sustitución no produjera efecto alguno conllevaría que las niñas pudieran quedar huérfanas y por tanto extranjeras hasta que no fuera legalmente determinada la filiación paterna.

El Abogado General del Tribunal, en fecha 17 de diciembre de 2008, recurrió esta decisión interponiendo un recurso de casación ante la Corte[1101]. El Tribunal resolvió diciendo que, aunque el Ministerio Fiscal tenía legitimación para instar la anulación por motivos de orden público, no entraba a conocer de las cuestiones de fondo por entender que era competencia del Tribunal de Apelación.

[1098] Artículo 227-12 del Código Penal Francés.
[1099] Tribunal de Grande Instance de Gréteil.
[1100] Court d,Appel París. 25.10.2007. Notas de Cuniberti, G. JDI, 2008, págs. 145 y ss; Hauser. J. "*Personnes et droits de la Famille*". RTDCiv, núm. 1. Págs 193 y ss.
[1101] Cour de Cassation.

Finalmente, la Corte de Apelación de París[1102] ordenó anular la transcripción de las actas de nacimiento y transcribir la sentencia en el marginal de esa inscripción de nacimiento anulada. Su decisión versó sobre los siguientes argumentos:

.- Las actas de nacimiento estaban basadas en una sentencia emitida por un órgano californiano en la que se declaraba como padres a los Mennesson. Su eficacia por tanto quedaba subordinada a la regularización internacional de esa decisión judicial.

.- En Francia para el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras se requiere la competencia indirecta de un juez extranjero, basada en el nexo entre el litigio y la jurisdicción de origen, la conformidad con el orden público francés, e inexistencia de fraude de ley.

.- Se entendió que no había necesidad de indagar sobre la concurrencia de un fraude de ley puesto que, al ser un hecho que en Francia están prohibidos los contratos de gestación por sustitución, la sentencia californiana que valida un contrato de este tipo, es contraria al orden público internacional.

.- Invocar el interés superior del menor no puede consistir en validar a posteriori un proceso cuya ilicitud está presente por el legislador francés.

.- La ausencia de inscripción no busca como objetivo privar a las menores de su estado civil americano ni impugnar la filiación que les ha sido reconocida por un derecho extranjero.

Ante esta decisión, los Mennesson recurrieron en casación alegando el quebrantamiento del interés del menor proclamado en el artículo 3.1 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y vulneración de los artículos 8 y 14 de la Convención Europea de Derecho Humanos, relativos al derecho a la vida privada y familiar. Al tiempo manifestaron que no puede confundirse el concepto de orden público internacional con el de orden público interno.

En respuesta a este recurso, la Corte de Casación, en sentencia de 6 de abril de 2011, confirmó la sentencia de apelación entendiendo que la resolución emitida por los Tribunales Californianos de fecha 14 de julio de 2000 era contraria al orden público internacional. Falló que las actas de nacimiento debían ser anuladas y que, esa anulación no vulneraba el derecho a la vida privada y familiar ni el interés superior del menor. En esta sentencia se alegó que el contrato de gestación por sustitución es nulo en Francia y,

[1102] Cour d,Appel de París.

por tanto, contrario al principio de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas. Afirmaron la presenciada de un fraude a la ley francesa y, en consecuencia, ante la presencia de tal fraude, ni el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada y familiar podían ser alegados.

f.b) <u>Asunto Labassee contra Francia</u>[1103]

En gran medida este asunto coincide con el caso Mennesson. En base a esta realidad, el TEDH resolvió ambos casos de la misma manera. El matrimonio Labassee, de nacionalidad francesa, ante un problema de infertilidad en la esposa decidió celebrar un contrato de gestación por sustitución en Minnesota (EE.UU.). La paternidad del matrimonio quedó establecida a través de la correspondiente resolución judicial de los órganos norteamericanos. Nacida la niña, está fue registrada en el Registro civil de ese país. Años después, tras la solicitud de inscripción ante los órganos franceses, se emitió la negativa a la inscripción de esa acta de nacimiento y consiguiente filiación extranjera al entender que ésta descansaba en un contrato de gestación por sustitución y, por tanto, era contraria al orden público internacional francés. Ante esta situación, el matrimonio optó por el intento de inscripción acudiendo a la figura de la posesión de estado[1104].

La Corte de Casación Francesa, a través de la sentencia de fecha 6 de abril de 2011, negó efectos a la celebración de ese contrato de maternidad subrogada al entender que era contrario al orden público internacional francés, incluyendo la posesión de estado alegada. Entendió que los efectos que esta podía producir en relación al establecimiento de la filiación de los padres intencionales iban en consecuencia a lo anterior. La Corte manifestó que esta decisión no privaba a la menor de su filiación puesto que en el Estado norteamericano de Minnesota estaba reconocida. De esta forma no se impedía a la menor la convivencia con sus padres intencionales en Francia, ni se vulneraba su derecho a la vida privada y familiar ni el interés de la menor.

En ambos asuntos, los comitentes demandaron a Francia ante el TEDH.

f.c) <u>Comentario de las sentencias del TEDH de fecha 26 de junio de 2014</u>

En las correspondientes demandas que interpusieron ambas familias contra el Estado Francés, se defendía que se estaba vulnerando el interés de los menores y el

[1103] TEDH 65941/11

[1104] Recordamos que, tal y como se ha expuesto en este trabajo, la posesión de estado responde a una apariencia pública social basada en un comportamiento previo y no interrumpido del supuesto progenitor y el hijo, basada en requisitos tales como "*tractatus*", fama y "*nomen*" (Art. 113 CC).

derecho a la vida privada y familiar, protegida en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El TEDH dejó asentado que el derecho a la vida familiar del artículo 8 CEDH antepone la necesidad de la existencia de una familia, entendiendo como tal unos vínculos familiares "de hecho". En estos asuntos lo que importa a fin de cuentas es que exista una relación concreta entre los interesados[1105].

En relación con el derecho a la vida privada, el Tribunal aceptó que el derecho a la identidad de los menores es parte integrante del mismo. En estos casos, existiendo una relación real se cumple un nexo directo entre la vida de los niños y la determinación jurídica de su filiación[1106]. Los padres entendían que esa negativa de las autoridades francesas a reconocer el vínculo familiar supone una violación al respeto de la vida familiar al igual que ha sucedido en otros casos[1107]. La injerencia en ese derecho está justificada en supuestos establecidos por la Ley o cuando se persiguen fines legítimos, siendo necesaria una proporcionalidad entre la injerencia y ese fin legítimo perseguido[1108].

Según el TEDH los fines que persiguen las partes son legítimos al entender que se trata de la protección de la salud y de los derechos y libertades de los individuos. La negativa de Francia a reconocer eses vínculo de filiación entre estos niños y sus padres intencionales tiene como objetivo desanimar a ciudadanos franceses a que opten por intentar este tipo de contrato prohibido en el extranjero. Esto último, lo justificaban con el fin de proteger no sólo al menor sino a la madre contratada[1109]. El margen del que goza un estado para decidir lo que entiende como "necesario" en una sociedad democrática es muy amplio en asuntos en los que existe consenso en el interés en juego y en la forma de protegerlo; sobre todo cuando de ello derivan cuestiones delicadas, éticas o morales. Ese margen de apreciación tendrá que ser más restringido cuando se trata de aspectos relativos a la existencia o identidad del individuo.[1110] En este caso, la

[1105] Punto 45 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Mennesson c. Francia/ punto 37 STEDH, de 26 de junio; Asunto Labassee c. Francia.
[1106] Punto 46 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Menmesson c. Francia/ punto 38 STEDH, de 26 de junio; Asunto Labassee c. Francia.
[1107] STEDH, de 28 de junio de 2007 (caso Wagner et J.M.W.L. c. Luxemburgo).
[1108] Punto 50 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Mennesson c. Francia/ punto 51 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Labassee c. Francia.
[1109] Punto 62 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Mennesson c. Francia/ punto 54 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Labassee c. Francia.
[1110] Puntos 77-80 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Mennesson c. Francia/ puntos 56-58 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Labassee c. Francia.

respuesta del Tribunal descansa en que en el caso de los contratos de gestación por sustitución concurre, por un lado, no existe consenso entre los Estados en torno a una regulación de la figura y, al mismo tiempo, se trata de una cuestión esencial de la identidad de los individuos que afecta a la filiación legal. Es por ello que, en base a lo anterior, se debe encontrar un equilibrio entre los intereses de esos Estados y el de los individuos implicados. Para esa búsqueda se ha de tener en cuenta "el interés superior del menor", entendido desde el punto de que, cuando esté afectada la situación de un menor, este interés superior ha de prevalecer[1111].

El TEDH afirmó que cuando se utiliza como referente el orden público internacional para denegar la inscripción de esas actas de nacimiento y de filiación de los hijos nacidos de gestación por sustitución, resulta necesario averiguar si ese Tribunal Estatal valoró la búsqueda del justo equilibrio entre los intereses de los Estados y los de los particulares afectados (interés superior del menor y su derecho a la vida privada y familiar). La Corte de Casación Francesa había entendido que con esos contratos de maternidad subrogada se vulneraba el orden público internacional francés al violarse principios básicos del derecho francés, entre ellos el principio de indisponibilidad del estado civil[1112].

Para el Tribunal Europeo resulta imprescindible diferenciar entre el derecho de los padres demandantes a su propia vida familiar, y el derecho de esos niños a que se respete su vida privada. En relación al primero de ellos afirmó que, el hecho de que los órganos franceses se nieguen a la inscripción del acta de nacimiento y de la filiación de las niñas, a pesar de producir evidentes inconvenientes para ellos, no quebranta la vida familiar. En cuanto el segundo, el TEDH señaló que el respeto a la vida privada requiere que cada persona pueda establecer los detalles de su propia identidad como ser humano. En este punto, incluye la filiación, entendiendo esta como un requisito esencial de la identidad. Si se deniega el reconocimiento de efectos a una sentencia extranjera, la filiación de los niños es admitida de acuerdo al derecho de un estado extranjero pero se impide la propia condición de "hijos", así como de todas las consecuencias que derivan de ese mismo hecho (nacionalidad, derechos sucesorios, responsabilidades paterno-filiales). Es esta contradicción la que vulnera el derecho a la identidad de las personas y,

[1111] Punto 81 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Mennesson c. Francia/ punto 60 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Labassee c. Francia.
[1112] Punto 82-85 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Mennesson c. Francia/ punto 61-63 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Labassee c. Francia.

por ende, lo que provoca que un Estado, al negar esa inscripción de filiación, se extralimite en el margen de apreciación obligado que el impone el artículo 8 CEDH[1113].

En conclusión, el TEDH, a través de señaladas sentencias, condenó a Francia a cumplir con el mandato de inscripción de nacimiento y filiación de los hijos nacidos de maternidad subrogada en países extranjeros. Al ser una decisión vinculante para el resto de países miembros, se estaba de igual forma ordenando implícitamente a España a cumplir esta sentencia. En definitiva, entendemos que con estas sentencias se estaba dando un varapalo a nuestro T. S. quien, como hemos visto anteriormente, había emitido cuatro meses antes una decisión contraria con ocasión de la sentencia de fecha 6 de febrero de 2014.

Uno de los puntos que destacamos de estas sentencias es la suprema importancia que el Tribunal otorga al componente genético. En ambos casos, el progenitor había sido aportante de material genético y, por tanto, El Tribunal entendió que con la negativa se le estaba privando de poder quedar constatado oficialmente como progenitor legal, cuando en realidad era su progenitor genético. A pesar de que estas sentencias han sido un importante avance en materia de gestación por sustitución a nivel europeo, nos parece preocupante el hecho de ensalzar de tal manera el vínculo genético. Decimos lo anterior al entender que la exigencia de aportación de material genético podría suponer dejar fuera de ámbito de aplicación de la gestación por sustitución los supuestos en los que ninguno de los comitentes ha podido aportar material genético por razones físicas de salud. Este hecho supondría que únicamente se podría dar eficacia registral de la filiación de hijos nacidos por maternidad subrogada cuando alguno de los comitentes sea progenitor genético. Se excluiría del acceso a esta técnica reproductiva a personas solas con problemas de esterilidad, o a parejas donde ambos miembros padeciesen esa afección.

f.d) <u>Sentencia del TEDH de 27 de enero 2015; Asunto Paradiso & Campanelli contra Italia</u>[1114]:

Este asunto versa sobre un matrimonio italiano, Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, que acudió a Rusia con el fin de celebrar un contrato de gestación por sustitución. En febrero de 2011 nació el bebé y, de acuerdo a las normas rusas, fue

[1113] Punto 87-100 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Mennesson c. Francia/ punto 71-79 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Labassee c. Francia.
[1114]Demanda núm. 25358/12: http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/02/el-tedh-exige-tener-en-cuenta-el.html

inscrito como hijo de los comitentes. En todo momento se omitió que el nacimiento era fruto de un contrato de maternidad subrogada. En este caso los comitentes no habían aportado material genético. En abril de 2011 el Consulado de Italia en Moscú otorgó la documentación correspondiente y el niño pudo viajar a Italia con sus padres. Una vez llegados a su lugar de residencia, Colletorto, solicitaron la inscripción del nacimiento en el registro civil. El Tribunal de Menores de Campobasso fue informado por el Consulado de Italia en Moscú que el expediente sobre el nacimiento del niño contenía información falsa. El matrimonio fue acusado de un delito de alteración del estado civil y de incumplir la legislación sobre adopción nacional e internacional.

El Tribunal de Menores, por petición del Ministerio Fiscal, cuando el niño ya contaba con seis meses de vida, les retiró la custodia al comprobarse, previa prueba biológica, que los comitentes no eran sus padres genéticos. De igual maera la decisión la fundaron en que no podían ser considerados padres adoptivos al no haberse tramitado dicho procedimiento. En enero de 2013 el niño, después de pasar por una situación de tutela, fue entregado en adopción. Tres meses después el niño adquirió una nueva identidad, indicándose en el certificado de nacimiento que originariamente era hijo de "padres desconocidos". En junio de 2013, el Tribunal declaró la falta de legitimación del matrimonio comitente para intervenir en el proceso de adopción puesto que no eran los padres del niño.

El matrimonio interpuso la correspondiente demanda contra Italia ante el TEDH quien falló a través de citada sentencia que Italia se había excedido de sus parámetros, violando el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, superando el principio de proporcionalidad cuya aplicación viene presidida por el interés superior del menor. El Tribunal estableció que no hay razón para separar a un niño de sus padres que no esté fundada en una lógica protectora. Sin mediar perjuicio para el niño nunca hay que separarle de estos. Indicó que la alegación relativa al orden público nacional no es carta blanca sino que habrá que medirse en función del interés del menor.

A pesar de fallar a favor del matrimonio comitente, el hecho de que el menor llevara dos años residiendo con su nueva familia de adopción hizo que, en aplicación del interés superior del menor, no les devolviera ni al menor ni su filiación.

g) <u>Situación de la gestación por sustitución en España tras las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014.</u>

Debido a todo lo acaecido en relación con este tema, el Ministerio de Justicia Español tuvo que dictar una comunicación instando a los Registros Consulares a inscribir estos nacimientos de niños gestados fuera de nuestras fronteras mediante maternidad subrogada. Esto se hizo a través de la Circular de la DGRN, de fecha 11 de julio de 2014[1115], en la que, a fin de cuentas, se determinó la plena vigencia de la ya citada Instrucción de la DGRN de fecha 5 de octubre de 2010 Recordemos que esta Instrucción es la que permite la inscripción en nuestro Registro Civil de estas filiaciones jurídicas derivadas de sentencias extranjeras. Esto se ordenó sin que la citada Sentencia del Tribunal Supremo, fecha 6 de febrero de 2014, constituyera una limitación jurídica.

Todo lo anterior significa que, ante la pasividad de nuestro legislador, ha tenido que ser la DGRN, junto con los Tribunales de Justicia, los que se han enfrentado a este controvertido conflicto relativo a la inscripción de estas filiaciones en nuestro Registro Civil. La confrontación entre el criterio de nuestro más alto Tribunal y el esgrimido por el TEDH, hace que en este momento la situación sea aún más confusa.

* Por una parte, contamos con una doctrina jurisprudencial emitida recientemente por nuestro más alto Tribunal que entiende que:

1) La inscripción de estos nacimientos en España infringiría el orden público internacional español al vulnerarse la dignidad tanto de la mujer gestante como del niño.

2) Se mercantilizaría la gestación y la filiación y se permitiría la explotación de mujeres económicamente desfavorecidas.

3) El principio esencial del interés superior del menor contenido tanto en la legislación nacional como internacional, no permitiría al Juez desvincularse del sistema de fuentes al que está sujeto a tenor del artículo 117 CE.

4) El propio Tribunal Supremo propone como solución jurídica utilizar la figura de la adopción como método para dar cabida en España a los efectos que produce un nacimiento en país extranjero a través de gestación por sustitución. Esta solución pasa por la necesidad de interponer una acción de reclamación de paternidad biológica por parte del sujeto que aporto su material genético para, posteriormente, una vez contando

[1115] Ilustre Colegio Provincial de Abogados de León. Actualidad. 30 de julio 2014. Consultado el 2 de agosto de 2014.

con esta determinación oficial, su pareja pueda instar, a través de la aplicación del art. 176.2.2ª CC, la adopción del hijo ya determinado de su consorte.

* Por otra parte contamos con la doctrina esgrimida actualmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a través de condena a Francia, "corrige" la postura del Tribunal Supremo Español:

Entiende que la negativa a inscribir una filiación derivada de un sentencia extranjera, dictada acorde a la legislación del país correspondiente, aún en el supuesto de convenio de gestación por encargo, afecta gravemente al respeto de la vida privada y familiar del hijo así nacido, así como a su identidad y al principio esencial del interés del menor por vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950.

Creemos apropiado en este punto mentar los artículos 96 y 98.2 de la nueva Ley del Registro Civil de 2011 (con independencia de que a día de hoy se encuentre en prórroga de vacatio legis). Estos preceptos prevén que para los casos en que la certificación registral extranjera constituya un mero reflejo de una resolución judicial anterior, el Encargado del Registro Civil se verá obligado a inscribirla (dejando sin aplicación el artículo 10 LTRHA). En los casos en que la resolución judicial extranjera haya sido dictada en un procedimiento contencioso, será necesario instar por el interesado el correspondiente exequátur. Sin embargo, este requisito no será necesario si esa sentencia deriva de un procedimiento equiparable a un proceso español de jurisdicción voluntaria. En realidad lo que se pretende en esta Ley no es más que dar rango de Ley a la ya citada Instrucción de 5 de octubre de 2010. Ahora bien, si la certificación registral extranjera no refleja una resolución judicial previa, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, y la propia Circular de fecha 11 de julio de 2014, deniega su inscripción en el registro. Este criterio aplicable en virtud de esta Instrucción de 2010 se enfrenta considerablemente al defendido tanto por la mentada Resolución DGRN de fecha 18 de febrero de 2009, como por el mencionado y todavía no aplicable artículo 98 de la nueva LRC. Estos permiten la inscripción de la "certificación de asientos extendidos en registros extranjeros".

Hay que tomar en consideración que todo lo anterior sólo sería aplicable a nacimientos ocurridos en países extranjeros en los que su regulación sobre gestación por sustitución prevé necesariamente la necesidad de una resolución judicial que avale la técnica. Esto significa que, en realidad, sólo los nacimientos celebrados en Estados

Unidos son amparados por esta resolución. A mayor abundancia indicar que, en ningún caso es de aplicación para la celebración de este tipo de contratos en suelo español donde ya conocemos que el efecto jurídico inmediato, por aplicación del art. 10 LTRHA, es la nulidad absoluta de ese contrato y, por ende, la obligación de imponer una maternidad a la mujer gestante que nunca lo pretendió. Insistimos en que toda esta situación resulta altamente discriminatoria desde el momento en que únicamente los españoles que puedan viajar a Estados Unidos podrán acceder a la gestación por sustitución. Como ya hemos hecho referencia, a pesar de que este país no hay duda de que es el más garantista, también es el más costoso.

Independientemente de esta doctrina del TEDH y de la Circular de 11 de julio 2014, la historia volvió a complicarse, más aún si cabe, a raíz del reciente Auto de fecha 2 de febrero de 2015, dictado por el Tribunal Supremo. Esta resolución resolvía la pretendida nulidad de la sentencia de 6 de febrero de 2014, que, a raíz de las sentencias emitidas por el TEDH, solicitó la parte afectada en el conflicto de origen:

h) <u>Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015</u>[1116]

Como consecuencia de las sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014 (que adquirieron firmeza en septiembre de 2014) el matrimonio valenciano protagonista del asunto judicial de referencia, interpuso ante el T.S. un incidente de nulidad de actuaciones, al amparo de los arts. 228 LEC y 241 LOPJ. Una vez admitido a trámite, y tras los trámites procesales oportunos, la Sala de lo Civil del T.S, constituida en pleno, emitió este Auto de 2 de febrero de 2015[1117], por el que rechaza la declaración de nulidad de la sentencia de 6 de febrero de 2014 declarando, por tanto, su absoluta eficacia y validez.

La pareja recurrente solicitó la nulidad de la sentencia por entender que se habían vulnerado derechos fundamentales y, en consecuencia, instaba la estimación de su recurso de casación planteado contra la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Valencia. De igual manera, se suplicaba se mantuvieran las inscripciones de filiación de sus hijos en el Registro Civil, otorgadas en su día en los términos acordados por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó informe solicitando que "*Por todo lo expuesto, no siendo idéntico el caso resuelto por la STS nº 835/2013, de fecha 6 de*

[1116]. ATS Nº 335/2015, de 2 de febrero, Sala 1ª (Nº de Recurso 245/2012).
[1117] Al igual que en la STS de 6 de febrero de 2014, el ponente fue el Magistrado Sarazá Jimena.

febrero de 2014, recurso nº 245/2012 a los resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – sentencias de 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia), que afectan al Derecho francés, y dada la diferencia entre el derecho Francés y el español, pudiendo los que dicen ser padres utilizar las acciones de filiación que estimen oportunas y el otro progenitor la adopción, es por lo que el Fiscal considera que la STS nº 835/2013 de 6 de febrero de 2014, recurso nº 245/2012 no vulnera el derecho a la identidad de los menores ni a su vida privada protegidos en el artículo 18 de la Constitución Española".

h.a) <u>Vulneración de derechos fundamentales</u>

En cuanto a los derechos fundamentales presuntamente vulnerados se hacía alusión en primer lugar, al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, seguidamente, al derecho a la igualdad sin discriminación tanto de los menores por razón de nacimiento, como de los padres por su orientación sexual y, por último, al derecho a la intimidad familiar en relación con el derecho a la procreación médicamente asistida.

- <u>En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva denunciada</u>[1118]

La Sala reprochó duramente a los recurrentes, de una forma clara y evidente, el no haber actuado acorde a las exigencias de la buena fe. Se les imputó que los argumentos utilizados para pretender la nulidad descansaban en que la sentencia impugnada se había basado en hechos o circunstancias no probadas (la existencia del contrato de gestación por sustitución y la sentencia emitida por el Tribunal Californiano). Les reprenden que ellos mismos, durante todo el procedimiento, no aportaron dicha documentación pero en todo momento reconocieron y admitieron que el nacimiento se había celebrado a través de un contrato de gestación. Lo mismo se apunta en relación a la sentencia judicial extranjera por la que procedieron a la inscripción registral que pretendían convalidar. Se les responsabiliza de no haber aportado las pruebas documentales que tenían en su poder así como de haberse limitado a formular meras hipótesis sobre hechos respecto a los que tenían perfecto conocimiento. Entre las críticas del Tribunal, destacar la denuncia de una inadmisibilidad de esta conducta por

[1118] Fundamento de Derecho Tercero ATS Nº 335/ 2015, de 2 de febrero de 2015.

parte de los padres intencionales al tenerse en cuenta que se estaban tratando cuestiones tan delicadas como el reconocimiento de una filiación de menores.

Los recurrentes, se quejaron de incongruencia de la sentencia al entender que el T.S. había desviado el debate del proceso hacia la ilegalidad de la gestación por sustitución en España cuando, en realidad, lo que debía discutirse era una convalidación de certificación registral extranjera. El Tribunal rebatió esta denuncia afirmando que, precisamente en la sentencia recurrida se habían tratado todas las cuestiones relativas a la admisión registral a través del análisis de los requisitos de admisión exigidos por el art. 23 LRC, puesto en consonancia con las exigencias constitutivas del orden público internacional español en materia de filiación y reproducción asistida.

- En cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación[1119]

.- Por un lado, alegaron discriminación de sus hijos por razón de nacimiento:

En este punto el T.S. refiere que esta discriminación no existe desde el momento en que el legislador español goza de cierto margen de libertad para atribuir el carácter de relación paterno-filial a determinadas relaciones distintas a la paternidad o maternidad biológica. Si decide atribuir a una determinada relación el carácter de filiación, entonces el juego de la no discriminación por razón de filiación entraría en contraste con el resto de relaciones filiales[1120]. Del principio constitucional de no discriminación por razón de filiación no deriva la obligación de los poderes públicos de tener que otorgar necesariamente el reconocimiento de filiación a relaciones jurídicas que en ordenamientos extranjeros son reconocidas como tales, pero no lo son en el ordenamiento jurídico español. Es el caso de la gestación por sustitución.

.- Por otro lado, alegan discriminación por razón de orientación sexual al no haberse aplicado la doctrina constitucional más reciente relativa al matrimonio homosexual femenino:

Al igual que ya se hiciera en la sentencia recurrida, el T.S. rechaza este argumento alegando que en ningún caso se ha producido discriminación por razón de orientación sexual respecto a matrimonios de lesbianas puesto que de lo que se trata y,

[1119] Fundamento de Derecho Cuarto ATS Nº 335/ 2015, de 2 de febrero de 2015.
[1120] En este sentido, en este Auto de 2 de febrero de 2015, se pone como ejemplos de admisión legal de relación paterno-filial, distinta de la biológica, a las que se producen a raíz de la adopción de hijos por parte del cónyuge, o en situaciones en las que media consentimiento a la fecundación asistida con contribución de donante, por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete a la técnica artificial (Fundamento de Derecho Cuarto, 2.-).

por tanto, se rechaza en la sentencia, es que los recurrentes han optado por la paternidad a través de una técnica prohibida en España como es la gestación por sustitución. Este fallo hubiera concurrido de igual forma fuere cual fuere la condición sexual de los recurrentes.

- En cuanto a la vulneración del derecho a la intimidad familiar en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida[1121]

El T.S. alega que, como en todos los derechos, el de crear una familia no tiene carácter ilimitado, así como la facultad de poder crear lazos de filiación a través de medios no reconocidos por el ordenamiento jurídico. La única salvedad que hace el T.S. es en referencia a que esa falta de reconocimiento sea contraria a exigencias constitucionales, al orden público internacional español o al Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Por todo ello, la Sala entendió que en la sentencia de 6 de febrero de 2014 no existía vulneración alguna de derechos fundamentales.

h.b) Transcendencia de las Sentencias TEDH contra Francia en el caso español

Recordemos que las dos sentencias del Tribunal Europeo versan sobre dos matrimonios franceses que acuden a los Estados Unidos con el fin de suscribir un contrato de gestación por sustitución. Fruto de esos convenios nacen, en un caso dos mellizas, y en otro una niña. Ambos matrimonios obtuvieron las correspondientes actas de nacimiento americanas en las que se reconocía la filiación de estos padres y, en sendos casos, contaron con la previa y necesaria resolución judicial estadounidense. Como en tantos asuntos, fue a la hora solicitar la inscripción de esas niñas en el Registro Civil francés cuando se encontraron con la negativa judicial basada en que esa medida era contraria al orden público francés que prohíbe la gestación por sustitución y establece la indisponibilidad del cuerpo humano.

Interpuestos ambos recursos de casación frente a esa decisión, el Tribunal Francés manifestó que se estaba en presencia de fraude y, por tanto, ni el interés superior del niño garantizado en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niños, ni el respeto a la vida privada y familiar reconocidos en el artículo 8 de la Convención, podían ser invocados útilmente.

[1121] Fundamento de Derecho Quinto ATS Nº 335/ 2015, de 2 de febrero de 2015.

Interpuestas las correspondientes demandas contra Francia, el TEDH resolvió manifestando que el art. 8 del Convenio es aplicable a la "vida familiar" y a la "vida privada" y que, dentro de este último, se integra el derecho a la propia identidad habiendo relación directa entre esa vida privada de los niños nacidos por gestación por sustitución. Además el Tribunal Europeo consideró que el rechazo de Francia a reconocer el vínculo de filiación de estos niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, procede de la voluntad del Estado Francés de desanimar a sus ciudadanos a que recurran a estas técnicas en el extranjero con el objetivo, según su percepción, de preservar a los niños y a la madre gestante.

El Tribunal no reconoció que se hubiera vulnerado el derecho a la vida familiar de los demandantes, puesto que había venido residiendo en Francia en compañía de sus hijas, sin diferencia ninguna con el resto de las familias francesas. Sin embargo, en cuanto al respeto a la vida privada de las menores, sí apreció que se encontraban en situación de incertidumbre jurídica puesto que no se puede ignorar que han sido identificados como hijas de los recurrentes en el extranjero, y que Francia les niega esta consideración en base a que la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación de los comitentes, sea cual sea la vía alegada. Es indiferente que se realice a través de acta de inscripción extranjera, de acta de notoriedad con posesión de estado o, incluso, se intente a través de la reclamación de paternidad por parte del que aportó material genético. Ninguna de estas vías podrá ser considerada en Francia para determinar una filiación si por medio existió un contrato de gestación por sustitución. El Tribunal Europeo consideró que esta limitación absoluta sí atenta contra el reconocimiento de la identidad de las menores en el seno de la sociedad francesa. Además de esto, se está impidiendo a las niñas el acceso a la nacionalidad francesa y a los correspondientes derechos sucesorios.

Por todo ello el TEDH entendió que esa falta de equilibrio entre los legítimos objetivos perseguidos por el Estado al prohibir la gestación por sustitución, y el interés superior del menor, ponen de manifiesto que el Estado Francés habría ido más allá del margen de apreciación que concede el propio art. 8 del Convenio a los Estados.

El T.S., a través de este Auto de fecha 2 de febrero de 2015, procede a plasmar las diferencias existentes entre los casos franceses y el objeto de debate en la sentencia española. Los recurrentes basaban su nulidad en la comparación con los asuntos galos.

El T.S. por el contrario, manifiesta la falta de similitud entre ellos, analizando detalladamente las diferencias existentes.

Diferencias entre los asuntos objeto de las sentencias TEDH de 26 de junio de 2014 y la sentencia T.S. de 6 de febrero de 2014.

Comienza señalando que la única similitud que se da entre los supuestos franceses y el español es en que en todas esas situaciones se deniega la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños, respecto de los padres comitentes, en los contratos de gestación por sustitución. A partir de ese dato las diferencias son importantes:

1.- Por un lado, en los asuntos franceses, su Tribunal de Casación declaró una imposibilidad absoluta de determinación legal en Francia de "cualquier relación de filiación" entre el niño y los comitentes en la que haya intervenido un contrato de gestación por sustitución. Es más, se añadió que, ante esos casos, procede incluso la anulación del reconocimiento de la paternidad del padre biológico al concurrir un carácter fraudulento del contrato celebrado[1122]. Por el contrario, el T.S. español, en aplicación de su ordenamiento jurídico, prevé que, respecto al padre biológico es posible la determinación judicial de la filiación a través de la interposición de la correspondiente acción de reclamación de paternidad, para después producirse la adopción de esos niños por parte de su cónyuge. Esta adopción, además, sería de muy sencilla tramitación puesto que al ser el cónyuge del padre biológico, no sería necesaria la declaración de idoneidad del mismo. Bastaría con la emisión del consentimiento a la adopción Independientemente de esto, aún en el caso de que ninguno hubiera aportado el material genético (hecho que nunca se acreditó en el procedimiento) si los comitentes y los niños efectivamente formaran un núcleo familiar "de facto", también se podría lograr la filiación a través de la figura del acogimiento en base al desamparo que produciría la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones.

2.- En los supuestos franceses, la decisión tomada por el Tribunal impide a las niñas acceder a la nacionalidad francesa ni heredar de los comitentes. A diferencia de esto, en el supuesto español, el T.S. acordó que únicamente la anulación relativa a la filiación de los menores mientras, o bien se tramitaba la citada filiación biológica de manos del cónyuge que aportó el esperma y posterior adopción por parte del otro, o bien

[1122] El Tribunal de Casación de Francia señaló literalmente en dos sentencias del año 2013, dictadas en relación con esta materia, que "*fraus omnia corrumpit*", el fraude todo lo corrompe.

se tramitaba la filiación acorde a la situación familiar de "facto" en el caso de que ninguno de los dos fuera aportante de esperma. Una vez tramitada cualquiera de las vías legales señaladas los niños accederían a la nacionalidad y a sus derechos sucesorios.

3.- Mientras el Tribunal Francés afirmó que al encontrarse ante la existencia de fraude no puede invocarse ni el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada, nuestro T.S. afirmó que sí debe tenerse en cuenta y evitar su desprotección. Es precisamente por esto por lo que en la sentencia se insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones correspondientes para determinar esa filiación de los menores, tomando en consideración esa familia nuclear de facto que forman los comitentes y los niños.

4.- A diferencia del asunto español, en los casos franceses los recurrentes habían solicitado la determinación de la filiación, no sólo con base a esas actas extranjeras de nacimiento sino que, de modo alternativo o subsidiario, en base a la paternidad biológica. Los padres acreditaron la aportación de material genético y, además, en el supuesto Labassee, se instó la inscripción a través de acta de notoriedad por posesión de estado al quedar constatado que habían criado a su hija desde su nacimiento. En ambos casos se reconoció que sendas parejas formaban junto a los niños un núcleo familiar de facto desde su nacimiento. Muy lejos de este planteamiento, en el asunto español los recurrentes han basado su defensa únicamente en la necesidad de conformidad de la inscripción extranjera.

Hay que mencionar que una vez se emitió voto particular[1123] por parte de la minoría del pleno. Defendieron, una vez más, lo expuesto en la sentencia de 6 de febrero de 2014. Discreparon en el sentido de entender que los asuntos franceses no eran de estricta aplicación al asunto español de referencia. Entendieron que la mayoría del Pleno había ofrecido soluciones al conflicto que parten de una misma prohibición; el contrato de maternidad subrogada. Esto significa que la excepción de orden público seguía existiendo. Denunciaron la "*incertidumbre inquietante*" en la que se colocaba a los menores con esta decisión. Manifestaron que no puede disociarse la defensa de los intereses de los adultos de la de los niños puesto que todos ellos forman parte del mismo núcleo familiar desde hace años. Criticaron la decisión alcanzada por la Sala por no haber realizado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. Se le

[1123] De igual manera que en la sentencia recurrida, el voto particular fue suscrito por loa Magistrados, Seijas Quintana, Ferrándiz Gabriel, Arroyo fiestas y Sastre Papiol.

debe dar supremacía al interés superior de los menores y protegerles de la incertidumbre jurídica que la situación les está provocando. Por último, manifestaron que, en realidad, el T.S. ya está abordando la gestación por sustitución a través de las vías de solución propuestas.

i) <u>Situación en España de la gestación por sustitución tras el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015</u>

Ante esta complicada situación, mientras no exista en España una regulación positiva de estos contratos de maternidad subrogada, la solución legislativa provisional prevista para estos momentos podría haber pasado por varias fórmulas. Según Vela Sánchez[1124] la propuesta podría haberse realizado a través de enmienda al Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justica y del Registro Civil, de 13 de junio de 2014[1125]. Señala la opción de recoger de forma expresa el reconocimiento de la filiación jurídica derivada de una resolución judicial extranjera. De esta forma tendría que respetarse la identidad del menor así como la de los padres que consten en su partida de nacimiento extranjera. De igual forma, para el caso de acceso al Registro Civil de certificaciones extranjeras que sean un mero reflejo de una resolución judicial anterior, tendrá que incluirse una norma expresa que permita la inscripción de esa partida de nacimiento extranjera, a través de la técnica del control incidental del funcionario del Registro Consular correspondiente.

El periplo que ha seguido a la Ley del Registro Civil de 2011 ha sido interminable. A través de esta norma las asociaciones de gestación por sustitución tenían la esperanza de encontrar la elevación a rango de ley de la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Finalmente parece que el proyecto decae en muchas de las propuestas a debatir. Entre otras la citada. El Partido Socialista (PSOE) realizó enmiendas en las que pretendía incluso incluir como ilícito penal la publicidad y difusión de la gestación por sustitución. El Partido Popular (PP), en contra de lo expresado con ocasión de las Sentencias de 26 de junio del TEDH contra Francia, se ha desdicho y ha descartado finalmente dar una solución legal a la cuestión a través de esta vía legal.

Independientemente de las anteriores propuestas, lo que está sucediendo en la actualidad en relación a estos nacimientos de gestación por sustitución, no es más que

[1124] Vela Sánchez, A. J: "*Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España*", ob. cit., pág. 2.
[1125] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, nùm. 101-1. de 23 de junio de 2014.

una mera aplicación sucesiva de parches normativos paulatinos. Se aplican a medida que hay que ir solucionando conflictos reales que van surgiendo en nuestra vida social. El hecho de que esa realidad simplemente exista, ya justifica por sí sola la necesidad inminente de una regulación legal positiva. Entendemos que la simple inclusión de la forma, método y requisitos de las inscripciones registrales en España, de nacimientos de hijos gestados a través de contrato de encargo nacidos en otros países extranjeros no es suficiente para paliar muchos de los problemas, dudas y controversias que giran en torno a esta polémica figura.

El hecho de que se limite la regulación a los efectos registrales de nacimientos de hijos producidos en el extranjero significa la continuidad de la "prohibición" de la técnica de la maternidad por encargo en España. Esto se traduce en que, como ha ocurrido hasta este momento, sólo los españoles que tengan una situación económica holgada o cómoda podrán lograr el sueño de ser padres acudiendo a otros países y abonando los importantísimos costes que ello supone. Esta situación produce una violación evidente del derecho de igualdad de todos los españoles. Únicamente unos pocos privilegiados serían protegidos en el cumplimiento de sus derechos reproductivos.

Por todo lo anterior creemos que ha llegado el momento en nuestro país de redactar una ley específica relativa a la gestación por sustitución. Entendemos conveniente abogar por el progreso e ir más allá: Tener nuestra propia regulación de esta técnica de reproducción artificial y considerar por tanto su legalidad en España. El legislador, con ocasión de la redacción de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, no se complicó en exceso y dejó intacto el artículo 10 (ya contemplado en la anterior Ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Asistida). Consideramos que, entre otras cosas, no se sintió preparado para entrar a regular los innumerables conflictos y situaciones que una legalización de ésta técnica puede acarrear. Nos referimos a solucionar cuestiones tan complicadas como:

.- ¿Qué ocurre si la madre gestante decide abortar?

.- ¿Qué ocurre si fallece uno de los padres contratantes?

.- ¿Y si fallecen los dos?

.- ¿Y si el niño viene con problemas de salud?

.- ¿Quién puede ser madre gestante por encargo?

.- ¿Qué garantías hay que cubrir?

.- ¿Y si durante el embarazo la gestante fallece o sufre daños?

.- ¿Qué compensación debe recibir la madre gestante?

Dada la difusión que los conflictos relativos a la gestación por sustitución están alcanzando en los medios de comunicación son muchas las voces que se han alzado pidiendo un reconocimiento legislativo.

9.- La Jurisdicción Social y la gestación por sustitución: Permiso de maternidad o paternidad

Debe resaltarse el tratamiento que la Jurisdicción Social está dando a la gestación por sustitución. A pesar de que en materia de validez y efectos civiles de estos contratos la cuestión en la actualidad está alborotada entre los criterios contradictorios esgrimidos en los últimos tiempos, por parte de nuestro T.S, de la DGRN o del TEDH, las pensiones de maternidad o paternidad han venido siendo concedidas a los padres de niños nacidos por gestación por sustitución en países extranjeros permisivos.

Como decimos, junto a la DGRN, la doctrina científica[1126] y judicial del orden social ha venido incidiendo de manera importante en la regularización del estado de dichas filiaciones. Así establecen que los padres que sean considerados como tales por una resolución o acta registral extranjera, o por sentencia extranjera, de hijos nacidos mediante gestación por sustitución, pueden gozar del derecho de permiso de maternidad o paternidad y la subsiguiente prestación, en virtud de los artículos 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y del artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Este precepto indica "*Se considerarán equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquella instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación (…*)".

[1126] Hierro Herrero, J: "*Gestación por sustitución y prestación de maternidad*". Aranzadi Social, núm. 6, 2012.

Inicialmente, las empresas denegaron permisos de maternidad y excedencias ante esos supuestos de adopción o acogimiento (por tanto es evidente que tampoco ante caos de gestación por sustitución) y, paralelamente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), no concedía prestaciones tanto paternas como maternas ante estos casos. La denegación de estas prestaciones se basaba en que no estamos ante una maternidad por parto, aunque haya filiación y aunque la finalidad de estas prestaciones sea la protección del menor. Habría por tanto un vacío legal[1127].

A pesar de lo anterior, en los últimos años, la doctrina judicial del orden social se ha inclinado, pese a aquellos argumentos, por reconocer permisos y prestaciones de maternidad en estos casos de adopción al considerar que son progenitores, lo que implica que se le reconozcan los mismos derechos.

Ante supuestos de gestación subrogada, en algunos se aplicó una interpretación extensiva de los supuestos de adopción o acogimiento, considerando que ello está en el propio espíritu de la norma[1128] y, en otros, incluso se utilizan argumentos antidiscriminatorios, en cuanto que la denegación vulneraría el principio de igualdad[1129].

En algunas de las Sentencias que han venido reconociendo estas prestación a los caso de nacimientos por gestación por sustitución, también se refiere como fundamento el concepto amplio de maternidad subyacente de la Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral.

En virtud de lo anterior, los Tribunales españoles del orden social han venido estimando que la filiación por naturaleza derivada de la gestación por sustitución, establecida en resolución extranjera resulta equiparable a las situaciones mencionadas

[1127] Olarte Encabo, S: "*La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿La antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (Social) de 13 de mayo de 2014*". Revista de Derecho de la Seguridad Social. LABORUM, núm. 2. 2014, pág. 129.

[1128] Sentencia TSJ Madrid, de 18 de octubre de 2012 (AS 2012/2503)/ Sentencia TSJ Asturias, de 20 de septiembre de 2012 (AR 2012/ 2485).

[1129] Sentencia Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012 (AS 2012/924)/ Sentencia TSJ Cataluña, de 23 de noviembre de 2012 (AS 2013/845)/ Sentencia TSJ Madrid 216/ 2013, de 13 de marzo (JUR 2013/291456). En esta última sentencia se trata un caso de un matrimonio homosexual al que se le solicita el reintegro de prestaciones por maternidad al no haber aportado la certificación de inscripción en el Registro Civil español, en el plazo de 20 días. La falta de aportación se produjo como consecuencia de que los progenitores estaban a la espera de que se dictara la correspondiente resolución de inscripción en el Registro Civil español. El TSJ consideró que aunque no había maternidad biológica, cabía acudir a una aplicación analógica de la adopción, al existir identidad de razón, no excluyendo ni la legislación ni la de la Seguridad Social de forma expresa dicho supuesto de nacimiento por gestación por sustitución.

en la norma señalada, sin que sea necesario un exequátur de esa resolución en España. A tal fin, utilizan la figura del "orden público internacional atenuado"[1130].

El T.S. (Sala 4ª), a través de la Sentencia de fecha 18 de octubre de 2012[1131], ante un supuesto de nacimiento fruto de un contrato de gestación por sustitución celebrado por españoles en San Diego (USA), en el que se otorgó la filiación y la consiguiente inscripción en el Registro Civil, consideró que la filiación existía jurídicamente. En consecuencia, aunque el T.S reconoce que por esa vía se está salvando una prohibición de nuestro ordenamiento jurídico, pondera el interés superior del menor en todo caso, sea hijo biológico o no lo sea, invocando la necesidad de mecanismos de tutela y protección en un Estado de Derecho y una sociedad democrática. Estos razonamientos llevaron al Tribunal a reconocer a los progenitores los derechos previstos en el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y en el 133 de la LGSS cuya finalidad es la protección del ser humano recién nacido, siendo irrelevante su génesis[1132].

La interpretación extensiva que los Tribunales del orden social han venido dando a los hijos nacidos de gestación por sustitución es evidente que se funda en la existencia de un vacío legal. La analogía aplicable en estos casos partía de la consideración de que hay razón de identidad entre situaciones derivadas de tres instituciones jurídicas; la tutela del menor, la atención de las necesidades afectivas y cuidados así como su integración en el núcleo familiar. Esta es en definitiva la finalidad de las prestaciones de maternidad, descansos y permisos. La evolución jurídica del concepto de prestación es una realidad. Anteriormente con estas prestaciones se buscaba la protección de la salud de la madre en el parto, pero esta ha pasado ya a un segundo plano siendo ahora el elemento presidencial el cuidado del hijo, haya parto o no. Este ha sido el caso de la adopción o el acogimiento. No hay duda de que los nacimientos de gestación por sustitución, sea cual sea el tipo de filiación, es idéntica[1133], independientemente de que el origen esté en un acto ilícito según nuestra legislación interna. En esta línea se puede invocar la Disposición Adicional 5ª de la Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida

[1130] Hernández Rodríguez, A: "*Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España*?, ob. cit., pág. 165
[1131] Sentencia Tribunal Supremo núm. 668/2012 (AS 2012/2503)
[1132] Olarte Encabo, S: "*La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿La antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (Social) de 13 de mayo de 2014*", ob. cit., pág. 136.
[1133] Almendros González, M.A:"*Maternidad*", *en VV.AA. "Las contingencias comunes protegidas por la seguridad socia*l". Editorial Comares, Granada, 2008, pág. 103.

Familiar y Laboral según la que "*se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, cualquiera que sea su denominación*". Esta previsión legal encaja con los supuestos de resoluciones extranjeras que reconocen la condición de progenitores a quien celebraron un contrato de gestación por sustitución.

Esta interpretación es evidente que fue potenciada por el dictamen de la ya citada Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009. Ahora bien, con ocasión del ya comentado pronunciamiento en materia civil del T.S, a través de la Sentencia de 6 de febrero de 2014, se están dando los primeros pasos hacia lo que puede ser un giro radical de la doctrina social en este tema. Ejemplo de ello es la Sentencia núm. 944/2014 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 13 de mayo[1134]. Se trata de un supuesto relativo a una mujer que tuvo un hijo en California a través de un contrato de gestación por sustitución. Obtenido el certificado de nacimiento con única y exclusiva filiación materna a su favor, esta fue inscrita en el Registro Civil español. Después de que el Juzgado de lo Social núm. dos de Bilbao, en sentencia de 13 de enero de 2014, estimara el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad, condenado al INSS, este interpuso recurso de suplicación contra esta decisión alegando, entre otras, la contraria jurisprudencia del nuestro T.S.

El TSJ del País Vasco, reconoció en la propia sentencia que su postura inicial era coincidente con la resolución de instancia y con la postura de varios Tribunales Superiores de Justicia. Sin embargo, consideró el hecho de que en ese momento ya existía jurisprudencia relativa de TJUE (concretamente las Sentencias de 18 de marzo de 2014, asuntos C-167/12[1135] y C- 363/12[1136] relativos a Gran Bretaña y a Irlanda respectivamente) y de la citada Sentencia del T.S, de 6 de febrero de 2014, relativa a la

[1134] Sentencia del TSJ del País Vasco de fecha 13 de mayo de 2014 (AS 2014/1228)

[1135] En este asunto el TJUE declaró que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativo a la aplicación de medidas para promover la mejora da la seguridad social y la salud en el trabajo, a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un contrato de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese hijo.

[1136] En este asunto el TJUE, en una interpretación de la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, estableció literalmente que "*debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar un hijo propio y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución*"

gestación por sustitución. Se entiende que esta última dejó sin efecto la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 relativa a las inscripciones de filiación de los hijos nacidos por maternidad en el extranjero.

En nuestra opinión, siguiendo el argumento de Olarte Encabo[1137], la crítica a esta sentencia descansa en que la invocación a sentencias de TJUE no justifica el fallo. No podemos olvidar que las Directivas son normas mínimas que establecen precisamente esos mínimos que los Estados han de garantizar, que en ningún caso impiden a éstos proporcionar niveles de protección superiores. Por tanto, la jurisprudencia del TJUE no comporta el efecto automático como si de una operación matemática se tratara. No impide a una legislación nacional que reconozca esos derechos en supuestos de maternidad subrogada. En cuanto a la jurisprudencia del T.S hay que recordar que la sentencia de 6 de febrero de 2014 alcanzó únicamente a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, sin afectar a la posterior Instrucción de 5 de octubre de 2010. Esa sentencia sienta una doctrina que no tiene por qué vincular al orden social, cuyas consecuencias pueden ser distintas dado que nos encontramos ante sectores de nuestro ordenamiento jurídico de muy distinta naturaleza; Derecho Civil y Derecho de la Seguridad Social).

Independientemente de lo anterior, con posterioridad a referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y de igual forma que esta, siguiendo las directrices de la sentencia del T.S. de 6 de febrero de 2014 se dictó un nuevo pronunciamiento por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a través de la sentencia de fecha 7 de julio de 2014. De igual forma, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a través de la sentencia de fecha 4 de febrero de 2015 también fue desfavorable.

Sim embargo, la falta de criterio unificado entre los tribunales españoles sigue estando presente en esta materia. Las sentencias del TSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2015, y del TSJ de Murcia de 30 de marzo de 2015, siguen concediendo estas prestaciones de maternidad y paternidad a padres de gestación por sustitución.

Por todo ello, entendemos que los Tribunales del orden social deben seguir pronunciándose como hasta el momento lo han venido haciendo; aplicando la analogía

[1137] Olarte Encabo, S: "*La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿La antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (Social) de 13 de mayo de 2014*", ob. cit., pág. 140.

sobre la existencia de una identidad de razón entre la adopción y la maternidad subrogada, basándose en la conceptualización de la prestación por maternidad como una finalidad de protección del menor y su integración en el núcleo familiar, independiente de su origen en nacimiento.

Discrepamos, por tanto, con los citados retrocesos que en esta materia se han producido en algunas Comunidades a través de los tribunales de la jurisdicción social.

10.- Estudio de la Iniciativa de Ley Popular de Regulación de la Gestación por Sustitución[1138]: conformidades y disconformidades.

Las asociaciones de padres de hijos nacidos de gestación por sustitución han redactado una propuesta de regulación de la gestación por sustitución. El paso siguiente será la aportación de la recogida de 500.000 firmas aunque, de momento, esto se ha paralizado al haberse llevado al Parlamento una propuesta no de Ley por parte del grupo parlamentario UPYD[1139] (Unión para el Progreso y Democracia). Actualmente, ésta continúa sin respuesta. Encontramos necesario hacer una valoración de dicha propuesta, tanto de los requisitos que en ella se prevén, como de las soluciones que se proponen respecto a los conflictos que podrían derivarse de la puesta en marcha de esta técnica en España. Desglosando la misma mostramos lo siguiente:

10.1) Dice su **Exposición de Motivos** que partiendo de la evolución del modelo de familia que va parejo con el avance científico, y de que "*hoy la gestación por subrogación constituye una realidad tanto en España como en los países de nuestro entorno*", se indica que en la LTRHA 2006, en su art. 10, reconoce como un hecho la gestación subrogada pero la excluye de su ámbito de regulación al considerar nulo cualquier contrato que suponga la renuncia por parte de una mujer a su filiación materna. No obstante, se alega que este precepto no ha sido óbice para que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN haya permitido la inscripción en el Registro Civil Español de una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero. De esta forma, hace factible la continuidad transfronteriza de una relación de filiación que, obviamente, implica responsabilidades parentales. Todo ello aunque la relación de filiación sea fruto de una gestación por sustitución. De esta forma, citada Instrucción defiende el interés superior del menor, recogido normativamente en el artículo 8 de la

[1138] Texto íntegro en http:// www.gestaciónsubrogadaenespaña.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp.
[1139] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Núm. 614, 20 de febrero de 2015. (162/ 001162).

Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en el que se reconocen como derecho fundamentales los de tener una familia y una nacionalidad. Entre otros derechos, esta Convención reconoce el derecho a que el menor tenga los mismos padres en todos los países.

La propuesta entiende, por tanto, que esta Instrucción de 5 de octubre de 2010 deja sin efecto la nulidad reflejada para estos acuerdos en el artículo 10 LTRHA al permitir inscribir en el Registro Civil español a los hijos nacidos por medio de esta técnica. La única condición que plasma es que este contrato no se haya formalizado en nuestro país. Se recoge que dicha Instrucción supone la legalización de facto de la gestación por sustitución en España aunque, destaca, que la práctica de la misma está limitada a personas con suficientes recursos económicos y socioculturales para emprender esa vía de acceso a la paternidad o maternidad fuera de nuestras fronteras.

Esto es evidente que quebranta el principio constitucional de igualdad. Por todo ello concluye diciendo que "*la presente Ley tiene el objetivo de regular la gestación subrogada y garantizar los derechos de todas las personas que intervienen en el proceso, y de forma muy especial, de los menores fruto de esa técnica de reproducción asistida*".

Respecto a lo anterior, compartiendo opinión con Vela Sánchez[1140], en esta exposición de motivos, deberían necesariamente mencionarse:

a).- Los criterios de apoyo a los contratos de gestación por sustitución, relativos a la protección de la vida privada y familiar del menor, así como de su propia identidad, que el TEDH, a través de sus sentencias de fecha 26 de junio de 2014 (Asuntos Mennesson y Labbassee contra Francia) aboga en defensa de esta figura.

b).- La Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 que confirma la vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, y que declara expresamente que la Sentencia Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014 (contraria a los contratos de gestación por sustitución) no constituye limitación al respecto.

c).- Las importantes novedades que introduce la nueva Ley del Registro Civil de 2011 en sus artículos 96 y 98.2, puesto que, en virtud de los mismos se permite la inscripción de una filiación, tanto en el caso de que la certificación registral extranjera

[1140] Vela Sánchez A, J: "*Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación*", ob. cit., pág. 3.

sea un mero reflejo de una previa resolución judicial, como si no, pues se permite la inscripción de la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros.

10.2) <u>Disposiciones generales</u>: Establecen los arts. 1.1 y 1.2 que esta Ley tiene como ámbito de aplicación y objeto, regular la gestación por subrogación.

En cuanto al término utilizado de "gestación por subrogación", a nuestro entender, no resulta exactamente correcto. El hecho de que esta técnica sea de aplicación también a favor de varones en solitario, o a parejas de varones homosexuales, aleja la exactitud del nombre escogido en esta iniciativa. Como ya se indicó, autores como Vela Sánchez defienden la expresión "<u>gestación por encargo</u>[1141]" puesto que incluye en contenido la celebración de este tipo de contratos sin limitarlo a la subrogación en la maternidad, entendida como "sustitución". Es evidente que por razones evidentes ningún varón puede sustituir a la gestante, pero si puede ser parte contratante de una gestación.

De igual forma, otros autores, como Lamm, defienden como concepto más adecuado a la realidad de esta técnica la expresión "*gestación por sustitución*" teniendo en cuenta que la mujer realmente gesta un hijo para otra u otras personas. No se debe hablar de maternidad pues este término es infinitamente más amplio que el término de gestante. El término "subrogación" de igual forma no es apropiado por entender que significa en realidad que la gestante aporta no sólo gestación sino también material genético. En cambio el término "sustitución" implica que se gesta para otro "que no puede hacerlo". Es por ello por lo que, compartiendo criterio, entendemos que la expresión más adecuada para esta figura es la de "gestación por sustitución".

En su art.1. 2. a) define esta figura como "**la técnica de reproducción humana asistida por la que una mujer acepta ser gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción contempladas por la ley y dar a luz al hijo de otras personas o persona (progenitores subrogantes)**".

De igual forma, en el art 1.2.b) define al progenitor o padres subrogantes como "**persona o personas que acceden a la paternidad mediante la gestación por subrogación, aportando o no su propio material genético**".

[1141] Vela Sánchez A, J: "*Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación*", ob. cit., pág. 3.

A diferencia de otras regulaciones extranjeras, mostramos nuestra conformidad con el hecho de que el contrato de gestación por encargo pueda llevarse a cabo sin el requisito obligado de que, al menos uno de los dos miembros de la pareja, tenga que aportar su material genético para la subsiguiente fecundación del óvulo que desarrollará la madre gestante. El hecho de que uno de los miembros de la pareja, o los dos, aporten el material genético se convierte por tanto en una opción. Lo mismo hay que indicar respecto al sujeto que desea acceder a esta técnica en solitario. La aportación del material genético sería únicamente una elección. Independientemente de esto, es un hecho generalizado que en los contratos de gestación uno de los miembros de la pareja contratante, o el sujeto contratante en solitario, suele y quiere aportar su propio material reproductivo con el fin de ser padre o madre genética de ese hijo.

Ahora bien, frente a normativas y autores[1142] que defienden la exigencia de aportación de material genético por parte de alguno de los comitentes, imaginemos situaciones en las que ambos padres contratantes, o el sujeto en solitario, tienen problemas de esterilidad y ninguno de ellos puede ser aportante. Sería absolutamente justo que estas personas puedan convertirse en padres de un hijo engendrado mediante óvulo y esperma de donantes, y a su vez, gestado por madre subrogada. Entendemos que nada justificaría su prohibición. No debemos olvidar que en esta figura de gestación por sustitución, nos encontramos realmente con casos de "padres intencionales" y no naturales. ¿Por qué impedir entonces la posibilidad de ser padres a personas que por problemas de salud no pueden lograrlo? En caso contrario, se obligaría a estos sujetos a tener que contar siempre y necesariamente con una pareja fértil aportante que participara en el convenio. Esto llevaría sin duda alguna, a que personas estériles acaben contando con la colaboración de un tercero, no deseoso de ser padre, sino simplemente generoso, que sea determinado como progenitor legal sin realmente quererlo.

Independientemente de lo anterior, ante la innegable seriedad contractual que desprende el hecho de que el comitente o comitentes aporten su propio material genético, encontramos justificado que los únicos casos en los que se debe dispensar a los comitentes de la obligación de aportación de material genético sea ante supuestos en los que excepcionalmente, el comitente en solitario, o ambos en caso de formar pareja,

[1142] Lamm, E: "*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*", ob. cit., pág. 305.

sufran problemas de esterilidad que les impidan aportar material genético. La dispensa en consecuencia tendrá carácter residual.

10.3) El art. 1. 2.c) de la Iniciativa de Ley recoge el apartado dedicado a "**La mujer gestante por subrogación**":

La define como "*la persona que, sin aportar material propio y mediante un contrato de gestación por subrogación, consiente y acepta someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el objetivo de dar a luz al hijo del progenitor o progenitores subrogantes, sin que en ningún momento se establezca vínculo de filiación alguno entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niños que pudieran nacer como fruto de esta técnica*".

Se aboga por tanto, únicamente por la regulación legal de la gestación por sustitución de tipo "gestacional", rechazando la legalidad del tipo "tradicional"

Estamos absolutamente de acuerdo con este planteamiento. Si la mujer gestante obligatoriamente no va a tener ningún vínculo genético con la criatura que alumbre y simplemente va a llevar a cabo la gestación desde la implantación de un óvulo ajeno, se reducen altísimamente las posibilidades de que esa mujer en algún momento pueda llegar a sentirlo como propio y surjan problemas emocionales o afectivos que desemboquen en problemas jurídicos. Esto impedirá el éxito en posibles reclamaciones futuras de maternidad a través de pruebas genéticas. Entendemos que esto limita el papel de la mujer gestante únicamente a eso; a gestar. Se excluiría por tanto cualquier atisbo de la idea de "maternidad" en toda su extensión.

10.4) El art.1. 2. d) se refiere al "**Contrato de gestación por subrogación**"

Esta iniciativa de Ley propone como instrumento contractual el **documento público notarial**. Recoge que una pareja (heterosexual u homosexual), o persona en solitario, acuerda o acuerdan con una mujer que ésta será la gestante por subrogación.

En esta definición, aunque podemos entender que se sobreentiende, creemos necesario añadir, en aras de la claridad, "*o persona, independientemente de su orientación sexual*"

En esta propuesta establecen que en el contrato realizado a través de documento público notarial, será el Notario el que constate el cumplimiento de todos los requisitos legalmente establecidos.

Desde nuestro punto de vista, la intervención notarial no es lo suficientemente garantista en relación con la propia esencia del contrato de gestación por sustitución. Creemos que, por el contrario, uno de los requisitos absolutamente necesarios e ineludibles que debe estar presente en una posible regulación de esta técnica, es la intervención judicial previa a cualquier implantación en la gestante. Así se exige en una de las legislaciones más garantistas del mundo, como es la aplicable al Estado de California. De igual manera, no es una novedad el hecho de que en cualquier materia que contenga involucrados intereses de menores, la presencia judicial es incuestionable. Ante la formalización y admisión de un contrato de gestación por sustitución, es evidente que se mezclan intereses de inmensa envergadura. Con el fin de dar cumplimiento a la presencia de todos los requisitos exigibles, debe intervenir la autoridad judicial. Así se regula en nuestro país en relación con la figura de la adopción en la que se exige una resolución judicial para su propia constitución y eficacia[1143].

10.5) El art.2 de refiere a las "**Condiciones personales de la aplicación de la técnica**":

"*La gestación por subrogación se realizará solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no suponga riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer gestante por subrogación o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer gestante, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica*".

Este artículo es una reproducción literal del art. 3.1 de la LTRHA de 2006 que regula las condiciones personales para la aplicación de dichas técnicas.

En relación a citadas condiciones preventivas de salud física y psíquica, así como al razonable éxito de la práctica, es evidentemente que, al igual que en el resto de técnicas de reproducción asistida, tienen que ser constatadas a través de informe emitido por profesionales médicos especializados en la materia. En el supuesto de la maternidad por subrogación, entendemos que estas garantías de salud física y psíquica exigidas deben ser acreditadas en presencia de la autoridad judicial, con antelación a autorizar finalmente el convenio de gestación. Defendemos la idea de la necesaria aportación de

[1143] Artículo 176.1 CC: "*La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad*". Artículo 177.1 CC "*Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes* (…)".

todos los certificados médicos necesarios que acrediten, no sólo el estado físico de la gestante, sino el psicológico. Estos requisitos deben ser acreditados con antelación a la fase judicial en la que se preste, previamente a ser informada de todo lo que implica la gestación por sustitución, la aceptación, libre, voluntaria y consciente por parte de la mujer gestante. De la misma manera, debe informarse personalmente al comitente o comitentes sobre lo que supone la formalización de este tipo de convenio y las consecuencias a él inherentes. Sólo de esta forma entendemos que el consentimiento prestado cumple con todas las garantías necesarias.

El hecho que el consentimiento de la mujer gestante deba ser exigido con anterioridad a la práctica de cualquier inseminación artificial o transferencia embrionaria, permite excluir del convenio de gestación cualquier embarazo anterior natural de la madre gestante que signifique en realidad una gestación por sustitución de tipo tradicional.

Esta exigencia de consentimiento previo es un requisito ya plasmado en muchas de las regulaciones extranjeras[1144]. A modo de ejemplo, como ya se ha expuesto, en la regulación británica se exige esta necesidad de que el contrato debe existir antes de que la mujer gestante empiece a portar el niño[1145].

Otra de las medidas que se proponen en esta iniciativa legislativa, se refleja en el art. 2.2 en el que se señala el carácter **RESIDUAL** de esta técnica de maternidad subrogada como medio de reproducción: "***El progenitor o progenitores deberán haber agotado o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida***". Este carácter residual también se contempla en muchas legislaciones extranjeras.

El acceso a la gestación por sustitución debe ser entendida, por un lado, como un medio únicamente designado para solventar los problemas de infertilidad que impiden procrear a los contratantes, tanto de forma natural, como a través de otras técnicas reguladas en nuestro ordenamiento a través de la LTRHA de 2006. Así se evita que la maternidad subrogada pueda utilizarse como cauce por mujeres que no poseen ningún problema de salud sino que simplemente no están dispuestas de forma caprichosa a pasar por un proceso de gestación por razones estéticas, laborales etc…

Es conveniente que la ley recoja, como requisito constitutivo para poder acceder a esta técnica, la obligatoriedad de acreditar la imposibilidad biológica de embarazo, o

[1144] Ley de Gestación Subrogada, Distrito Federal de México, de 30 de noviembre de 2010.
[1145] Act 1985. Reino Unido.

de embarazo de riesgo con peligro grave para la salud o vida de la madre, o del futuro niño. La acreditación de la infertilidad debería exigirse con la aportación de dos informes facultativos, expedidos por dos especialistas independientes[1146].

Por otro lado, el hecho de recoger la expresión "*o ser incompatible con otras técnicas de reproducción asistida*" es de aplicación evidente para parejas homosexuales que, por razones evidentes, no son compatibles con otras técnicas de reproducción artificial. Esto significa que el ámbito de aplicación de la gestación por sustitución se reserva exclusivamente a dos supuestos concretos; parejas o sujetos con problemas de infertilidad no subsanables con aplicación de otras técnicas, y parejas homosexuales.

En el art. 2.2, se recoge la remisión a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, a la hora de regular las técnicas y fecundaciones in vitro o afines, necesarias o auxiliares para lograr la gestación por sustitución.

En este punto entendemos necesaria hacer una reflexión relativa a este carácter subsidiario que se le otorga a la gestación por sustitución. Teniendo en cuenta que en nuestro país se permite acceder tanto a la adopción como a la reproducción asistida, y en ninguno de los supuestos se requiere como requisito de accesibilidad la acreditación de problemas de infertilidad, ¿Es coherente que se exija para el acceso a la gestación por sustitución? En el caso de la adopción podríamos alegar que en realidad, se constituye como una figura destinada a dar a un niño una familia, es decir, su fin jurídico descansa en el interés del propio menor que tiene derecho a tener una familia y un hogar. Ahora bien, en la equiparación de la maternidad subrogada con cualquier otro tipo de técnica reproductiva permitida en nuestro país la diferencia de justificación para otorgar legalmente escalafones distintos, cuesta más encontrarlo.

10.6) *Los participantes y contrato de gestación por subrogación*:

En el art. 3.1 establece que "***La mujer gestante por subrogación*** *deberá tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias fijadas para las donantes en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Deberá haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad, que esté vivo, disponer de una situación socio-económica estable y haber residido en España durante los dos años*

[1146] Vela Sánchez A, J: "*Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación*", ob. cit., pág. 3.

inmediatamente anteriores *a la formalización del contrato de gestación por subrogación*".

Son varias las cuestiones que queremos tratar:

a) Respecto a que la edad mínima propuesta para poder ser mujer gestante se fije en los 18 años.

La propuesta de Ley Popular sigue el criterio establecido en el art. 5.6 de la LTRHA de 2006, para poder ser donante de óvulos. ¿Es apropiada esta edad? ¿Merece el mismo criterio de edad el hecho de ser donante óvulos que el hecho de ser madre subrogada?

Como razones a favor encontramos:

.- Estamos hablando de mujeres que han alcanzado la mayoría de edad[1147]. Ese mismo hecho ya lleva implícito una serie de derechos y obligaciones inherentes. La mujer de 18 años goza ya de una plena capacidad, tanto jurídica como de obrar[1148].

.- Los 18 años, desde un punto de vista físico, significa una edad absolutamente idónea en cuestiones de fertilidad femenina y, por tanto, absolutamente favorable en aras de obtener un alto porcentaje de gestaciones exitosas.

.- Generalmente, las mujeres de 18 años, todavía no suelen tener relaciones afectivas absolutamente estables, en el sentido de implicar ya un proyecto inminente de futuro en pareja. Este hecho, sin duda alguna, significa que generalmente tendrán que contar con el apoyo de su pareja a la hora de adoptar una decisión tan seria y delicada como es gestar el hijo de otra u otras personas y entregárselo al nacer.

Como razones contrarias encontramos:

.- La preparación psicológica y mental que requiere la celebración de un contrato de estas características, así como las consecuencias y efectos que de él derivan, creemos que exigen un grado de madurez superior. ¿Está generalmente una mujer de 18 años preparada para gestar un hijo ajeno y entregarlo en el mismo momento del nacimiento? En nuestra opinión, no.

.- Entendemos que nada tiene que ver el rol de una donante de óvulos con una mujer que previamente debe decidir pasar por un proceso de técnicas de fecundación

[1147] Artículo 315 CC
[1148] Artículos 29, 30 CC

artificial, un embarazo de aproximadamente 40 semanas, y finalmente un parto con la consiguiente entrega del hijo alumbrado. En nuestra opinión, la preparación psicológica de una mujer que voluntaria y conscientemente decide pasar gratuitamente por este proceso, debe llevar aparejado una madurez que no creemos que, por regla general, se cumpla en mujeres de esta edad.

.- No debemos olvidar que esta propuesta de Ley exige también, como requisito constitutivo, que la mujer gestante haya tenido ya, al menos un hijo sano que esté vivo. ¿Qué mujer de 18-20 años va a estar dispuesta con fines altruistas a gestar el hijo de otra, habiendo tenido ya descendencia con anterioridad? No podemos obviar que mujeres de 18-20 años, en la mayor parte de los casos, generalmente son madres como consecuencia de embarazos no deseados de inicio. Los 18-20 años, en nuestra sociedad actual, no suele ser un periodo de edad donde las mujeres estén deseosas de pasar por un embarazo y un parto.

Por estas razones entendemos que a pesar de que el hecho de alcanzar la mayoría de edad es indiscutiblemente necesario, podemos tener presente que en nuestro ordenamiento jurídico existen una serie de "capacidades especiales" en las que, por la delicadeza implícita del propio acto jurídico, nuestro legislador entendió que su celebración requería una edad superior a la general. Esto no significa que tengan una capacidad limitada. Simplemente, para poder realizar ese acto jurídico concreto, el legislador entiende, y por tanto exige, que la madurez para realizarlo se sitúe en una edad superior. Es el caso de la edad mínima para adoptar un hijo. Nuestro legislador exige una edad de 25 de años para ser adoptante[1149]. Creemos que esta edad podría ser también la adecuada para que una mujer pueda tomar con plenitud de conciencia una decisión tan intensa y seria como es prestarse a ser mujer gestante subrogada. Sin duda alguna, sigue siendo una edad absolutamente favorable en grado de fertilidad, y, al tiempo, se le suman más garantías de voluntariedad seria, y madurez psicológica, a la hora de adoptar la decisión.

b) Respecto a la exigencia de tener un hijo anterior:

Estamos de acuerdo con la idea de exigir que la mujer gestante haya sido madre con anterioridad, al menos, de un hijo. Esto no sólo garantiza que esa mujer es físicamente capaz de engendrar y llevar a cabo una gestación viable. El hecho de que la

[1149] Artículo 175.1 CC.

mujer gestante sea ya madre de otro hijo, se introduce intencionadamente con el fin de suavizar el dolor que esa mujer portadora del bebé va a sentir al separarse de él después de nueve meses en su vientre. Este requisito de tener al menos un hijo, ya se recogía en el malogrado Proyecto de Ley del Senado Francés, sobre gestación subrogada, de 27 de enero de 2010[1150].

A mayor abundancia, es nuestra opinión que el hecho de que la mujer ya haya vivido previamente la experiencia de desarrollar un embarazo y subsiguiente parto, significa realmente que cumple con el requisito de un consentimiento pleno, consciente y voluntario. Sólo una mujer que ya ha sido madre puede prestar un consentimiento realmente voluntario y con conocimiento de causa[1151].

- Respecto a la exigencia de que ese hijo anterior esté sano:

Al proponerse literalmente en la Iniciativa Popular que la mujer gestante ha debido anteriormente tener, al menos, un hijo "sano", nos obliga a preguntarnos qué debemos entender por "sano". Creemos que esta generalización del término del proyecto de ley popular, requiere una mejor conceptualización. A nuestro entender, debería reflejarse expresamente que la exclusión de gestar a través de esta vía, únicamente se limita a mujeres que hayan alumbrado hijos "genéticamente insanos". Esto naturalmente debe ser comprendido en referencia a mujeres que puedan "transmitir" o "generar" al futuro hijo enfermedades de transmisión genética, o cualquier anomalía, o padecimiento físico o psíquico, afectable a la plena salud del futuro hijo. Lo anterior, visto ya de esta forma, constituiría una justificación en la exclusión de este círculo de mujeres. Si por el contrario, mantenemos como término genérico el concepto de "sano", podrían quedar excluidas mujeres que, por distintas e innumerables razones de la vida, han sido madres de un hijo que, en el momento de optar por ser mujeres gestantes, está "insano". Pensemos en casos de mujeres que han alumbrado niños sanos, los cuales, como consecuencia de un problema en el parto (falta

[1150] Este Proyecto proponía una regulación de la maternidad subrogada en Francia exigiendo una serie de condiciones: a) la pareja tiene que ser heterosexual, haber contraído matrimonio o acreditar un mínimo de dos años de convivencia. b) acreditar la imposibilidad biológica del embarazo. c) al menos uno de los futuros padres sea progenitor genético. d) la madre portadora deberá tener por lo menos un hijo, no podrá albergar al bebé de su hija ni recibir remuneración (sólo los costes que no cubra la sanidad). e) La pareja y la madre contratada tienen que contar con el visto bueno de la Agencia de Biomedicina, antes de implantar el embrión. f) después del parto, la madre gestante tiene 3 días para quedarse con el niño. g) la pareja no puede renunciar al niño.

[1151] Lamm, E: Conferencia sobre "*Gestación por sustitución: Realidad y legalidad en España y el mundo*". Departamento de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca. 17 de febrero de 2015. http://gestaciónsustituta.es/conferencia-sobre-gestacion-por-sustitución/.

de oxígeno, utilización desproporcionada o inadecuada de fórceps, inhalación de meconio con subsiguiente sufrimiento fetal etc…) o como consecuencia de cualquier accidente o agente externo, hayan provocado que ese hijo sufra padecimientos de salud que perduren a la hora de querer firmar un contrato de gestación (una meningitis, un atropello de coche etc…). Nos referimos, por tanto, a que la limitación para gestar en este sentido, debe referirse únicamente a males, desde un punto de vista intrínseco y genético, que no extrínseco.

- Respecto a la exigencia de una situación socio-económico estable:

Es evidente que la propuesta popular incluye este requisito con el propósito de evitar que la maternidad se lleve a cabo por razones estrictamente solidarias, y no lucrativas. Frente a esto, podemos entender que este requisito quebranta el principio de igualdad entre mujeres. La desigualdad se basa en razones puramente económicas. Se incluye a las más favorecidas, y se descarta a las pobres. Piénsese en mujeres desempleadas, o mujeres con bajos recursos económicos que quieren prestarse generosamente a gestar el hijo de una hermana o de una amiga. Serían excluidas de la técnica únicamente por su precaria economía.

Atendiendo a la Iniciativa Popular, si lo que pretendemos es que la gestación subrogada se realice por pura solidaridad, creemos firmemente que no va a ser muy alto el número de candidatas dispuestas a ofrecerse a esta tarea. Entendemos que la mayor parte de ellas se someterán por razones de generosidad absoluta exclusivamente por un familiar o una amiga necesitada. Si limitamos también el acceso dependiendo de sus recursos económicos es evidente que la selección va a quedar demasiado reducida. Lo anterior perjudicaría, sin duda alguna, a las personas deseosas de ser padres intencionales a través de ésta técnica.

¿Quién debe decidir el nivel socioeconómico óptimo para que una mujer pueda encontrarse incluida en el proceso? ¿Deben los órganos públicos correspondientes publicar anualmente el baremo económico correspondiente? Sinceramente, creemos que no. Nuestra opinión es que, tal y como veremos más adelante, al limitar el número de gestaciones que una mujer puede desarrollar de esta forma, se está ya evitando que la maternidad subrogada se convierta en una profesión con fines onerosos.

- Respecto a la exigencia de residencia en España durante los dos últimos años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato:

Con esta exigencia se pretende evitar que mujeres de otras nacionalidades vengan a España con el único fin de celebrar este tipo de contratos y obtener la remuneración económica reparadora en compensación. No es extraño pensar que esa cantidad económica estipulada como compensación puede por sí misma servir como objetivo para que muchas mujeres, en situaciones desesperadas, se sometan a un acuerdo gestacional. Estas situaciones ya se han repetido en nuestro país. En el caso de la concesión de ayudas sociales básicas, muchos extranjeros acudían a nuestro país con el único fin de poder cobrarlas y convertirlas en su única vía de sustento. Así ocurrió también con el llamado "cheque-bebé", por importe de 2.500 euros, otorgado en España para nacimientos celebrados entre agosto de 2007 y diciembre de 2010. Muchas mujeres extranjeras venían a residir a España con el simple propósito de cobrar esas cantidades que iban a paliar su precaria situación.

Por todo lo anterior, estamos conformes con que exija a la mujer gestante el requisito de residencia legal en España durante los dos años anteriores a la formalización del contrato de gestación.

10.7) Otra de las cuestiones más importantes de esta Iniciativa descansa en el artículo 3.2: "**La gestación subrogada nunca tendrá carácter lucrativo o comercial":**

Comprende que la compensación económica que obtenga la madre gestante, únicamente debe ser entendida como estrictamente reparadora de las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales, y el lucro cesante, inherentes al procedimiento. Se tienen que proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, gestación y el post-parto. Esta compensación deberá ir a cargo de la persona o personas subrogantes y se determina sobre ella la exención fiscal de tributación del impuesto sobre la renta de las personas físicas (art. 3.4).

Al igual que otras legislaciones extranjeras, en España se parte de la gratuidad de estos contratos. Ahora bien, en algunos ordenamientos jurídicos se habla del término "retribución razonable"[1152]. Atendida la naturaleza propia del ser humano como regla

[1152] Reino Unido. Act 1985 Chapter 49 (Surrogaty Arrangements).

general, en estos países se tiende a conceptuar esta cantidad, más que como una simple compensación económica, como una recompensa moderada aconsejable para encontrar así alicientes en las mujeres, sobre todo, si no tienen relación alguna con la pareja o persona contratante. Dicho lo anterior (que no pretendemos que se entienda como un precio), ante el riesgo de que efectivamente esta "retribución razonable" pudiera fomentar la conversión en una profesión, tal y como ya hemos expuesto anteriormente, entendemos la solución descansa en imponer un límite señalado en el número de gestaciones que cada mujer gestante pueda desarrollar a lo largo de su vida.

Si nos fijamos en la legislación californiana, cuando se habla de la cantidad económica que puede percibir una mujer por este servicio, utilizan el término "compensación". Al tiempo, limitan esa cantidad fijando un tope máximo. Aunque un contrato de gestación por sustitución en California puede costar alrededor de 120.000 dólares, la madre gestante, tal y como exige la Ley, no podrá percibir más de 25.000 dólares. El resto se destina para cubrir gastos relativos a médicos, intermediarios, abogados etc… Con esto queremos decir, que alejándonos en todo momento del término "precio", la compensación que debe percibir la mujer gestante debe ser razonable y proporcionada al esfuerzo que supone prestarse a gestar el hijo de otro.

Este art. 3.2 de la iniciativa popular también recoge que "*El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la gestión*".

Esto en realidad es lo que ocurre en España en relación a las tarifas públicas que se establecen como compensación general para donantes de óvulos (900 euros) o de esperma (60 euros)[1153]. Entendemos apropiado que sea un organismo público el que fije normativamente estas cuantías a percibir por las madres gestantes. También creemos que, a la hora de fijar esa cuantía, además de los lógicos desembolsos a nivel sanitario, desplazamiento, seguridad y demás cuestiones, tendría que valorarse el hecho de que, a la mujer que preste a estos servicios le compense también personalmente el esfuerzo de someterse a este proceso en solidaridad con los demás. Esto sin duda servirá para que muchas más mujeres puedan ayudar a personas que desean ser padres y que por sí

[1153] Vid. Farnós Amorós, E. "*European Society of Human Reproduction and Embriology*". 26th, Annual Meeting. Roma. 27-30 junio, 2010. InDret 3/2010.

mismas no pueden lograrlo. De lo contrario y muy a nuestro pesar, prevemos que tal y como se conceptúa el ser humano, no va a ser fácil encontrar muchas candidatas que gesten hijos ajenos o, lo que es peor, ante la falta de una compensación proporcional al esfuerzo, comiencen a producirse entre los intervinientes pagos oscuros y clandestinos. El hecho de que se impongan cantidades económicas proporcionales y realmente compensadoras del efectivo esfuerzo desarrollado por la gestante evitará que se acuda a una economía sumergida clandestina como remuneración a ese esfuerzo.

10.8) El art. 3.4 permite que la **mujer gestante pueda tener cualquier vínculo con los progenitores por subrogación.**

El hecho de proponerse como candidata gestante a cualquier mujer, tenga o no parentesco con los subrogantes, incluso en línea recta consanguínea sin distinción de grado, provoca el planteamiento de que esta amplia libertad pueda acarrear tanto ventajas como desventajas. Todas ellas, son dignas de valoración. Por razones puramente éticas, lo adecuado sería que la mujer gestante no tuviera ningún vínculo, ni parental ni afín, con los subrogantes. Esto evitaría problemas familiares o excluiría la existencia de consentimientos no realmente voluntarios desde un punto de vista psicológico, basados en un simple sentimiento de deslealtad. Estas relaciones previas podrían provocar que la mujer finalmente prestara un consentimiento no exactamente libre y puro. Así puede ocurrir ante peticiones desesperadas de una hermana o amiga.

Ahora bien, debemos ser conscientes de que una exclusión de gestantes por razones de vínculo parental supondría en realidad rebajar considerablemente las posibilidades de encontrar candidata. Si percibimos la maternidad subrogada como un método de conseguir que personas o parejas estériles logren su sueño de ser padres, el hecho de que se limiten los requisitos de idoneidad de la mujer gestante, rebaja considerablemente las expectativas de éxito en el logro del fin perseguido. En Francia, el Proyecto de Ley del Senado, de 27 de enero de 2010, prohibía literalmente que la mujer gestara al hijo de su propia hija.

De la misma manera, el dato contrario consistente en que se limite la gestación por sustitución a mujeres que exclusivamente mantengan con los promitentes un vínculo de parentesco, también significa la exclusión de acceso a la técnica a posibles comitentes, deseosos de ser padres, quienes por el simple hecho de no contar con parentela femenina no podrían acceder a la gestación. Recordemos que en otras

legislaciones[1154] ya encontramos esta vertiente. En Brasil, a través de la resolución número 1957, de 15 de diciembre de 2010, del Consejo Federal de Medicina (CFM), estableció que: "*Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. La donación temporaria de útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial*". Esta Resolución ha sido reformada por la Resolución núm. 2013/13, de 16 de abril de 2013, ampliando la relación de parentesco al cuarto grado.

Este requisito de la normativa brasileña, aparte de defender la imposibilidad de elección libre de la madre gestante, limita la técnica a que la mujer sustituta tenga que pertenecer a la familia de la madre por deseo. Esto reduce las posibilidades al hecho de que la mujer que quiera ser madre a través de esta práctica, debe ineludiblemente contar con parientes femeninas. Se deja abierta la vía para que, en caso contrario, se pueda contar con autorización del Consejo Regional de Medicina.

En conclusión, lo apropiado es dar libertad a todas las mujeres españolas, o que hayan residido de forma oficial en España los últimos dos años antes de formalizarse el contrato, para que puedan gestar el hijo de otros, independientemente del nexo con los subrogantes.

10.9) El art. 3.5 de la Iniciativa obliga a que **la mujer gestante por subrogación sea beneficiaria de un seguro que cubra hasta un millón de euros** las contingencias que puedan derivarse como consecuencia de la aplicación de ésta técnica, y en especial, en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas de la mujer gestante.

Es muy adecuada la exigencia de esta cobertura, más si tenemos en cuenta que a la madre gestante se le exige haber tenido previamente un hijo. Esto significa que, en la mayor parte de los casos, en el momento de formalizarse y ejecutarse el convenio, este hijo estará con toda probabilidad a su cargo. Esta cobertura exigida es una solución apropiada para solventar los posibles problemas de salud, o incluso fallecimiento, que

[1154] Como hemos analizado previamente, este es el caso de los dos últimos países que han decidido permitir la gestación por sustitución; Uruguay y Vietnam. Ambos exigen parentesco entre gestante y comitentes.

pudieran darse para la mujer gestante como consecuencia del desarrollo del convenio de gestación.

En relación con esa cobertura propuesta en la Iniciativa, tasada en un millón de euros, podría modificarse. Para ello, entenderíamos más apropiado realizar un estudio previo de riesgos generales.

10.10) En cuanto a los **progenitores subrogantes**, el art. 4 señala que; "*Podrán ser progenitores o progenitor subrogantes todas las personas que, cumpliendo las condiciones fijadas en el art. 2 de esta Ley, formalicen el contrato de gestación por subrogación de acuerdo con la misma*".

En el caso de uniones de pareja, se les exige una estabilidad. Los miembros de esta pareja deben tener, bien vínculo matrimonial o de pareja de hecho inscrita en el organismo territorial correspondiente. Se permite acceder a parejas que mantengan una relación análoga a las anteriores. A nuestro entender, esta última situación tendrá que ser acreditada a través de cualquier mecanismo de prueba de los admitidos de nuestro ordenamiento jurídico. Con esto se pretende impedir el acceso a la técnica, en condición de pareja, a personas que realmente no conviven o, mejor dicho, que no vayan a criar a ese hijo bajo la forma instada. Se evita que parejas que no mantienen ningún vínculo afectivo, accedan bajo esa apariencia a la técnica.

En esta Iniciativa Popular, se requiere que **el progenitor o progenitores subrogantes tengan que poseer la nacionalidad española o, al menos, haber residido en nuestro país de forma legal, durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato de gestación**. En el caso de parejas en las que sus miembros posean distinta nacionalidad, bastará que uno de ellos tenga la española. Evidentemente lo que se busca es que personas de otros Estados, en los que la maternidad subrogada no está permitida, o lo está bajo un régimen distinto en condiciones, no puedan acudir a nuestro país con el fin de realizar un contrato de gestación por sustitución. No podemos compartir este criterio desde el momento en que España, actualmente, es uno de los países que mayor cantidad de extranjeros recibe con el fin de someterse a técnicas de reproducción humana asistida. Residentes de otros Estados se desplazan a nuestro país con el fin de acceder a estas técnicas, bien porque ese tratamiento está prohibido en su país de origen, bien porque España proporciona ese tratamiento con mayor celeridad, mayores garantías o menor coste. Muchos extranjeros viajan a nuestro país porque en sus países, aunque la técnica pretendida está permitida,

está condicionada a ciertos requisitos relacionados con la edad, estado civil u orientación sexual.

Como hemos visto anteriormente, dentro de la Unión Europea, España, Bélgica, República Checa, Dinamarca Eslovenia y Suiza, se han convertido en los países de destino más frecuentes en relación al llamado "turismo de fertilidad internacional". Nuestra Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 2006, en su art. 6, permite someterse a estas técnicas reproductivas a todas las mujeres, mayores de 18 años, con plena capacidad de obrar, con independencia de su estado civil u orientación sexual. Ya hicimos mención al indicar que mujeres de nacionalidad británica, a pesar de que estas técnicas están permitidas en su país, acuden a España como consecuencia de que nuestra Ley de Técnicas de Reproducción, a diferencia de la aplicable en su país de origen, garantiza el anonimato del donante de material genético. Teniendo en cuenta todo lo anterior, si la maternidad subrogada se considera como una técnica reproductiva más ¿Por qué se va a excluir a los extranjeros de la maternidad subrogada y no del resto de técnicas reproductivas?

Debemos recordar que en España, junto a la maternidad subrogada, únicamente está prohibida la técnica reproductiva con selección del sexo del bebé[1155].

Como ya hemos señalado, es una realidad que hay países en nuestro entorno, como Italia[1156], en los que las técnicas de reproducción humana asistida con material genético donado (heterólogas) han estado prohibidas hasta el 9 de abril de 2014, día en que la Corte Constitucional Italiana declaró inconstitucional de dicha prohibición. A pesar de lo anterior, España no prohíbe a las mujeres de nacionalidad italiana someterse a estas técnicas en nuestros centros médicos oficiales correspondientes. En orden a todo lo anterior, entendemos que la maternidad subrogada debe ser accesible no sólo a nacionales o residentes en nuestro país. En este punto, teniendo en cuenta la gran disparidad de legislaciones que existen en relación a la gestación por sustitución a nivel mundial, abogamos, una vez más, por la necesidad de un Convenio internacional que regule pautas e instrucciones que ordenen estas cuestiones entre todos los Estados[1157].

[1155] Artículo 26.2.C) 10ª de la LTRHA de 2006. Se sanciona la selección del sexo del bebé como infracción muy grave. El artículo 27 impone una sanción de multa que puede ir desde 10.001 hasta 1.000.000 de euros.
[1156] Artículo 4.3 de la Ley núm. 40, de 19 de febrero de 2004.
[1157] Hay que recordar que está en tramitación la Conferencia de la Haya de 2012, que va ofreciendo paulatinamente notas importantes al respecto.

En cuanto a la edad mínima adecuada que debe exigirse para ser progenitor subrogado la iniciativa popular propone los 18 años. Autores como Vela Sánchez[1158] defienden, en cambio, una edad mínima de 25 años. Esta edad significa la aplicación por analogía de la edad exigible en España para adoptar a un niño. Sería suficiente con que uno de los miembros de la pareja contara con esa edad[1159]. Tal y como hemos indicado con ocasión de fijar el perfil de la mujer gestante, esto supone una excepción respecto a la capacidad de obrar plena, fijada en la mayoría de edad[1160]. El legislador entiende que para ser adoptante, por la transcendencia y madurez que implica la maternidad o paternidad, esta edad debe adecuarse a los 25 años en lugar de los 18. Creemos que este criterio sería perfectamente aplicable los sujetos que desean acceder a la gestación por sustitución como vía para buscar la maternidad o paternidad.

En cuanto al momento del parto de la mujer gestante, el art. 5.2 recoge que "***Los progenitores subrogantes, se harán cargo, a todos los efectos, del niño o niños nacidos inmediatamente después del part****o*".

Si tenemos en cuenta que este contrato parte del principio de irrevocabilidad ab initio del consentimiento prestado por las partes intervinientes, desde el mismo momento de la celebración (nosotros encontramos más conveniente señalarlo tras la mencionada resolución judicial), y con independencia de que los comitentes hayan aportado o no material genético, es evidente que se tienen que encargarse de su hijo desde el mismo momento de su nacimiento. Esto lo decimos con independencia de cuál haya resultado ser el número de hijos alumbrados, sea un parto múltiple o sencillo. Por el mismo criterio, los comitentes se tendrán que hacer cargo de ese hijo independientemente del estado en el que nazca, al margen de cualquier discapacidad física o psíquica con la que venga al mundo[1161]. En este punto debemos recordar que la mujer gestante no es madre ni en ningún momento quiso serlo. Su consentimiento únicamente se prestó en el sentido de gestar, nunca de convertirse en progenitora de ese hijo.

En consecuencia, este aspecto debe ser cuidadosamente regulado en el acuerdo ya que evitaría lo que en la realidad se está produciendo en algunos países sin

[1158] Vela Sánchez A, J: "*Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogació*n", ob. cit., pág.8.
[1159] Artículo 175.1 CC.
[1160] Artículo 322 CC.
[1161]De igual forma se recogía en el Proyecto del Senado Francés de 2010.

regulación. Estamos acostumbrados a escuchar noticias[1162] relativas a supuestos en los que, con ocasión de la celebración de un contrato de gestación en países extranjeros, hay parejas que, ante posibles problemas de salud del niño que está en camino, aprovechan la falta de regulación para imponer sus propias reglas de juego de forma unilateral. Es por esta razón por la que entendemos que es absolutamente conveniente una normativa que termine con estas situaciones.

Es estrictamente necesario que en el caso de lograrse una futura regulación de en España, se dejen constar de forma expresa los criterios relativos a un posible **arrepentimiento de las partes:**

A los largo de los años hemos escuchado algunos casos de gestación por sustitución en los que las partes han entrado en conflicto (asunto "Baby M"). Los asuntos más sonados, aunque sean meramente ocasionales, se han producido cuando la gestante finalmente decidió quedarse con el niño, o cuando la parte comitente se echó atrás en su intención de criarlo. Hay que indicar que teniendo en cuenta el número de contratos de gestación que se celebran anualmente en los países permisivos, los supuestos en los que se ha producido conflicto entre las partes son mínimos. La mayoría se solventan con normalidad y los resultados son satisfactorios para todos los involucrados[1163].

En el año 2002 se realizó en Estados Unidos una investigación[1164] en la que el resultado fue que el éxito y satisfacción del resultado de los contratos de gestación por sustitución ascendía a un 99,5% de los casos. Concluyó que de entre los 14.000 a 16.000 nacimientos llevados a cabo a través de maternidad subrogada, únicamente en 88

[1162] Hace poco podíamos ver en multitud de diarios un caso en el que, tras un parto gemelar ocurrido en Tailandia, fruto de convenio de gestación por sustitución, los comitentes, un matrimonio de australianos, decidieron quedarse únicamente con uno de ellos. La razón fue que el otro bebé, llamado Gammy, había nacido con síndrome de down, y con un serio problema de corazón. El niño se quedó en Tailandia a cargo de la mujer gestante quien, por su precaria situación económica, no podía abonar los costosos gastos de la operación que el niño precisaba. Este asunto ha generado una gran indignación en Australia y ha planteado muchas preguntas sobre la necesidad de una regulación y unos límites de la gestación por sustitución en países que no cuentan con ella. Es el caso de Tailandia. El matrimonio pagó alrededor de 10.000 dólares a la mujer gestante, una joven tailandesa de 21 años. El matrimonio le pidió que abortara cuando en el transcurso del embarazo se supo que uno de los niños tenía síndrome de Down, pero la tailandesa se negó alegando que en Tailandia es delito y que la religión budista que profesa, se lo impedía. http://www,elmundo.es/internacional/2014/08/02/53dd0a8f.268e3e7e63864573.html. http://www.elpais.com.uy/mundo/pareja-abandona-bebe-sindrome-down.html. Consultado el 4 de agosto de 2014.

[1163]MacCallum, F., Lycett, E., Murray, C., Jadva, V., Golombok, S: "*Surrogacy: the experience of Commisioning Couples*". Human Reproduction, núm. 18,2003, págs. 1334-1342.

[1164] Morgenstern Katz, D: "*Why more and more infertile women are turning to others to bear their babies*". Parenting Magazine, enero 2002, pág. 88.

asuntos se produjo conflicto entre partes. De esos 88 casos, en 23 el conflicto consistió en que la madre gestante amenazó a los comitentes con quedarse con el niño. En la mayoría de estos la amenaza de quedarse con el niño estaba basada en asuntos económicos, no en sensaciones de afecto o cariño sobrevenido. Los 65 casos restantes, el conflicto derivó porque los comitentes se arrepentían de su propósito a causa de la ruptura de la pareja comitente o por problemas de salud del niño.

Otro dato destacado que confirma que los supuestos conflictivos son meramente ocasionales lo encontramos a través de las investigaciones realizadas por Gamble. La autora, quien ha tratado de forma profesional la gestación por sustitución a través de una amplia experiencia, indica que este tipo de situaciones muy rara vez terminan mal[1165]. Nos muestra como en el Reino Unido, durante un periodo de 20 años, se han otorgado alrededor de 1000 órdenes parentales. Únicamente en dos únicos casos la gestante se arrepintió y quiso quedarse al bebé. Los tribunales correspondientes fallaron aplicando el interés superior del menor. En uno de los casos se otorgó el niño a los comitentes y en el otro a la mujer gestante[1166].

No olvidemos que, tal y como hemos analizado en este trabajo, el derecho comparado muestra varias legislaciones que otorgan a la gestante un periodo de reflexión o arrepentimiento. En el caso de Reino Unido se le otorgan 6 semanas. Rusia también concede la oportunidad del arrepentimiento aunque no establece un plazo determinado. El Estado de New Hampshire otorga a la gestante un plazo de setenta y dos horas desde el nacimiento del niño. En Sudáfrica, aunque la regla general es que no puede haber arrepentimiento tras la implantación de embrión, se permite a la mujer gestante que aportó su propio óvulo para la gestación (gestación tradicional) que presente ante el tribunal una comunicación indicando que ha decidido quedarse con el bebé. Deberá hacerlo en un plazo señalado dentro de los sesenta días después del nacimiento. También este es el criterio seguido en el Estado de Virginia, que otorga un plazo de ciento ochenta días únicamente en los casos de gestación tradicional.

De llegar a regularizarse la gestación por sustitución en España, se tendría que optar porque la mujer gestante en ningún momento, después de la aprobación judicial del acuerdo, pueda echarse atrás respecto al cumplimiento en los términos pactados en

[1165] Gamble, N: "*Should surrogate mothers still have and absolute right to change their minds*?" Bionews 678, octubre de 2012.
[1166] Gamble, N: "*Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework*", ob. cit., págs. 308-312 / "*Should surrogate mother´s still have and absolute right to change their minds*?" ob. cit.

el contrato. Su único deber contractual debe consistir en ayudar a otros a gestar un hijo, nunca en el de ser madre. Si desvinculamos absolutamente los conceptos de gestación y maternidad, no tiene ningún sentido conceder a la gestante un plazo de arrepentimiento puesto que decaería absolutamente el fin propio de la figura. Entendemos que al permitirse únicamente la gestación gestacional, no podemos otorgar la posibilidad de convertirse en madre a una mujer respecto de un hijo genéticamente ajeno que otra persona decidió procrear con el fin de criar y querer. Entendemos que en todo caso los padres legales deben ser los comitentes.

De igual forma, la parte comitente, después de otorgada la autorización judicial, no podrá echarse atrás en ningún caso, sean cuales sean las circunstancias que hayan provocado su cambio de opinión.

10.11) Un punto importantísimo de la iniciativa de Iniciativa Popular es la cuestión relativa al deseo de interrupción del embarazo por alguna de las dos partes contratantes. Concretamente, en su art. 5.3, se recoge que "***Si la mujer gestante por subrogación se acoge a la interrupción del embarazo por las causas previstas en el art. 14 de la referida Ley Orgánica 2/2010[1167], deberá devolver cualquier cantidad que hubiese recibido de los progenitores subrogantes e indemnizarles por los daños y perjuicios causados; esta decisión de la mujer gestante por subrogación supondrá su exclusión del registro nacional de gestación por subrogación***".

Esta controvertida cuestión abarca el tratamiento de muchos y delicados frentes, no sólo jurídicos sino especialmente éticos y morales de muy difícil conciliación. Autores como Vela Sánchez[1168] y Lamm[1169] defienden esta libertad de interrupción voluntaria del embarazo por parte de la mujer gestante[1170] en cualquiera de las situaciones que permite la Ley. Esta libertad de interrupción de la gestación está justificada en que los comitentes no pueden obligar a la gestante forzosamente a que lleve a término el embarazo. Señalan que el propio límite se encuentra precisamente en el tratamiento personal del cuerpo de la gestante, el cual comprende una libertad

[1167] LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010 (BOE –A-2010-3541).
[1168] Vela Sánchez A, J: "*Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogació*n", ob. cit., pág.9.
[1169] Lamm, E: Conferencia "*Gestación por sustitución: Realidad y legalidad en España y el mundo"*. Departamento de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca. 17 de febrero de 2015. http://gestacionsustituta.es/conferencia-sobre-gestacion-por-sustitución/.
[1170] Recordamos que entre las regulaciones extranjeras que recogen la posibilidad de libre interrupción del embarazo por parte de la gestante (de acuerdo a sus respectivas normativas internas) se encuentran Grecia o Sudáfrica.

absolutamente personalísima e inatacable. Así lo estableció la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su resolución 1607/2008, de 16 de abril[1171], en la que reafirmó el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto a su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo, y en ese contexto, a que la decisión última de recurrir o no a un aborto corresponda a la mujer interesada dentro de unos plazos razonables.

Asentado lo anterior, la única discrepancia entre citados autores versa en lo que se refiere a las consecuencias que debería generar para la mujer gestante esa decisión de interrumpir el embarazo. Para Vela Sánchez, el deber de indemnizar a los padres comitentes que se propone en la Iniciativa Popular, debe ir más allá de la mera devolución de las cantidades entregadas y gastadas. Defiende la pertinencia de una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a los comitentes. Propone la admisión de cláusulas penales en el convenio gestacional que regulen directamente las consecuencias económicas que esa decisión va a generar. Señala que lo anterior sólo será exigible en el caso de que la interrupción haya sido por causas naturales o no imputables a la gestante.

En contra de lo anterior, Lamm defiende que la decisión de la mujer gestante de interrumpir el embarazo debe ser, además de absolutamente libre y voluntaria, sin coste ni devolución de cantidad económica alguna. Según la autora[1172], lo contrario, supondría una coacción a esa libertad de la mujer gestante a la hora de tomar esa decisión. La sanción económica podría significar un elemento condicionante sobre la libertad de decisión de la mujer.

Es precisamente esta cuestión una de las que mayor problemática jurídica genera en relación con la figura de la gestación por sustitución. Independientemente de lo anterior, hay que dejar constancia de que, en la práctica real, los contratos de gestación por sustitución que se celebran en Estados Unidos tienen un resultado satisfactorio para todas las partes implicadas de un 95,5% de los casos[1173]. A pesar de esto, el hecho de que estos conflictos se produzcan de una manera aislada no significa que ante una

---

[1171] https://afavor.wordpress.com/2009/12/14/resolucion-1607-20081-de-la-asamblea-parlamentaria-del-consejo-de-europa/

[1172] Lamm, E: "*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*", ob. cit., pág. 282.

[1173] Lamm, E: Conferencia "*Gestación por sustitución: Realidad y legalidad en España y el mundo"*. Departamento de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca. 17 de febrero de 2015". http://gestacionsustituta.es/conferencia-sobre-gestacion-por-sustitución/.

posible regulación en nuestro país de la gestación por sustitución, no deban ser limitados o pautados con carácter preventivo o resolutivo.

Es evidente la posibilidad que debe tener la mujer gestante de interrumpir la gestación ante el supuesto de grave riesgo para su vida o salud, o ante un serio riesgo de sufrir contratiempos afectables, físicos o psicológicos[1174]. En este caso el límite temporal fijado en nuestra legislación actual está fijado en 22 semanas. Ahora bien, como ya se ha mencionado, nuestra vigente Ley 2/2010, de interrupción voluntaria del embarazo, en su art. 14, prevé que en las primeras 14 semanas de gestación la mujer, "previamente informada", podrá optar por la libre interrupción del embarazo. En este plazo no se exige causa alguna para interrumpir la gestación sino que simplemente se otorga la plena disponibilidad a la mujer de convertirse en madre o no. Es en este margen temporal en el que la voluntad de la mujer gestante goza, a pesar de que el embrión implantado genéticamente pueda no "pertenecerle", de la disponibilidad absoluta sobre el destino del mismo. Es precisamente en esta libertad absoluta unilateral, sin exigencia de causa, donde surge el primero de los conflictos:

.- Supuesto en que la gestante quiera interrumpir voluntariamente el embarazo y la parte comitente no.

Piénsese que un altísimo porcentaje de casos en los que se ha recurrido a la gestación por sustitución, el óvulo o esperma utilizado para la gestación ha sido aportado personalmente por la mujer o varón contratante. Esta aportación personal descansa precisamente en la intención de convertirse en padres genéticos de su fututo hijo. No hay que olvidar que la gestante, en un corto intervalo de tiempo atrás, prestó su consentimiento informado, libre, consciente y voluntario de convertirse en la gestante de los hijos de otros y que, a su vez, ese consentimiento lleva aparejado una nueva y posterior aceptación al someterse libre y conscientemente a la correspondiente implantación embrionaria. Ante esta situación se generan inevitablemente una seria de interrogantes:

.- ¿Debe otorgársele a esta mujer, de forma unilateral y absoluta, la plena libertad para decidir si continua o no con el embarazo? ¿Es conveniente lo anterior a pesar de que el embrión implantado sea genéticamente de otros (de los propios comitentes, de uno de ellos, o provenga de un donante?). ¿Se tendrá que respetar la libre

[1174] Artículo 15.a) LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

interrupción a pesar de que los padres intencionales son los que desean ejercer la maternidad o paternidad criando y cuidando a ese futuro hijo?

.- ¿Debe otorgarse ese derecho de libre interrupción del embarazo con la misma amplitud a la mujer gestante a pesar de no estar vinculada con el concepto de "maternidad"? ¿Debe dársele el mismo alcance que el que se otorga en nuestro ordenamiento jurídico a la mujer que porta su propio hijo y que, por ende, sí está implicada y afectada por este concepto de maternidad biológica?

.- ¿Hay equilibrio proporcional entre los derechos que amparan a las dos partes?

.- ¿Debe sobrevalorarse el derecho de la mujer a no continuar con el embarazo, a pesar de que en ningún momento va a tener que ejercer de madre ni, por tanto, el hecho de traer a ese niño al mundo va a condicionar o afectar su vida futura?

.- ¿Debe darse más protección a los comitentes y a su derecho a ser padres de ese hijo deseado?

.- ¿Hay que defender en este caso los derechos del *nasciturus* quien, a diferencia de otros supuestos contemplados en la Ley del aborto, tiene una familia deseosa de tenerle?

A este respecto, no olvidemos que el componente psicológico en esta cuestión es absoluto desde el momento en que la gestación por sustitución es un método reproductivo de carácter generalmente residual. Esto lleva aparejado que ese comitente o comitentes han dejado atrás probablemente situaciones angustiosas tales como previos abortos naturales, sometimiento a técnicas de reproducción tanto homólogas como hererólogas infructuosas, tratamientos médicos de distinta índole o, incluso, un largo o fallido proceso de adopción.

En definitiva, ¿Debemos amparar de forma legal la privación del derecho de los comitentes de ser padres de un hijo genéticamente propio, dando superior protección al derecho de libre decisión de aborto a una mujer que únicamente se encomendó a llevar a cabo el embarazo y parto del hijo de otros, sin mediar ninguna razón de salud que lo justifique?

Nuestra respuesta a esa pregunta es negativa. En este aspecto es necesario observar las razones que el legislador contempló para acordar la libertad de interrupción

del embarazo en las primeras 14 semanas de gestación, para comprobar si el fin jurídico protegido en dicha ley puede ser de aplicación a la mujer simplemente gestante.

El preámbulo I de la LO 2/2010 recoge que la decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Señala literalmente que "*la protección de este ámbito de autonomía personal tiene una especial significación para las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos*".

¿Puede la anterior afirmación aplicarse a la mujer gestante por entender que su autonomía individual debe ser protegida al entenderse que el embarazo y la maternidad afectarán indudablemente a sus vidas en todos los aspectos? Evidentemente no. Es un hecho consolidado que la figura de la gestación por sustitución, en relación al rol de la mujer gestante, no debe ser identificada con el término "maternidad". En ningún caso se trata del fin perseguido.

De igual manera, no puede entenderse que sea extrapolable a la mujer gestante esa necesidad de protección frente al cambio de vida que necesariamente supone tener un hijo. La mujer gestante, por el hecho de haber alumbrado a un hijo, no va ver afectada su vida futura. Ninguna obligación ni derecho se le exige o se otorga respecto de ese hijo. El fin del contrato de gestación por sustitución es precisamente la entrega del recién nacido a los promitentes desde el mismo momento del nacimiento.

De igual forma, en el preámbulo II de esta Ley, se señala la necesidad de regular la interrupción voluntaria del embarazo desde una claridad en la queden adecuadamente garantizadas, tanto la autonomía de las mujeres, como la eficaz protección de la vida prenatal como bien jurídico. En relación con la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a esta materia se parte del principio de la negación del carácter absoluto de los derechos e intereses que entran en conflicto a la hora de regular la interrupción voluntaria del embarazo y, en consecuencia, el deber del legislador de "*ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos*"[1175]. El T.C. afirma que "*aunque los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho a*

[1175] Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril (Recurso previo de inconstitucionalidad contra la Ley del Aborto).

la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución" eso no significa que resulten privados de toda protección constitucional[1176]. La vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumente, estará siempre intermediada por la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

La LO 2/2010 señala que se reconoce el derecho a la "*maternidad libremente decidida*"[1177]. Esto implica entre otras cosas que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y, que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada. Fruto de todo lo anterior se desprende que el legislador a la hora de regular la interrupción voluntaria del embarazo no causal, da preponderancia al derecho de la mujer a interrumpir libremente la gestación teniendo como base y fin protegido el derecho a la maternidad libre. Se entiende que embarazo y nacimiento afectan claramente a su proyecto de vida y, por tanto, debe ser digno de protección. Se impone un límite temporal jurídicamente apropiado, con el fin de no quebrantar de forma absoluta los derechos del *nasciturus*.

En esta Ley, por tanto, se produce una asociación evidente. El derecho de interrupción libre de la gestación se impone frente al derecho a la vida del concebido por preponderancia de los derechos de las mujeres a la hora de poder decidir libremente sobre maternidad. Se ampara la superior decisión de elegir el momento deseado por la mujer para convertirse en madre Para ello se tienen en cuenta las consecuencias que para su libre desarrollo de vida significa el nacimiento no deseado de un hijo. En la Ley se define el concepto de "*salud reproductiva*"[1178] como "*el estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos*".

Poniendo todo lo anterior en conexión con la obligación inexcusable que impone la Ley de tener que informar a la mujer que declara su intención de abortar, llegamos a la misma conclusión:

[1176] Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio (Recurso de inconstitucionalidad contra la LTRA).
[1177] Artículo 3.2 del Título Preliminar LO 2/ 2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.
[1178] Artículo 2.c) LO 2/ 2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

El artículo 14 de la LO 2/2010 autoriza la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer durante las 14 primeras semanas de gestación siempre que se dé el requisito de que se le entregue con antelación un sobre cerrado en el que se proporcione una información relativa los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la "maternidad". Los artículos 17.2 y 4 entre otros, obligan a que la mujer deba ser informada acerca de las ayudas públicas disponibles para mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y parto, así como sobre los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad, sobre las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas, beneficios fiscales y demás información relevante de los incentivos y ayudas al nacimiento. Este tipo de información, no hay duda, busca incentivar a la mujer a adoptar un cambio en su decisión. Se busca fomentar que, en aras de ser asistida y poder afrontar con garantías esa maternidad que inevitablemente va a provocar un cambio en su vida, pueda ser enfocada con mayor seguridad. Esto potencia nuestro argumento de que la interrupción voluntaria del embarazo va íntimamente unida al sacrifico que el ejercicio de la maternidad supone para una mujer.

De acuerdo a todo lo anterior concluimos que, teniendo en cuenta que el exclusivo propósito contractual de la gestante es desarrollar el embarazo y posterior alumbramiento del hijo de otros, para inmediatamente después del parto entregarles ese niño renunciando a cualquier tipo de filiación, obligación y derecho sobre él, queda absolutamente claro que el concepto de "maternidad libre" no puede vincularse con la mujer gestante sino, en todo caso, con la madre contratante. El comitente o comitentes sí eligieron libremente su maternidad o paternidad y, en consecuencia, están deseosos de ejercerla proporcionado a ese niño una familia. Esto significa que si el respaldo jurídico que justifica la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo no casual es el derecho de las mujeres a una "maternidad libremente elegida", en el caso de la gestación por sustitución, no se cumple. En la maternidad subrogada se rompe absolutamente el nexo entre embarazo y maternidad perdiendo por tanto todo su sentido la libertad de interrupción desde el mismo momento en que la maternidad nunca será ejercitada por la gestante.

Hay que recordar que el aborto permisivo se plasma por primera vez en la España postconstitucional a través de la LO 9/1985, de 5 de julio, por medio de la cual

se despenalizó el aborto en algunos supuestos[1179]. En esta Ley únicamente se contemplaban los supuestos de aborto terapéutico (peligro para la vida o salud de la madre), eugenésico (peligro para la vida o salud del niño) y el ético (para delitos de violación). Es a través de esta LO 2/2010 cuando se establece la libertad de interrupción del embarazo durante las primeras 14 semanas de gestación, únicamente por simple deseo de la mujer, sin necesidad de alegar ya razón justifica alguna. La mujer es libre para decidir en todo caso si desea ser madre o no, y de ser así, en qué momento quiere serlo.

Unido a este concepto de "salud reproductiva" se contempla de igual forma el concepto de "salud sexual"[1180] entendido como "el estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia".

Independientemente de todo lo anterior, hay que mencionar que el artículo 3.1 de la Ley del aborto dice literalmente que "*En el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y el orden público garantizado por la Constitución y las Leyes*".

En el caso de la gestación por sustitución no podemos amparar a la mujer gestante de igual forma que a cualquier otra mujer que queda embarazada por la vía habitual, a través de una relación sexual. En este segundo caso hay que tener en cuenta ese derecho a la salud sexual que reconoce la Ley, que debe ser entendido como la libertad de cada mujer en lo relativo a su vida sexual, por el que el hecho de un embarazo no deseado pueda condicionar su presente o futuro. La mujer está amparada por un derecho a la maternidad libremente elegida y a ser la dueña de su cuerpo y de las decisiones que afecten al mismo.

Por el contrario, entendemos que lo anterior no puede tener la misma amplitud de aplicación en lo relativo a la mujer simplemente gestante. En estos casos no medió relación sexual alguna y, de igual forma, ningún embarazo no deseado se originó como

[1179] Artículo 417 bis del Texto Refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, redactada de acuerdo a la LO 9/1985, de 5 de julio.
[1180] Artículo 2.b) LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

consecuencia de una relación sexual. La mujer gestante firmó un contrato. Teniendo en cuenta que en nuestro parecer una futura regulación de la gestación subrogada en España debería ordenar la necesidad de ratificación de la voluntad contractual de todas las partes en presencia judicial, con carácter previo a cualquier implantación embrionaria ¿Tiene sentido que en estos casos tenga presencia la protección del derecho a la salud sexual o reproductiva que prepondera la Ley para justificar la libertad de aborto de las mujeres?

Debemos detenernos en ese límite que marca el citado artículo 3 en relación con la reconocida libertad y autonomía personal de las mujeres a la hora de tomar decisiones que afecten a su salud reproductiva. La Ley marca el límite de libertad en el respeto a los demás. En este caso, no hay duda de que el respeto a los demás debe referirse no sólo al niño que va a nacer, sino en el de los comitentes que otorgaron una seriedad y confianza al contrato celebrado con la gestante. La seriedad de contratación descansa en el estado tan avanzado en el que se encuentra el acuerdo previamente celebrado entre las partes. No hay duda de que una interrupción del embarazo, sin causa justificada, supondría un mal irreparable de extrema gravedad.

No podemos obviar que en la mayor parte de los casos de gestación por sustitución los comitentes han sufrido una larga lucha por cumplir su deseo de ser padres. Además de esto, en muchísimas ocasiones, la comitente o comitente son a su vez padres genéticos. En el caso de las mujeres contratantes ha sido necesario haberse sometido previamente a duros procedimientos médicos de hormonación, estimulación y extracción ovárica con el fin de que finalmente se realice la implantación del embrión resultante en la mujer gestante.

Para los derechos de los comitentes está claro que una interrupción sin causa justificada, por libre deseo de la gestante, no puede estar amparada sin llevar aparejada consecuencia alguna. Sería inmensamente injusto. No sólo estaría vulnerando los derechos de los comitentes sino el del propio *nasciturus* al que le espera una familia que desea cuidarlo y quererlo. Entendemos, por tanto, que la mujer gestante, mediando un contrato de gestación por sustitución, debería quedar excluida de la libertad de interrupción voluntaria del embarazo en las primeras 14 semanas de gestación (art. 14 LO 2/2010), limitándolo como es evidente a que el embarazo o gestación pueda suponer un riesgo o peligro para su vida o salud física o psíquica. Ante la falta de cumplimiento,

entendemos apropiado la admisión de cláusulas penales que protejan a los comitentes y que, en la medida de lo posible, reparen la frustración de su derecho.

.- Supuesto en que la parte comitente quiera interrumpir el embarazo y la mujer gestante no.

En cuanto al supuesto de aborto eugenésico por riesgo de anomalías graves, anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedades extremadamente graves e incurables, el artículo 15 de la Ley del aborto de 2010, prevé la posibilidad de interrupción del embarazo con una serie de requisitos de tiempo (dependiendo del supuesto concurrente, informes médicos e información prestada). Para el supuesto de que, no superándose las 22 semanas de gestación, exista serio riesgo de anomalías graves en el feto, se obliga a cumplir con el requisito de proporcionar información a la mujer sobre los derechos, prestaciones y públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a esta personas. Al igual que ocurría con supuesto anteriores, se obliga a dar esa información como medio resolutivo o alternativo a interrumpir el embarazado y así decidir siendo conocedora de las ayudas con la que se va a poder contar a la hora de tener que criar a un niño con discapacidad.

Poniéndolo en relación con los casos de gestación por sustitución ¿Quién será en realidad quien finalmente va a cuidar a un niño que nace con problemas de discapacidad físicos o psíquicos? Sin duda alguna la madre o padre contratante. Entendemos que en base a lo anterior, por el simple hecho de que la discapacidad del niño únicamente afectaría a la vida de los comitentes, tendrían que ser ellos los amparados por el derecho a la libre elección de la maternidad y sus consecuencias. La mujer gestante, quien va a entregar al niño, enfermo o no, no va a verse afectada por ninguna situación y en consecuencia su vida no va a cambiar en absoluto. Entendemos, por tanto, que si la parte realmente afectada ante estas situaciones es la comitente, será a ésta a la que hay que otorgar ese derecho de interrupción del embarazo. Independientemente de esta opinión, somos plenamente conscientes de que en nuestro sistema no puede obligarse a una mujer a someterse a un aborto sin su consentimiento.

Está claro que, a pesar de que los comitentes decidan interrumpir el embarazo por causas médicas en el feto, no puede someterse a la gestante a un aborto a la fuerza. En este caso entenderíamos de aplicación la inclusión en el contrato de cláusulas penales que regulen este supuesto; ante la petición de los comitentes de interrupción

eugenésica del embarazo, si la gestante se negara, se le impondrían una serie de sanciones económicas previamente pactadas para este supuesto. Esta indemnización resarciría a los comitentes del desembolso que los cuidados que ese hijo con problemas de salud va a requerir. Puesto que la decisión negativa de la gestante en realidad les ha impuesto cuidar y criar a un niño con problemas de salud previamente diagnosticados, la gestante debe resarcirles. En definitiva, la decisión de la gestante sigue sin afectar realmente a su proyecto de vida. Sea cual sea su opción, su vida seguirá su rumbo con normalidad y sin afección alguna derivada de su decisión. La única vida afectada por el nacimiento será la del propio hijo y la de sus padres, quienes en ningún momento podrán renunciar al niño sea cual sea el problema con el que llegue al mundo.

En conclusión, todo lo anterior no significa más que la equiparación de los embarazos conseguidos mediante la gestación por sustitución con los supuestos de embarazos logrados por la vía natural. Al igual que en estos últimos los padres biológicos tienen que enfrentarse a los posibles problemas fetales que su hijo puede sufrir durante el embarazo. Entendemos que lo mismo debe ocurrir en los casos de gestación subrogada. La mujer a la que se refiere la LO 2/2010, que es a fin de cuentas a la que otorga protección, tendría que identificarse con la parte comitente ante los supuestos de gestación subrogada. De esta forma, el papel de la mujer contratada se limitaría únicamente al de simple gestante. La única salvedad a tener en cuenta estaría en el hecho de que en ningún caso podría ser obligada a interrumpir el embarazo en contra de su voluntad. Esta consecuencia sería sustituida por indemnizaciones pecuniarias previamente pactadas por las partes en el contrato de gestación.

En el supuesto contrario, en el caso de ser la gestante la que quiere interrumpir el embarazo, no podría realizarlo sin el consentimiento de los comitentes. Este debería ser el requisito exigido en la ley. Ante el supuesto de que la gestante finalmente interrumpiera el embarazo sin el pertinente consentimiento, serán de aplicación las cláusulas indemnizatorias anteriormente señaladas.

10.12) En cuanto al contrato de gestación por subrogación la Iniciativa Popular, en su artículo 6, señala que el **contrato debe ser notarial**, previo a cualquier implantación del embrión en la mujer gestante, y al mismo debe ser anexado el justificante de inscripción de la gestante en el Registro de Gestantes. Antes de cualquier implantación embrionaria, también se exigirá que el contrato sea presentado ante un

Registro Nacional de Gestación por Subrogación. Se regula por tanto la creación de dos registros.

El contenido mínimo del contrato debe regular:

.- La compensación económica que percibirá la gestante así como la forma y modo de percibirla.

.- Técnicas de reproducción asistida que se van a emplear.

.- Forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y previsión del lugar del parto.

.- Designación del tutor, de acuerdo a lo previsto en el art. 223 del CC.

.- Detalles del seguro al que se hace referencia en el art. 3.5 de la Iniciativa popular.

Como ya hemos indicado, en relación con lo anterior únicamente discrepamos en el sentido de entender que una garantía judicial y no notarial sería más conveniente, tratándose de la defensa de menores. De esta forma se cumplirían los requisitos de libertad, voluntariedad y consciencia en el consentimiento de las partes. En cuanto a estos consentimientos la ley debería recoger su carácter irrevocable. La irrevocabilidad debería surtir efectos desde la propia ratificación del consentimiento en sede judicial.

10.13) En cuanto a la **filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución** el art. 7 establece que la misma se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones siguientes:

.- En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

.- Desde el momento en que se haya formalizado el contrato y se haya producido la transferencia embrionaria, los padres intencionales no podrán impugnar la filiación del hijo nacido por maternidad subrogada.

.-Serán los progenitores subrogantes los encargados de la inscripción del nacimiento en el Registro civil. En cuanto a este último aspecto, ningún problema se genera desde el momento en que, como en cualquier nacimiento, son los padres legales los encargados de la inscripción. Habrá que tener en cuenta la modificación que

introduce la nueva Ley del Registro Civil de 2011 en los que traslada la obligación de los nacimientos o las defunciones a los hospitales donde tienen lugar.

En este punto de la Iniciativa entendemos absolutamente necesario que la filiación de los hijos nacidos de un contrato de gestación por sustitución sea determinada, en todo caso, a favor de los comitentes. Defendemos la llamada "voluntad procreacional" a la que, por la importancia que nos merece, dedicamos un apartado concreto:

a) La voluntad procreacional: A este respecto, defendemos la tesis seguida entre otros por Rivero Hernández o Lamm[1181] basada en el criterio de la llamada "voluntad procreacional"**:**

La voluntad procreacional está basada en la "teoría de la intención". Según esta corriente, en los nacimientos derivados de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en general, y por tanto, también en lo relativo a los acuerdos de gestación subrogada, la maternidad y paternidad debe corresponder a la persona o personas que, al margen de su aportación genética, dieron lugar al proceso de creación del hijo como consecuencia del deseo de ser padres. La fuente principal del nacimiento de ese hijo partió del elemento volitivo de los mismos. Es en este elemento del consentimiento en el que reside la fuente protagonista sin el cual el nacimiento nunca se hubiera producido. Como señala Rivero Hernández, el elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la voluntad o decisión de que ese ser nazca[1182].

Con ocasión de los primeros litigios acaecidos en relación con la gestación por sustitución en Estados Unidos, ya a principios de los años noventa, varios autores[1183] comenzaron a defender el criterio de determinación legal de la filiación sobre la voluntad procreacional; sobre la intención de las partes contratantes.

[1181] Lamm, E: "*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*", ob. cit., pág.286.
[1182] Rivero Hernández, F: "*La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificia*l". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, Vitoria, entre el 28 de septiembre y 2 de octubre de 1987. En: "*La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*". Trivium, Vitoria-Madrid, 1988, pág. 146.
[1183] Hill o Shultz. Más recientemente encontramos a Storrow o Anderson.

Esta teoría fue desarrollada en el Estado de California a consecuencia del sonado caso Johnson v. Calvert[1184] (1993). El matrimonio Calvert deseaba tener un hijo pero la esposa (Crispina) había sido sometida a una histerectomía en 1984. En 1989 la pareja firmó un contrato de gestación por sustitución con Anna Johnson por el cual acordaban que un embrión sería creado con un óvulo de la comitente y el esperma de su marido para posteriormente ser implantado en el útero de la gestante. Al nacer ésta entregaría el bebé a la pareja renunciando a todos los derechos sobre el niño. A su vez, la pareja se comprometía a entregarle 10.000 dólares (además de suscribir un seguro de vida a su favor por valor de 200.000 dólares). El pago de dicha cantidad fue pactado en varias cuotas, estando fijado el último de ellos después de transcurridas seis semanas del nacimiento. En fecha 19 de enero de 1990 el embrión fue implantado y la mujer gestante quedó embarazada. Antes de que naciera el bebé, ésta reclamó al matrimonio la suma que restaba por abonar, advirtiendo que, de lo contrario, no entregaría al bebé. El matrimonio Calvert interpuso una acción legal solicitando se determinara que ellos eran los padres del hijo que aún estaba en camino. Anna Johnson, al tiempo, interpuso acción legal solicitando que se declarara que ella era la madre. Ambos pleitos se acumularon.

El Juez de Primera Instancia falló a favor del matrimonio Calvert al entender que ellos eran los progenitores genéticos, biológicos y naturales. Entendió que el contrato de gestación era válido y exigible. Tras los pertinentes recursos, tanto la Cámara de Apelación como la Corte Suprema, confirmaron la decisión de instancia. Los fundamentos esgrimidos descansaban en que, por un lado, Crispina Calvert defendía su maternidad genética de acuerdo al artículo 715 del CC de California y, por otro, Anna Johnson defendía que en aplicación del artículo 7003 del mismo cuerpo legal, ella era la madre al haber gestado y alumbrado al niño. Ambas reclamaciones tenían respaldo jurídico por la que la Corte se vio obligada a buscar un nuevo criterio de "desempate" legal. Acudió al criterio de la intención de las partes al analizar el contrato de gestación por sustitución. Concluyó que la madre legal era aquella en la que concurría la intención de serlo con el propósito de procrear, criarlo y cuidarlo. La Corte Suprema determinó que Crispina Calvert, además de ser madre genética del niño, era la madre intencional. Sin esa intención el hijo nunca hubiera nacido puesto que de la interpretación de la voluntad de las partes plasmada en el contrato, de ninguna manera podía entenderse que

[1184] Johnson v Calvert. 5 Cal.4th 84,19 Cal.Rptr.2d 498,851 P.2d 776 (cert.denied 510 U.S. 874, II4 S .Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163) (Cal. 1993).

el objeto hubiera sido ceder un embrión a la gestante para que lo desarrollara y alumbrara como propio.

Hay que poner de manifiesto que en ese momento el hecho de la aportación genética fue decisivo puesto que, tan solo un año después de este fallo, la Corte de Apelación de California (Caso Moschetta)[1185] decidió no aplicar la teoría de la intención en un caso de gestación por sustitución del tipo tradicional, en el que la mujer gestante era además madre genética. El hecho de que la gestante fuera madre genética fue expuesto por el Tribunal como excluyente de la teoría de la intención puesto que, para poder acogerla, la madre genética y la gestacional no deben ser la misma mujer. Es necesaria que no coincida en la misma mujer el papel genético y el gestante. Si estos los desempeñan distintas mujeres será cuando exista el empate (genética frente a gestación). Será entonces cuando la aplicación de la teoría de la intención pueda romper ese empate. En este caso se concedió a la madre contratante un régimen de visitas.

Aplicando lo anterior a un caso posterior (1998), caso Buzzanca[1186], se aplicó la teoría de la intención ante un supuesto en que el embrión implantado en la mujer gestante provenía de óvulo y esperma de donantes, es decir, ni la comitente ni su marido eran padres genéticos. La gestante tampoco. Cumpliéndose el requisito de que madre gestante y madre genética no eran la misma, (independientemente de que no lo fuera la comitente sino una donante de óvulos) se produjo el empate que rompió la aplicación de la teoría de la intención. La intención de procrear y de ser madre había sido de la comitente, quien precisamente había suscrito el contrato de gestación con ese fin. En este asunto hay un dato interesante. Durante la gestación el matrimonio comitente se divorció. El padre no quiso seguir con la gestación ni que se le declarara padre de la niña. La madre comitente, quien volvió a casarse, pretendía que se declarara su maternidad legal y la paternidad legal de su nuevo esposo. La gestante en este caso no tuvo intención ninguna de quedarse con la niña ni de ser su madre legal.

En el Juzgado de Primera Instancia se declaró que la niña no tenía padres legales. La Corte de Apelaciones de California aplicó entonces la teoría de la intención seguida en el caso Johnson V. Calvert y determinó que la comitente era la madre legal y

[1185] Caso de Cynthia Moschetta resuelto por los Tribunales Californianos en 1994. http://www.profesionalesetica.org/2015/07/la-maternidad-de-alquiler-en-4-casos-una-reflexion-de-teresa-garcia-noblejas/

[1186] Caso Buzzanca v. Buzazanca, 72 Cal. Rptr.2d 280 (Cal. Ct. App.1998): en Lamm, E: "*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*", ob. cit., pág.44.

por tanto se le otorgó su custodia. De la misma manera determinó que el exesposo comitente era el padre legal. Aplicando la regulación existente en materia de reproducción asistida entendió que si el esposo había consentido la inseminación era el padre legal[1187], todo ello con independencia de no guardar lazos genéticos con la niña. Se entendió, por tanto, que los actos intencionados de los comitentes determinaban su estado legal de padres.

Expuesto todo lo anterior, entendemos que es el criterio de la voluntad procreacional el que debe generar el vínculo legal de la filiación; el de los comitentes. Esto será así aunque uno o ninguno de ellos hayan aportado material genético. La filiación debe determinarse a su favor de igual forma. Desde el momento en que los comitentes dieron su consentimiento ante el juez de querer acudir a la gestación por sustitución debería ponerse en marcha todo el proceso. Ese consentimiento formalizado en autorización judicial, junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes, serán necesarios para inscribir al niño en el Registro Civil. Eliminar la necesidad de la aportación genética por parte de los comitentes como elemento necesario para poder determinar la filiación del niño, no sólo evitaría dilaciones en el proceso, sino situaciones de discriminación[1188] que repercutían negativamente en el futuro del niño. De esta forma, la comprobación de la aportación genética por parte de los comitentes debe ser acreditada al inicio, únicamente como requisito de acceso a la propia técnica, no a efectos de determinar la filiación (recordemos que defendemos la postura general de que si los comitentes pueden físicamente aportarlo deben hacerlo).

Actualmente esta tendencia sobre la "intención" o "voluntad" de ser padres como factor determinante de la filiación se ha ido generalizando entre los estudiosos jurídicos y agencias de gestación por sustitución, pero ya data de criterio determinante desde hace años.

[1187] California Fam. Code $ 7613: *"(…) under the supervisión of a licensed and with the consent of her husband, a wife is inseminated artificially with semen donated by a man nor her husband, the husband is treated in law as if he were the natural father of a child thereby conceived*". Establece que cuando la mujer es inseminada con esperma de otro hombre que no sea su marido, este será tratado ante la ley como si fuera el padre del hijo concebido, cuando hubiere mediado consentimiento formal.

[1188] Se entiende que el elemento volitivo evita desigualdades en el trato jurídico que puede darse a varias personas ante la misma situación. Sostiene VELA SÁNCHEZ que si por ejemplo el marido o compañero se convierte en padre legal como consecuencia de prestar el consentimiento a la fecundación asistida con material genético donado, al que se somete su esposa o compañera (art. 8 LTRHS), la misma regla debe regir para la determinación en casos de gestación por sustitución. En: "*Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010*". Diario La Ley, núm. 7621, 2011.

Defendemos por tanto que madre debe ser aquella que estableció en el contrato de gestación su serio deseo de serlo, sin distinguirse si aportó o no su propio material genético. Esto es evidente que rompe con la máxima romana "*mater semper certa est*". No hay razón de peso para ver impedimentos a la hora de otorgar la maternidad a una mujer que está ante una nueva realidad. No hay motivos que impongan que hay que darle la misma solución y aplicar las reglas de la maternidad natural. Es evidente que nos encontramos ante supuestos diferentes[1189] a los que habrá que dar la mejor solución.

En esta línea compartimos los argumentos esgrimidos por Hernández Ibáñez[1190] la cual defiende que la maternidad debe corresponder a la comitente:

.- Porque es la mujer que ha deseado tener a ese hijo.

.- Porque la mujer gestante se ha prestado voluntariamente a ello, renunciando a cualquier derecho sobre el hijo a favor de la comitente.

.- Porque la mujer gestante que ha dado a luz a ese niño no puede alegar motivos sentimentales o lazos de cariño forjados durante el periodo de embarazo. No se niega que efectivamente hayan podido producirse, pero lo cierto es que todos esos riesgos se le dieron a conocer y se le advirtieron antes de prestar su consentimiento por el que asumía las consecuencias de sus actos propios.

.- La mujer gestante, aunque haya desarrollado la gestación, conoce que su misión se limita a traer al niño al mundo y entregarlo a la mujer que se lo ha encargado a través de contrato.

De igual forma, al formarse el vínculo de filiación por la voluntad procreacional, los comitentes, desde la emisión del consentimiento y la consiguiente autorización judicial no podrán impugnar el mismo por falta de relación genética. Tampoco podrán impugnar su falta de voluntad a no ser que se den implícitas los vicios invalidantes del consentimiento que presiden nuestras normas civiles[1191]. En definitiva, los comitentes no podrán impugnar la filiación del niño nacido por gestación por sustitución cuando haya mediado su consentimiento y el acuerdo haya sido autorizado judicialmente. Es

[1189] Peña Bernaldo de Quirós, M.: "D*erecho de Familia"*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 492.
[1190] Hernández Ibáñez, C.: "*La atribución de la maternidad en la gestación contratada*". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, Vitoria, de 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987. En: "*La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana"*. Trivium, Madrid, 1988, pág. 445.
[1191] Artículos 1265 y ss. CC.

por tanto la intención de los comitentes lo que crea el concepto de la voluntad procreacional.

En la actualidad es una realidad que la importancia que se dio a la verdad biológica ha quedado superada. La paternidad no puede limitarse a la verdad biológica sino a la verdad socio-afectiva[1192]. La paternidad emocional como enseña la experiencia de tantos años, sobrepuja la paternidad biológica o genética[1193]. En consecuencia, con la aparición de las técnicas de reproducción asistida nos alejamos del elemento biológico y genético para acercarnos más al elemento volitivo. Como señala Kemelmajer de Carlucci, estaríamos ante una filiación socio-afectiva en la que el elemento volitivo ocupa un espacio de mayor envergadura que el componente genético[1194]. Las técnicas de reproducción asistida modificaron la realidad social al permitir la reproducción sin necesidad alguna de relación sexual. En consecuencia, el hecho de existir las técnicas de tipo heterólogo y la maternidad subrogada, significa que lo biológico no comprende siempre lo genético, ni lo genético comprende siempre lo biológico[1195].

Señala Lamm que "*hoy es ser madre es mucho más que gestar o parir. O lo que es lo mismo, gestar o parir no hace ni define, ni determina, la maternidad. Hoy, a la luz de la gestación por sustitución, madre es querer ser madre, por lo que resulta injusto imponerle esa maternidad a la mujer que gestó sin deseo o intención de ser madre, especialmente si se tiene en consideración al niño que nace. Las situaciones nuevas no pueden resolverse intentando imponer viejas reglas; deben buscarse nuevas soluciones acordes a las nuevas realidades y a las nuevas nociones de maternidad y paternidad*"[1196].

Esto significa que si en relación con los contratos de gestación por sustitución se introduce el elemento volitivo como factor determinante de la filiación, entendiéndolo como que quienes quisieron ser madre o padre quedarán determinados como tales, independientemente de su aportación genética, esta técnica estará al alcance de cualquier persona que desee ser padre o madre, con independencia de su estado civil o

[1192] Chaves de Farias, C, Rosenvald, N:"*Direito das Familias*". Lumen Juris. Brasil (Río de Janeiro), 2008, pág. 517.
[1193] Días, M.B: "*Filiación Socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales*". Revista Jurídica, 13, UCES, 2009, pág. 85.
[1194] Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E: "*Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actua*l". Revista La Ley. Buenos Aires, 2010, (La Ley 2010E, 977).
[1195] Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E: "*Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", ob. c*it., pág. 977.
[1196] Lamm, E: "*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*", ob. cit., pág.54.

de su orientación sexual. La voluntad procreacional podrá ser aportada tanto por matrimonios heterosexuales u homosexuales, o por hombres o mujeres en solitario. Esto significa que se darán situaciones en que se dará la paternidad sin existencia de maternidad. Es evidente que aunque una mujer debe gestar y alumbrar al niño, en los casos de parejas homosexuales de varones, o estos en solitario, no habrá maternidad determinada. Recordemos que en nuestro país es posible la determinación de una doble paternidad a través de la vía de adopción.

Hay que indicar que los países[1197] que han optado por regular las técnicas de reproducción asistida han hecho del consentimiento el elemento determinante a efectos de filiación, es decir, han contemplado la teoría de la intención; la voluntad procreacional.

b) Visto nuestro criterio en relación con la determinación de la filiación, continuamos con el análisis de la Iniciativa Popular en lo referente a la **INSCRIPCIÓN** de la misma. Recordemos que en el sistema que proponemos la autorización judicial debe darse con carácter previo a cualquier implantación embrionaria. Esto implica que el certificado de nacimiento, obrando ya la autorización judicial, deberá ser expedido a favor del comitente o comitentes. En la propia autorización judicial se ordenará al hospital encargado de emitir en un futuro el certificado de nacimiento que lo haga ya a favor de los padres intencionales. A nuestro entender la mejor solución es seguir el planteamiento de las normas californianas[1198]. Aplicando lo anterior, la mujer gestante no debe aparecer nunca como madre. De esta manera la filiación es única desde el mismo momento del nacimiento y no serán necesarios traspasos de filiación que puedan derivar en un ínterin de tiempo claramente perjudicial para el menor.

En cuanto a la inscripción del niño en el Registro Civil deberá acompañarse la autorización judicial correspondiente y certificado de nacimiento expedido a nombre de los comitentes, con la acreditación de dicha identidad. Estos requisitos serán los mismos independientemente del estado civil (habrá que probar el tiempo exigido de convivencia en el caso de ser unión estable) u orientación sexual.

10.14) La Iniciativa Popular regula también el tema de la **identidad de la mujer gestante**. El artículo 8.3 establece que la revelación de la identidad de la mujer gestante

[1197] Es el caso, entre otros, de Francia, Italia, Portugal, Brasil, Reino Unido y la mayoría de Estados de EE.UU.

[1198] Recordemos que, además de California, este sistema es seguido también en otros Estados Norteamericanos como Utah o Texas. También se contempla en la Ley Sudafricana.

o del donante en los supuestos, no supondrá en ningún caso determinación legal de filiación.

Defendemos que cuando haya sido utilizado material genético donado se apliquen las mismas reglas que para el resto de supuestos en los que ha mediado una técnica de reproducción asistida. En la actualidad rige el art. 5.5 LTRHA que protege la identidad del donante. En este sentido, compartimos la opinión de Vela Sánchez. En el caso de la identidad de la mujer gestante, independientemente de que según esta iniciativa no pueda ser aportante de su propio material genético, es conveniente que su identidad se conserve, y conste de forma restringida, en el Registro Civil de tal forma que se dé cumplimiento al art. 39.2 CE respecto a la defensa del derecho a la identidad y a conocer los orígenes biológicos y genéticos el hijo.

Ahora bien, teniendo como referente la figura de la adopción y del art. 180.6 CC, así como de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, de 28 de diciembre de 2014, entendemos que el hijo, alcanzada la mayoría de edad o a través de su representante legal antes de alcanzarla, pueda acceder a los datos de identidad de la gestante. Lo anterior, en ningún caso puede derivar en la determinación de filiación a favor de esta, ni por tanto, en ninguna exigencia ni de derechos ni de obligaciones.

Tal y como venimos defendiendo a lo largo de este trabajo, el punto de partida de ese derecho a conocer la existencia e información acerca de la gestante, reside en el derecho a la identidad. Ese derecho, cuando involucra a menores de edad, se entiende como un derecho humano[1199]. Esto propicia la apertura al conocimiento del propio origen. Hemos hecho referencia a varios estudios[1200] que acreditan la necesidad de que los niños sepan las cuestiones relativas a su origen, a poder ser, antes de la adolescencia. Esto favorece el desarrollo de su personalidad y evita que el secreto relativo a su concepción, dañe seriamente las relaciones familiares.

La cuestión relativa al anonimato adquiere especiales dimensiones en el caso de la gestación por sustitución. Las circunstancias que rodean la situación son muy relevantes:

.- El nacimiento es fruto de un previo acuerdo entre partes.

[1199] Artículos 7, 8 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño.
[1200] Turner, A, Coyle, A*:"What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adult conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy*", ob. cit., págs. 2041-2051.

.- Es posible, y así lo demuestra la experiencia, que la gestante mantenga algún tipo de participación en la vida familiar de los comitentes y de los niños.

En este aspecto, existen muchos casos en los que las partes involucradas presumen de su relación y lo destacan como algo positivo. En los estudios celebrados en Reino Unido, dirigidos por Jadva, Murray, Lycett, MacCallum y Golombok, publicados respectivamente en los años 2003[1201] y 2006[1202], se percibe que suele haber contacto inicial entre la gestante y comitentes. Es evidente que una de las razones descansa en que en Reino Unido no está permitida la intermediación de agencias. Esto supone que el contacto entre los comitentes y la gestante en la mayoría de las situaciones es prácticamente inevitable.

En el primero de esos estudios, del año 2003, se realizó una investigación contando con cuarenta y dos parejas que habían optado por la gestación por sustitución para tener a sus hijos. En ese momento, los niños contaban con aproximadamente un año de edad. El resultado arrojó que un 91% de las madres y un 93% de los padres habían visto a la gestante al menos una vez desde el momento del nacimiento de sus hijos. Independientemente de esto, en el 76% de los casos la gestante y el niño volvieron a verse con posterioridad. Este encuentro entre gestante e hijo fue valorado por los padres de forma positiva (concretamente por el 92% de las madres y 90% de los padres). En un 60% de los casos se mantiene relación entre comitentes y gestante, reuniéndose al menos dos veces por año. En estos casos suele ser habitual que la relación creada sea positiva y agradable para todos los involucrados.

En cuanto a la intención de esos padres de revelar a sus hijos su forma de concepción el dato es absolutamente relevante. El 100% de las parejas manifestó su intención de comunicar a sus hijos en un futuro que habían nacido a través de un contrato de gestación por sustitución. Entre las madres, la edad elegida para revelar la información estaba prevista en los tres años, mientras que entre los padres la edad ideal eran los cinco años.

Entre las razones alegadas para justificar la necesidad de comunicar al niño su forma de concepción destacamos que:

[1201] Jadva, V, Murray, C, Lycett, E, MacCallum, F, Golombok, S:"*Surrogacy: The experiences of surrogate mothers*". Human Reproduction, núm. 18, 2003, págs. 2196-2204.

[1202] Golombok, S, Murray, C, Jadva, V, Lycett, E, MacCallum, F, Rust, J:" *Non-genetic and non-gestational parenting: consecuences for parent-child retionships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3*". Human Reproduction, núm. 21, 2006, págs. 1918-1924.

.- La razón relativa a que el hijo tienen derecho a conocer sus orígenes y saber la verdad fue la otorgada por 69% de las parejas (29 madres/20 padres)

.- La segunda razón descansó en el temor de que el hijo se enterara de boca de terceros. El comunicárselo ellos mismo impedía ese riesgo. Esta respuesta fue dada por el 64% de las madres (27 mujeres) y por el 48% de los padres (14 hombres).

.- La tercera de las razones esgrimidas por los comitentes fue sencillamente que no encontraban motivo alguno para ocultarles a sus hijos la verdad. Esta fue la razón dada por el 41% de las madres (17 mujeres) y el 47% de los padres (13 hombres).

En el estudio realizado en 2006, encabezado por Golombok[1203], el temor a que sus hijos se enteraran por tercero y no por sus propios padres fue la razón dada por el 59% de las parejas entrevistadas.

Otras investigaciones británicas como la realizada por Blyth[1204], también arrojaron como resultado el firme deseo de los padres de informar a sus hijos sobre su nacimiento por gestación por sustitución y, de igual forma, se demostró la clara intención de estos de seguir en contacto con la gestante. En este caso el número de parejas con el que contó fue de veinte.

En otro estudio dirigido por Van Den Akker[1205], el 97% de las mujeres comitentes (29), que participaron confesó su intención de desvelar a sus hijos su procedencia biológica.

En relación a todo lo anterior, hay que tener en cuenta que la falta de un embarazo previo de la mujer comitente hace más forzado que su entorno imagine la posibilidad de un contrato de gestación por sustitución. Esto fuerza más aún el hecho de que se planteen revelar la información a su hijo[1206].

Como vemos, los anteriores estudios se han centrado en las intenciones de los padres y, por ello, entendemos necesario desvelar las reacciones de los propios hijos al conocer que fueron concebidos a través de un contrato de gestación por sustitución. De

[1203] Golombok, S, Murray, C, Jadva, V, Lycett, E, MacCallum, F, Rust, J:" *Non-genetic and non-gestational parenting: consecuences for parent-child retionships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3*". Human Reproduction, núm. 21, 2006, págs. 1918-1924

[1204] Blyth, E:" *Not a primrose path: commissioning parent´s experiences of surrogacy arrangements in Britain*". Journal of Reproductive and Infant Psychology, núm. 13, 1995, págs. 185-196.

[1205] Van Den Akker, O, B, A:"*The importance of a genetic link in mother commissioning a surrogate baby in the UK*". Humen Reproduction, núm. 15, 2000, págs. 1849-1855.

[1206] Van Den Akker, O, B, A: "*Psychosocial aspects of surrogate motherhood*". Human Reproduction Update, vol. 13, núm. 1, pág. 53.

esta forma, es descriptivo el estudio publicado en el año 2012, dirigido por Jadva, Blake, Casey y Golombok[1207]:

Agrupa a niños de entre siete y diez años a los que sus padres les informaron que su nacimiento había sido fruto de un contrato de gestación por sustitución. En la mayoría de los casos la reacción de los niños fue de indiferencia ante la información, preponderándose las reacciones positivas. Desde el punto de vista de estos niños, las gestantes eran mujeres que prestaron ayudas a sus madres para lograr el deseo de poder tenerles. Una reacción común fue elogiar su generosidad. Un dato relevante del resultado de este estudio descansa en el hecho de que ante casos de gestación por sustitución de tipo tradicional, la mitad de los padres comitentes optaron por ocultar el hecho de la gestación subrogada.

De igual forma, en un estudio realizado por los anteriores, dirigido por Readings, se trató este elemento de estudio acerca de contratos de gestación por sustitución de tipo tradicional, en los que la gestante resultaba ser además la madre genética. El resultado arrojó que el 76% de las familias que acudieron a la gestación de tipo tradicional (16 de las 21 que participaron) únicamente les habían revelado a sus hijos el dato de la gestación subrogado pero no les habían informado del origen del óvulo.

Se examinó a un grupo de familias en las que los padres no guardaban ningún vínculo genético con los niños:

.- Treinta y seis familias habían recurrido a la inseminación artificial.

.- Treinta y dos familias habían recurrido a la donación de óvulo.

.- Treinta y tres habían recurrido a la gestación por sustitución.

La edad de los niños en el momento de la entrevista rondaba los siete años. Tres cuartas partes de los acudieron a la IA (27,8%) y la mitad de los optaron por la donación de óvulos no habían comunicado a los niños su origen genético. Por el contrario, prácticamente de todos los que habían recurrido a la gestación por sustitución (51,5%), el 95% había puesto en conocimiento de los niños este dato. Cincuenta y dos de estos niños conocían la forma en la que fueron gestados. Únicamente tres familias todavía no lo habían hecho pero anunciaron su intención de revelarles la información.

[1207] Jadva, V, Blake, L, Casey, P, Golombok, S:"*Surrogacy families 10 years on: relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children understanding of their surrogacy origins*". Human Reproduction, núm. 27-10, 2012, págs. 3008-3014.

Todos los datos aportados revelan lo adecuado que resulta el desvelar esa información a los hijos nacidos de gestación por sustitución. Entiendo que no procede la creación de secretos dentro de las propias familias. Con una adecuada explicación, a una edad temprana, el niño asume positivamente el hecho de que ante el enorme deseo de sus padres de llegar a tenerle fueron ayudados por otra mujer que generosamente colaboró en su creación.

En la actualidad, se está editando una colección de cuantos infantiles[1208] sobre la gestación por sustitución. Desde mi punto de vista, resultan muy didácticos y adecuados para que los niños puedan comprender la esencia más positiva de esta figura reproductiva que ayuda a miles de familias.

En definitiva, siguiendo las palabras de Lamm,"*no debe haber secreto en cuanto al modo de concepción, ni anonimato en cuanto a la identidad de la gestante. Consecuentemente, el principio es que el niño nace en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución, por ser parte de su identidad, tiene derecho a saber que ha nacido gracias al uso de esa técnica y tienen también derecho a conocer la identidad de la gestante*"[1209].

10.15) La Iniciativa regula en último lugar los **supuestos de premoriencia de uno o de ambos progenitores subrogantes**.

El artículo 9.1 establece que en el caso de que uno de los comitentes fallezca y el supérstite decida continuar con el contrato, no podrá determinarse la filiación entre el hijo y el fallecido cuando no se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante, ni el material reproductor del fallecido se halle en el útero de la gestante al momento de la muerte del progenitor. Tal y como se permite en el artículo 9 LTRHA se da la posibilidad al comitente que preste su consentimiento en el contrato de gestación para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su muerte[1210], para la fecundación y posterior transferencia embrionaria a la gestante. De esta forma se generarán los efectos legales que derivan de esa filiación.

Si tenemos en cuenta nuestra defensa del carácter irrevocable del consentimiento prestado en el convenio, entendemos que si el comitente fallecido no tenía que aportar

[1208] http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/
[1209] Lamm, E: "*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*", ob. cit., pág.300.
[1210] Esta opción de fecundación post-mortem está contemplada en el artículo 9 LTRHA.

su material genético el contrato debería surtir todos los efectos a él inherentes. El hijo se consideraría del fallecido y por tanto se convertiría en su sucesor hereditario. La explicación a este planteamiento lo encontramos en analogía con la adopción (art. 176.3º) en la que está reglado que en el caso de que el adoptante hubiere fallecido pero hubiere prestado ya su consentimiento a la adopción, los efectos de la resolución se retrotraen a la fecha del consentimiento prestado.

En el caso de que el fallecido sí debiera haber aportado material genético y no lo hizo antes de morir, la Iniciativa Popular niega la posibilidad de filiación determinada entre el hijo y el fallecido. No compartimos este aspecto. Desde el momento en que sostenemos el elemento determinante de la filiación en la voluntad procreacional, entendemos que en el caso de que cualquiera de los comitentes fallezca, haya aportado o no material genético, deba a o no deba aportarlo, será hijo del fallecido o fallecidos por el hecho de que prestó su consentimiento. Desde el momento en que se dé la autorización judicial, ellos son los padres legales. Pensemos que ese fallecimiento no puede afectar al menor. Deberá por tanto tener sus apellidos y gozar del resto de derechos inherentes a su condición de hijo.

En el caso de que fallezcan ambos comitentes durante la gestación, o si lo es único, el artículo 10 indica que el contrato mantendrá sus efectos de filiación. En ningún caso este hecho otorgará derecho alguno respecto de la mujer gestante. Para ello, como contenido mínimo del contrato se ha recogido la necesidad de señalar un tutor para el supuesto de muerte.

10.16) El art. 11 finaliza con lo relativo al **Registro de Gestación por Subrogación**. Se regula que estará adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Se define como aquél Registro en el que se inscribirán las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación. El Registro en una sección específica registrará los contratos de gestación por sustitución que se celebren. Cualquier mujer que quiera ser gestante tendrá que ser previamente inscrita en este registro y para tal fin deberá cumplir con los requisitos exigidos en la ley.

Utilizando como referencia esta Iniciativa Legislativa Popular, en relación con todo lo expuesto en el presente trabajo vamos a proceder a manifestar las conclusiones a las que hemos llegado sobre la gestación por sustitución y una posible regulación en el ordenamiento jurídico español:

11.- <u>Propuesta legislativa de regulación de la gestación por sustitución en España</u>:

A través de la siguiente investigación, se propone que la gestación por sustitución en España sea regulada a través de la reforma del art. 10 LTRHA. La propuesta que defendemos está basada en los siguientes criterios:

a) Permitir la gestación por sustitución <u>únicamente de tipo gestacional</u> en la que la mujer gestante no deba tener ninguna vinculación genética con el niño. El óvulo podrá proceder tanto de la comitente como de una donante de óvulos.
b) <u>La mujer gestante tendrá que reunir con los siguientes requisitos</u>:

.- Estar plenamente capacitada.

.- Ser mayor de 25 años.

.-Tener buena salud física y psíquica acreditada por dos facultativos especialistas.

.- Haber recibido asesoramiento médico, psicológico y jurídico.

.- Haber dado a luz, al menos, a un hijo propio que no haya padecido enfermedad genética o transmisora que pueda afectar al niño.

.- No haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de 2 veces.

c) <u>Los comitentes tendrán que reunir los siguientes requisitos</u>:

.- Podrá ser comitente una persona sola, o una pareja, casada o no casada. Todo ello con independencia de la orientación sexual.

.- Si la pareja no está casada deberá acreditar un periodo de relación estable por tiempo de dos años.

.- Estar plenamente capacitados.

.- Haber recibido asesoramiento psicológico y jurídico.

.- Ser mayores de 25 años (En el caso de ser pareja bastará con que uno de ellos alcance esa edad).

.- Acreditar su imposibilidad de concebir o de llevar acabo un embarazo a término sin riesgo para la salud de la madre o de la del niño, a través de dos informes facultativos independientes.

.- Al menos uno de los comitentes deberá aportar su material genético para la fecundación. Únicamente, para el caso en que ambos comitentes acrediten que no pueden aportar material genético por razones médicas, se podrá acceder a la gestación por sustitución con material genético donado. Lo mismo si se da ante el supuesto de ser un único comitente.

d) Exigencia de autorización judicial previa:

1.- Todas las partes intervinientes en el acuerdo de gestación por sustitución deberán solicitar ante el Juez (entendemos apropiada la competencia del Juez de Familia) que autorice la técnica pretendida por las partes. Para ello deberán acompañar con la solicitud el acuerdo de gestación por sustitución objeto de homologación, firmado por todas las partes intervinientes.

2.- En el acuerdo de gestación por sustitución presentado deberá constar:

.- El carácter gratuito del mismo.

.- La cantidad correspondiente a la compensación económica en beneficio de la gestante y a cargo de la parte comitente, la cual no debe superar la que el Ministerio de Sanidad publique oficialmente, o las bases para el cálculo de esa suma.. Esta cantidad será destinada a compensar gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico y todos aquellos que sean directos de la gestación por sustitución en relación con el embarazo, parto y posparto.

.- La parte comitente tendrá que acreditar la contratación de un seguro por valor de 100.000 euros, a su costo, y a favor de la gestante, que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación, parto y posparto.

.- Tendrá que recogerse una cláusula relativa a la imposibilidad de la mujer gestante de interrumpir voluntariamente el embarazo no causal, de acuerdo a los establecido en la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo. En caso contrario se podrán incluir cláusulas penales indemnizatorias a las que se compromete la gestante de no respetar lo anterior.

.- Tendrá que recogerse una cláusula relativa a la posibilidad de opción de la parte comitente de decidir interrumpir del embarazo en el caso de que se acredite, por parte de dos facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, que el niño padece o puede padecer problemas serios de salud de difícil o segura incompatibilidad con una vida digna. A tal fin se tendrán en cuenta las causas y requisitos que prevé la LO 2/2010, de 3 de marzo de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo. Se podrán incluir cláusulas penales indemnizatorias a las que se compromete la gestante de no respetar lo anterior.

.- A su vez tendrán que acompañar:

- Copia de la documentación acreditativa de identidad de los intervinientes.
- Certificados médicos relativos a la parte comitente que acrediten la imposibilidad de concebir o llevar un embarazo a término sin riego para la salud de la mujer o del niño.
- Certificados médicos que acrediten el buen estado de salud físico y psíquico de la gestante.
- Certificados de todas las partes de haber recibido asesoramiento, médico (gestante), psicológico y jurídico.
- Certificado acreditativo de que el material genético a utilizar, al menos, pertenece a uno de los comitentes. En el caso excepcional de que, siendo un único comitente, o siendo pareja ninguno de los dos pueda aportar material genético por razones médicas, deberá acreditarse este hecho.
- Cualquier otra documentación de interés para obtener la autorización a la técnica.

3.- Una vez presentada la solicitud, se exigirá el dictamen de un equipo multidisciplinar de nueva creación (adscrito a los Juzgados), formado al menos por un médico clínico, un psicólogo, un trabajador social y un abogado cualificado en la materia. El equipo, una vez examinados los certificados presentados por las partes, realizará examen personal individualizado de cada uno de los solicitantes con el objeto de valorar la idoneidad de todas las partes en relación con el pretendido papel que cada uno vaya a desempeñar en el desarrollo del contrato. Para ello, se realizará de igual forma una evaluación clínica de interés; de aptitud de la gestante para realizar y asumir el acuerdo de gestación, y de aptitud del comitente o comitentes para ser padres por subrogación.

.- Una vez emitido informe al respecto, se remitirá al Juez competente quien señalará día y hora, de la audiencia a la que deberán acudir personalmente. A tal fin tendrán que ser notificados del señalamiento y de su obligación de comparecer.

4.- Trámite de audiencia:

Durante el desarrollo de la audiencia el Juez deberá asegurarse de que:

.- El comitente o comitentes consienten el vínculo jurídico de filiación con el niño, el cual se establecerá desde el mismo momento de la autorización judicial (con efectos retroactivos al momento de la emisión de la autorización judicial). De igual modo, se asegurará de que consienten la imposibilidad de arrepentirse desde el mismo momento en que se dicte la autorización judicial del acuerdo de gestación por sustitución.

.- La gestante acepta que no tiene ni tendrá vínculos jurídicos con el niño al que únicamente gestará. Reconocerá que no goza de plazo alguno de arrepentimiento y que acepta entregar el niño a los comitentes desde el mismo momento de su nacimiento, renunciando a cualquier derecho.

.- El cónyuge de la gestante en el supuesto de estar casada, deberá prestar su consentimiento.

.- Todas las partes ratificaran el acuerdo manifestando que son conscientes y comprenden las consecuencias del acuerdo de gestación por sustitución, así como que lo prestan voluntariamente.

e) Homologación del acuerdo: El Juez podrá homologar el acuerdo de gestación por sustitución siempre que:

.- Se entienda que se respeta y protege el interés del menor.

.- Se haya obtenido informe favorable del equipo multidisciplinar.

.- Que las partes reconozcan, acepten y consientan las consecuencias, derechos y obligaciones que derivan del contrato de gestación por sustitución ratificado.

.- Que se haya obtenido, a través de oficio judicial, acta del registro de mujeres gestantes en la que conste que ésta no ha actuado más de dos veces como tal.

.- Que preste su consentimiento el marido de la gestante, en los supuestos en que ésta esté casada.

f) Efectos de la autorización judicial:

.- La autorización judicial se emitirá a través de resolución judicial. En la misma se declarará que la parte comitente tendrá vínculo jurídico de filiación respecto del niño que nazca como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución.

.- La filiación quedará establecida entre la persona nacida y la parte comitente, con independencia del aporte genético, en base a:

- La voluntad procreacional.
- La prueba de nacimiento.
- La identidad del comitente o comitentes.
- La resolución judicial.

.- La parte comitente no tendrá acción de impugnación de la filiación del hijo nacido a través de gestación por sustitución cuando haya mediado consentimiento válido, libre, consciente y voluntario, y autorización judicial del mismo. De igual manera, la gestante no podrá reclamar su maternidad ni podrá oponerse a que el niño sea entregado, criado y cuidado por los comitentes.

.- Una vez emitida la resolución judicial se podrá solicitar la práctica reproductiva en centro homologado de los permitidos por la LTRHA. El centro de salud interviniente no podrá proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial. Tampoco podrá realizarse transcurrido un año desde la fecha de firmeza de la autorización. Ante el quebrantamiento de esta exigencia se aplicará, las sanciones establecidas en la LTRHA, con carácter de muy grave.

g) La partida y el certificado de nacimiento del niño nacido del acuerdo de gestación por sustitución se emitirá haciendo constar la filiación a favor del comitente o comitentes, sin dejar constancia alguna del nombre de la gestante. En ningún caso podrá reflejar datos que puedan inferir que el nacimiento del niño ha sido consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución.

h) Intervención judicial: Cualquier conflicto que pueda producirse en torno al acuerdo de gestación por sustitución será conocido por el mismo Juzgado que emitió la autorización judicial del mismo. Ante cualquier conflicto que derive del acuerdo se atenderá siempre al interés superior del menor y a la voluntad expresada por las partes en el contrato.

i) Registro de Gestación por Sustitución: Se creará un registro de mujeres gestantes dependiente del Ministerio de Sanidad en el que se inscribirán como tales todos los datos identificativos de las mujeres que actúen como tales en acuerdos de gestación por sustitución. El Ministerio de Sanidad será competente para determinar las funciones del mismo. La información del registro no será pública. Únicamente tendrá acceso a la información la persona interesada y los jueces o administraciones en el desempeño de su cargo.

.- En el registro constará de forma restringida los datos de identidad de la madre gestante, así como los del hijo o hijos alumbrados.

.- Las personas nacidas como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución tiene derecho a conocer la identidad de la mujer que le gestó y le alumbró. A tal fin, alcanzada la mayoría de edad, o en la minoría a través de su representante legal, podrá acceder al expediente judicial, así como a la información existente en el registro de mujeres gestantes. En consecuencia, la administración, los órganos públicos y privados correspondientes, tendrán la obligación de proporcionarle dicha información. La revelación de la identidad de la gestante, en ningún caso producirá lazos de filiación legal ni obligación legal alguna entre partes.

j) Falta de autorización judicial

En el caso de celebrarse un acuerdo de gestación por sustitución sin haberse obtenido la autorización judicial del mismo, la filiación quedará determinada por las reglas de la filiación natural.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

I

Respecto al derecho a la identidad de las personas:

1.- La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo 1, reconoce el derecho de todos los seres humanos a la igualdad en dignidad y derechos. Este derecho a la igualdad está, de igual forma, expresamente reconocido tanto en el ámbito internacional, como en el nacional y autonómico, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos.

Independientemente de esa igualdad en derechos a la que universalmente se aspira, las personas también tienen derecho a afirmar su propia individualidad, así como a desarrollar su propia personalidad jurídica.

La identidad personal es un derecho del que gozan todas las personas por el simple hecho de serlo. Abarca todo aquello que hace que cada uno sea uno mismo, y no otro. Se compone de todos aquellos elementos diferenciadores de cada sujeto individual, en relación con la sociedad igualitaria en la que conviven.

La identidad comprende, por un lado, los aspectos estáticos del individuo entre los que se incluyen el derecho a tener un nombre, unos apellidos, una nacionalidad, un sexo y una filiación determinada y, por otro, comprende los aspectos dinámicos, entre los que se encuentran el aspecto político, cultural, religioso o moral.

De igual forma, implica que cada persona pueda definirse en su verdad personal, lejos de alteraciones o falseamientos. En consecuencia, las personas tienen derecho a conocer cuál es su real y verdadera procedencia. Esto significa que, entre esos elementos integradores de la identidad, se encuentra el derecho a conocer los propios orígenes biológicos y genéticos.

La búsqueda de los orígenes se contempla como un requisito propio del individuo para desarrollar su personalidad. Esto ha hecho que algunos autores se hayan planteado la cuestión de si en realidad nos encontramos ante un verdadero derecho a la identidad genética. Cuando nos referimos a la identidad, estamos hablando de un presupuesto

jurídico innato de la persona. Si lo entendemos de esta forma, es decir, como un elemento constitutivo del individuo que se refleja en el momento de nacer, y marca las propias relaciones familiares, no se trataría puramente de un derecho subjetivo. Esto significa que si lo contemplamos como ese elemento constitutivo de la personalidad, no podría entrar en colisión con los derechos de otra persona

2.- La normativa estatal tradicional española ha venido siendo parca en normas que reconozcan el derecho a la identidad de forma expresa e individualizada. En gran medida, hasta tiempos recientes, se limitaban a hacer un reconocimiento genérico de los derechos del menor, remitiéndose para ello a instrumentos internacionales.

En relación con los elementos integradores del derecho a la identidad, la legislación nacional española se limitaba prácticamente a reconocer el derecho relativo al "nombre", remitiéndose en gran medida a la legislación registral.

3.- El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos está íntimamente ligado al respeto por la exacta identificación del individuo desde el mismo momento de su nacimiento. Si no contamos con métodos de identificación del recién nacido adecuados y seguros, el resto del desarrollo del derecho a la identidad podrá verse viciado desde su inicio, complicando o negando absolutamente su respeto y cumplimiento.

El artículo 8 del Convenio de Naciones Unidas de los Derechos del Niño reconoce de forma expresa el derecho a ser debidamente identificado, al formar este derecho parte de la identidad de las personas.

A efectos de identificación del recién nacido, nuestro sistema ha resultado, hasta el momento, insuficiente puesto que ninguno de los métodos aplicados de forma habitual en España, constatan la realidad de una parte física e inseparable del individuo. Esto pone en riesgo la exactitud de la identificación que preside el espíritu de nuestro Registro Civil.

En España es habitual realizar la identificación del recién nacido a través de la toma de dos huellas plantares del bebé y de la huella dactilar de la madre, que se insertan en el mismo documento. Así se insta en la legislación registral tradicional, reproduciéndose en el artículo 46 de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Expertos en dactiloscopia han demostrado que la huella plantar no es segura al producirse cambios bruscos en su morfología como consecuencia del crecimiento y del usado del calzado. Esto supone que el individuo, a lo largo de su vida, sufre alteración

en la huella plantar y, en consecuencia, no servirá en el futuro como método identificativo entre madre e hijo.

Nuestra legislación registral, y de igual forma, la legislación reguladora relativa a la autonomía del paciente, se limitan a instar a los hospitales y clínicas de maternidad la aplicación generalizada de un protocolo de identificación del recién nacido a través de la utilización de pruebas médicas y analíticas necesarias. De lo anterior no queda constancia en el Registro Civil. Lo único que consta es que, desde el hospital, se manifiesta afirmativamente que se han realizado esas pruebas. La custodia de las mismas queda sita en el centro sanitario. Esto significa que no hay fe real de lo anterior en el certificado de nacimiento.

Como métodos seguros de identificación del recién nacido, los expertos señalan la garantía de la toma de la huella dactilar del bebé y la de su madre. Esta técnica se ha implantado en algunos hospitales españoles, los cuales, custodian el binomio dactilar de madre e hijo. De igual forma, algunas Comunidades Autónomas han experimentado avances importantes en materia de identificación del recién nacido y han implantado entre sus protocolos la obligación de obtener una muestra de sangre del cordón umbilical del recién nacido, en contraste con los datos relativos a la madre. Entre otros medios de identificación, se utilizan los kits de pulseras y pegatinas, así como la implantación de medidas relativas a la no separación del recién nacido y la madre, en la medida de los posible.

En este sentido, proponemos, **la modificación del artículo 46 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, con el fin de que se incluya como medida nacional de identificación del recién nacido la toma obligatoria de la gota de sangre del cordón umbilical del recién nacido, en contraste con la muestra materna, así como la huella dactilar de ambos. De igual forma, deberá incluirse de forma expresa la obligación de asegurar las medidas de seguridad que garanticen el binomio madre-hijo: kits de pulseras y pegatinas, así como la no separación del recién nacido y la madre durante la estancia hospitaliza, en la medida de los posible**.

4.-En la actualidad, es tendencia al alza que las normas nacionales comiencen a contemplar aspectos concretos relativos a la identidad, y al derecho de las personas a conocer sus orígenes.

El avance más notorio en materia de identidad, y más concretamente en materia del derecho a conocer los propios orígenes biológicos, tuvo lugar con la entrada en vigor de la Ley de Adopción Internacional de 2007, la cual, a través de su artículo 12, modificó el artículo 180 CC, introduciendo un quinto párrafo en el que, de forma definitiva, se reconoció el derecho de los hijos adoptados a conocer la identidad de sus progenitores biológicos. De igual forma, se recoge la obligación de las entidades responsables de aportar toda la información requerida, así como el acceso al expediente. El hijo adoptado que quiera ejercitar este derecho debe haber alcanzado la mayoría de edad, o siendo menor, será su representante legal quien tenga que instarlo.

Lo anterior ha sido potenciado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que ha introducido en nuestra normativa de adopción nacional e internacional importantes reformas en materia de identidad. Es el caso de la reimplantación de la adopción abierta en la que, los hijos adoptados, a pesar del carácter irrevocable de la misma, y bajo determinados requisitos, podrán mantener contacto con su familia de origen. Como medida garantista del derecho del hijo adoptado a conocer sus orígenes, se ha introducido también la obligación de conservar el expediente de adopción durante cincuenta años.

5.- En cuanto a la normativa autonómica relativa al derecho a la identidad, tal y como ya hemos indicado, nuestras Comunidades Autónomas, en un principio, se limitaban a regular los mecanismos de identificación del recién nacido como única medida de garantía del derecho a la identidad de las personas. Al igual que ha ocurrido en el plano nacional, sus legislaciones, con tendencia al alza, están introduciendo a través de las correspondientes reformas legislativas en materia de menores, tanto el derecho de éstos a conocer sus orígenes biológicos en materia de adopción, como en mecanismos jurídicos que lo garanticen.

La mayoría de las Comunidades españolas recogen en sus Leyes de Mediación el reconocimiento expreso del derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos. Algunas de ellas, ofrecen a través de sus Gobiernos autonómicos servicios de post-adopción para cumplir con ese objetivo.

6.- En el plano internacional, la Declaración de Derechos del Hombre y los Pactos Internacionales suscritos por España, así como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, reflejan ya de forma concreta, tanto el derecho a la

identidad de las personas, como el derecho a la identificación correcta del recién nacido, como el derecho a preservar esa identidad.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos ha resultado fundamental para la formación y desarrollo del derecho a la identidad como derecho expreso e individual. Su artículo 8, refiere que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

Es precisamente dentro de este derecho a la vida privada y familiar donde la consolidada jurisprudencia del TEDH ha incluido el derecho a la identidad. A su vez, dentro de éste, se incluye el derecho a una única filiación, así como el derecho a conocer los orígenes biológicos. Así lo ha reflejado en numerosas sentencias, las cuales, se han convertido en un indiscutible referente en la materia, tanto a nivel nacional e internacional: Caso Gaskin contra Reino Unido, de 1989, Mikulic contra Croacia, de 2002, o el más relevante en la materia, caso Odiévre contra Francia, de 2003. Entre los más recientes se encuentran los casos, también contra Francia, Mennesson y Labasse, de 2014, o Paradiso- Campanelli contra Italia, de 2015.

A lo largo de sus pronunciamientos, el TEDH aclara el concepto de "vida privada" que, sin duda, ha sido de aplicación preferencial en la mayor parte de los conflictos surgidos en relación con el derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos. El concepto de lo "privado" ha venido siendo entendido como la esfera de la vida familiar y el domicilio, la integridad familiar y espiritual, el honor o la buena fama, la imagen, el derecho a disponer del propio cuerpo, el derecho a la muerte, al derecho a la vida sexual, el derecho a la identidad y a una filiación única, el derecho a la identidad y a conocer los orígenes biológicos.

Es por tanto, en base al artículo 8 CEDH, sobre el que podemos afirmar que se concede asiento convencional al derecho al respeto de la vida privada y familiar. Tiene como objetivo esencial impedir la injerencia arbitraria de las autoridades públicas de los Estados en la esfera personal y familiar del individuo. Se ha entendido que este precepto debe ser interpretado y aplicado en relación con los nuevos cambios en materia de familia, no sólo relativos al matrimonio, sino a situaciones familiares de facto donde sus miembros conviven de forma análoga.

Dada la falta de definición expresa de los conceptos de "vida privada" o de "vida familiar" el TEDH, al establecer el límite entre ambos, ha hecho surgir la aparición de

un único derecho; “el derecho al respeto de la vida privada y familiar”. En la medida en que no existe un consenso europeo en el margen de apreciación del mismo, el TEDH estudia a través de esta interpretación la competencia o grado de injerencia que los Estados, a través de sus soberanías nacionales, pueden alcanzar. Este margen de apreciación debe aplicarse en consonancia a la existencia de un interés general en un estado democrático.

II

Respecto al derecho a investigar la paternidad en la filiación biológica natural:

7.- La filiación puede entenderse como la relación o vínculo que une a una persona con sus dos progenitores, o con uno solo de ellos. La filiación biológica parte de que una persona ha sido engendrada, a través de una relación sexual, a partir de otra.

Nuestro ordenamiento jurídico se encarga de regular y distribuir los distintos derechos y obligaciones existentes entre progenitores y procreados.

Hasta la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida, en la década de los setenta, el tratamiento de la filiación partía únicamente del propio hecho biológico marcado por un acto sexual. En consecuencia, la maternidad estaba determinada claramente por el único hecho del parto (“*mater semper certa est*”). La mujer que daba a luz era la madre legal del hijo alumbrado. De igual forma, aplicando estadísticas comunes, se entendía que el marido era el padre de los hijos de su esposa. Nuestro Código Civil, mantiene estas reglas. Se recoge la presunción de paternidad del marido, respecto de los hijos que tenga su esposa, aunque se permiten mecanismos de destrucción de la misma. En consecuencia, está prevista en nuestro ordenamiento como una presunción "*iuris tamtum*”. En el caso de la maternidad, tradicionalmente no admitía prueba en contrario y se entendía como una presunción “*iuris et de iure*”.

Es evidente que con la aparición de las técnicas reproductivas de tipo heterólogo, esta máxima de derecho romano, “*mater semper certa est*” ha entrado en una profunda crisis al poder discernirse en la actualidad los roles de madre genética y madre biológica.

8.- En España, con anterioridad a nuestro sistema actual, poseía un modelo claramente discriminatorio respecto a los hijos, dependiendo del estado civil o situación personal de sus padres. Esto provocaba la existencia de dos estatus de hijos: los

legítimos que nacían constante el matrimonio de sus padres, y los ilegítimos que nacían fuera del matrimonio. A su vez, dentro de esta última filiación, si sus progenitores contaban con impedimentos legales para contraer matrimonio, la discriminación era aún mayor. Esta situación provocaba una distribución absolutamente discriminatoria respecto de los derechos de unos u otros, dependiendo de su nacimiento.

En este arcaico modelo de filiación no se contemplaba la posibilidad de investigar la paternidad. El hijo no podía accionar ante la justicia su derecho a conocer los orígenes biológicos. Esto partía de un sistema altamente proteccionista con la familia matrimonial y con la defensa de su paz. De igual forma, se entendía que a través de demandas de paternidad se podía tachar el nombre y la reputación de muchos ciudadanos unidos en matrimonio. Esto se entendía como un ataque a la seguridad jurídica.

Con la llegada de la Constitución Española de 1978, ese modelo de filiación injusto fue en gran medida rectificado. Este nuevo sistema partía de una gran premisa; la protección del derecho de igualdad respecto a todos los ciudadanos, con independencia de su nacimiento. De igual forma, con la llegada de la Norma Suprema se produjo una importantísima novedad en derechos y libertades. Precisamente, una de ellas, fue el reconocimiento del derecho a la investigación de la paternidad implantado a través del artículo 39.2 CE.

9.- En consecuencia a lo anterior, fue necesario una reforma del derecho de familia de la época preconstitucional. Así llego la importante modificación que introdujo en nuestro Código Civil la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que reformó el Texto legal en materia de patria potestad, régimen económico matrimonial y filiación.

De acuerdo a esto, nuestro Código Civil, eliminó las distinciones en derechos que se distribuían entre los hijos nacidos de la filiación matrimonial y la no matrimonial. En consecuencia, el artículo 108 CC recogió que todas las filiaciones, la matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva, producen los mismos efectos.

A pesar de lo anterior, el nuevo sistema conservó indistintamente la institución matrimonial y no matrimonial únicamente en relación con la vía para determinar la filiación de los hijos. Esto no implicaba merma de derechos a los hijos sino que se mantuvo únicamente a efectos procedimentales. Las vías para determinar la filiación

matrimonial y la no matrimonial son distintas, tal y como se reconocen en los artículos 115 y 120 CC.

Una vez reconocido en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la libre investigación de la paternidad, hubo de incluir un sistema de principios y de acciones de filiación que permitiera instar judicialmente su determinación con respeto y seguridad jurídica. A tal fin, el Código Civil contempló las normas de derecho sustantivo y, una vez que entró en vigor la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se ocupó de las normas procedimentales. Esto supuso la derogación de algunos artículos del CC relativos a filiación.

En cuanto al régimen actual de acciones de filiación se contemplan tres: la de reclamación de filiación, la de impugnación y la acumulación de ambas. Esta última es conocida como acción mixta.

La primera de ellas, tiene por objeto declarar la filiación del demandante respecto de otra persona. La segunda, tiene por finalidad eliminar una filiación previamente determinada en el Registro Civil ante su falta de veracidad. La tercera, como hemos señalado, es la acumulación de ambas en un mismo procedimiento en el que se pretende, por un lado, determinar la filiación de una persona, para lo cual es previamente necesario eliminar la que ya constaba de modo oficial en el Registro Civil, ante su falta de veracidad.

10.- Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, el Código Civil ha vuelto a ser reformado en materia de filiación. En concreto se han modificado los artículos 9, 133, 136, 137, 138 y 140 CC. Fruto de lo anterior, finalmente, se ha contemplado la legitimación del progenitor respecto a la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falta la correspondiente posesión de estado, otorgándole un año desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en los que base su reclamación. De igual forma, el artículo 136 ha introducido el cómputo inicial del plazo de la acción de impugnación por parte del marido, respecto de los hijos de su esposa, situándole en el momento del conocimiento de la falta de paternidad. Este criterio de cómputo del plazo desde el momento del conocimiento de la falta de paternidad, también se ha hecho extensivo respecto al hijo.

La nueva redacción del artículo 138 CC extiende la impugnación del reconocimiento de paternidad por vicio del consentimiento a otros actos jurídicos, e incluye en su ámbito de aplicación, además de la filiación matrimonial, la no matrimonial.

Respecto al artículo 141 CC, se modifica el último párrafo en el sentido de otorgar al hijo la acción de impugnación de la filiación no matrimonial, con posesión de estado, por plazo de un año, no sólo desde que alcance la plena capacidad, sino también desde que cumpla la "mayoría de edad".

En el caso del retardo intencionado a la hora de interponer la acción de filiación, la jurisprudencia, en los supuestos de imprescriptibilidad, no castiga el retraso cuando la acción es interpuesta por parte del hijo. Lo anterior se aplica a pesar de que éste conozca la verdadera filiación desde tiempo atrás. Esto será así aunque en su comportamiento se estén ocultando otros fines distintos a la búsqueda de la verdad biológica. Esta conducta no se comprende como abuso de derecho o fraude de ley.

En el caso de que el retardo desleal provenga del progenitor, la jurisprudencia, admitiendo la demanda, ha limitado, en ocasiones, los propios efectos de la filiación. No lo limita como una sanción al progenitor que reclama la filiación, sino como medida de protección del hijo, en aras del tiempo transcurrido hasta la interposición de la acción en relación con los efectos negativos que esa situación pudiera ocasionarle al hijo. .

De igual forma, la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, ha reformado el artículo 120 CC. En este artículo, que se encarga de la regulación de la determinación de la filiación no matrimonial, se ha introducido un nuevo primer párrafo que añade como medio de determinación de dicha filiación la declaración realizada por el padre en formulario oficial, en el momento de la inscripción del nacimiento del hijo.

11.- En materia de investigación de la paternidad, nuestro ordenamiento jurídico regula una serie de principios que presiden la normativa relativa a la filiación. Su fundamento reside en aras de otorgar seguridad jurídica al proceso, así como en defensa de la paz familiar.

Estos principios son: el control de viabilidad previo de la demanda de filiación, el tratamiento de la prueba biológica de ADN, en relación a la negativa del demandado a someterse a la misma, y la imposición de unos criterios de legitimación para

interponer las correspondientes acciones de filiación, así como los plazos de caducidad impuestos para su ejercicio en relación con algunos supuestos.

Pudiera entenderse que dichos principios se consideraran como límites o restricciones al derecho a la libre investigación de la paternidad por parte de los hijos, respecto de sus progenitores biológicos:

En cuanto al control de viabilidad previo a la demanda de filiación:

* Consiste en la exigencia legislativa de que, como requisito necesario para su admisión, las demandas de filiación deben contar con la aportación de un mínimo principio de prueba, o de posibilidad de relación sexual entre los involucrados en el momento de la concepción de la persona que corresponde. Esta exigencia está regulada en el artículo 767.1 LEC. Ahora bien, este requisito no puede consistir en la aportación de una auténtica prueba directa en la que el juzgador pueda basar su percepción sobre la certeza de los hechos instados. Por ello, se entiende que el fin de esta exigencia no es otra que evitar supuestos en los que se interpongan demandas de filiación caprichosas, sin ningún dato serio o fundamento.

* Tradicionalmente, lo usual en la práctica, ha consistido en la aportación de fotografías, facturas de hoteles o reservas de viajes o, de igual forma, actas notariales de declaraciones de testigos que daban información sobre la supuesta relación afectiva entre las partes implicadas. En la actualidad, con el fin de evitar la inadmisión automática de la demanda por ausencia de datos probatorios previos, nuestros tribunales vienen admitiendo de forma consolidada como elemento suficiente para la admisión de la demanda, el ofrecimiento de práctica de la prueba biológica de ADN, con independencia de que esta deba ser reiterada en el momento procesal oportuno. A pesar de esto, en el momento de reiteración de la prueba, el juez podrá o no acordar su práctica dependiendo del resto de datos que se ofrezcan al plenario.

* Entendemos que, en todo caso, el hecho de que se ofrezca en la demanda la realización de la prueba biológica, debe significar la admisión de la demanda a trámite y, de igual manera, entendemos que su práctica debe ser acordada de forma impositiva por el juez de instancia. Esto se fundamenta en la exigencia pública de intentar llegar al esclarecimiento de los hechos a través de la práctica de una prueba directa que desvela con absoluta garantía el origen biológico.

La negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de ADN:

* La prueba de ADN, gracias al avance de la tecnología, se ha convertido en un pilar fundamental en todo procedimiento de filiación. El ADN que se encuentra en nuestras células porta nuestra información genética, la cual es única. A pesar de esto, no hay duda de que, en gran medida, compartimos la genética con nuestros progenitores.

* Los resultados que arroja esta prueba reflejan un porcentaje de probabilidad de paternidad. Nuestros tribunales acogen la interpretación de los "*predicados verbales de Hummel*", en los que, contabilizando varios tramos de probabilidad, queda constatado que un resultado de entre un 99,8 -99,9%, supone que la verdad jurídica se equipara a la verdad biológica. Esto significa que a través de la realización de esta prueba puede lograrse con amplias garantías la verdad biológica y, por ende, se da cumplimiento al derecho a conocer los orígenes biológicos.

* La prueba de ADN se puede lograr tomando una pequeña muestra de saliva o de cabello a los interesados. No es necesaria ninguna extracción de sangre. Ante la negativa del demandado a someterse a esta práctica, al no poder imponerse su realización de forma coercitiva en aras del derecho a la integridad, a la dignidad y a la libertad de toda persona, nuestra jurisprudencia otorga a esta negativa el carácter de prueba presuntiva. Esto significa que, ante la causa injustificada de la negativa, este hecho debe ser valorado en contra del demandado quien, pudiendo obtener la verdad a través de la realización de un acto nimio y de poco sacrificio, decide no someterse. Esta conducta es valorada por nuestro T.C y por nuestro T.S, como un indicio valioso y muy cualificado de verdad biológica.

* Con independencia de lo anterior, la negativa no puede ser valorada como una confesión automática del demandado, sino que, por el contrario, a la negativa deberán acompañar otra serie de indicios que indiquen al menos la posibilidad de relación sexual entre las partes involucradas en la época de la concepción del hijo.

* A pesar de que defendemos que, ante el ofrecimiento en la demanda de filiación de la práctica de la prueba de ADN, siempre debe ser admitida y acordada por imperativo legal, el hecho de que el demandado se niegue sin justa causa a someterse, entendemos que arroja una altísima probabilidad de filiación. Hoy en día, dada la simpleza de la prueba, creemos que no existe causa de oposición a la realización de la misma. Únicamente, ante casos absolutamente excepcionales en los que la persona corra

un gravísimo riesgo para su salud, por padecer una rara enfermedad, entendemos que puede aceptarse la dispensa a su sometimiento.

* En cuanto a la causa de dispensa relativa a la falta de datos serios que arrojen un indicio de veracidad en el planteamiento de la demanda, entendemos que no puede ser un motivo justificado para dispensar al demandado. Teniendo en cuenta el mínimo sacrificio que supone su celebración, entendemos que siempre que se solicite debe ser acordada por el juez o tribunal.

El establecimiento de límites a la legitimación de las acciones o la imposición de plazos de caducidad para su ejercicio.

* Las acciones de filiación previstas en nuestro sistema jurídico están sometidas a un régimen de legitimación activa concreta y, en algunos supuestos, a unos plazos preclusivos para su ejercicio. Nuestro sistema jurídico, poniendo en relación este modelo de filiación con el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos, no limita ni restringe ese derecho a saber la verdad biológica. En cuanto al hijo y la legitimación o plazo de las acciones de reclamación de filiación, no sólo no le excluye, sino que le ofrece acción para toda su vida. La imprescriptibilidad de la acción se le otorga tanto respecto a la filiación matrimonial, como a la no matrimonial, en los casos en los que falta la correspondiente posesión de estado. Es una realidad que estos son la mayoría.

* En cuanto a las acciones de impugnación, no creemos que la imposición de plazos de caducidad restrinja el derecho del hijo a conocer los orígenes biológicos. En realidad el hecho de intentar eliminar del Registro Civil una filiación por falta de veracidad, no podemos encuadrarlo dentro del derecho a conocer la verdad biológica. Está claro que con esa acción, lo que se intenta es excluir a una persona como progenitor, pero no implica que estemos descubriendo el origen real. En todo caso, los plazos de caducidad de la acción de impugnación de filiación del hijo, comienzan a contar desde el momento del conocimiento de la falta de paternidad, o desde la inscripción registral, en los casos en los que se da la posesión de estado.

* En la práctica lo usual es que cuando el hijo quiere reclamar la filiación respecto de alguien, interponga la acción de reclamación. Si se da el caso de que ese hijo ya tienen constatada de forma oficial una filiación en el Registro Civil, deba impugnarla previamente para después determinar la pretendida. En este caso, nuestro sistema otorga la posibilidad de interponer la acción mixta, acumulando ambas. Es estos casos, el plazo

de caducidad de la acción de impugnación o se convierte en un problema de restricción del derecho a investigar la paternidad, puesto que al presidir el proceso la acción de reclamación, la de impugnación se convierte en accesoria de aquella y por tanto el plazo para interponer la acción consiste en la imprescriptibilidad.

La legitimación de las acciones de filiación a los herederos:

* Entendemos que, en materia del derecho a conocer los orígenes biológicos, la perspectiva de actuación debiera limitarse al círculo de protagonistas implicados en esa relación de filiación. Nuestro legislador legitima a los "herederos" del hijo o del progenitor a accionar o continuar demandas de filiación. Como hemos visto, los artículos 132, 133, 136, 137 y 140 CC, mencionan como titulares de este interés a los herederos del hijo, al Ministerio Fiscal o incluso a los legitimarios del progenitor.

* Respecto a las acciones de reclamación de paternidad, el artículo 132 CC habla de los herederos del hijo que fallece, como legitimados para interponer la acción de reclamación de filiación. De igual forma, el artículo 133 CC legitima a los herederos del hijo por el tiempo que faltare de plazo legal y, a su vez, incluso a los herederos del progenitor, aunque en este caso se exige que la acción ya fuera interpuesta en vida por aquél. Respecto a las acciones de impugnación, el artículo 136 CC designa legitimación a los herederos del esposo fallecido y el 137 CC a los herederos del hijo.

* La legitimación para la investigación de la paternidad, debe establecerse en razón de lazos biológicos y no en razón de lazos sucesorios, puesto que, esto último implica un claro contenido patrimonial. Al menos, si el Código no establece una restricción en este sentido, entendemos necesario que debe hablar de "descendientes" y no de "herederos", puesto que en este concepto pueden claramente encuadrarse personas ajenas a la propia familia o de lejano parentesco.

12.- En nuestra opinión, nuestro sistema de filiación, a pesar de sus carencias y vacíos legislativos, protege el derecho a la investigación de la paternidad del hijo, contemplado en el artículo 39.2 CE. Se trata de un sistema de acciones en las que se respeta la búsqueda de la verdad biológica, en gran medida. **Como propuestas de modificación legislativa citamos**:

1.- **Elevar a rango de ley el asentado criterio jurisprudencial relativo a la admisión imperativa de las demandas de filiación en las que se ofrezca la práctica de la prueba biológica de ADN**, siempre y cuando, con posterioridad dicha prueba sea

ratificada en el momento procesal oportuno. Para ello **se propone la modificación del artículo 767.1 de la LEC, relativo al control de viabilidad previo de la demanda de filiación.**

2.- Desechar el criterio jurisprudencial basado en la posibilidad de denegar la prueba de ADN ante motivos de gravísimo peligro para la salud del demandado. Únicamente se mantendrá esta dispensa para personas que efectivamente acrediten, por medio de dos facultativos por separado, padecer un mal físico de tal calibre que demuestre la peligrosidad de la toma de muestra de saliva. Igualmente, entendemos necesario desechar el criterio de dispensa al sometimiento a la prueba biológica por carencia o inexistencia de datos serios de una posible paternidad. **Creemos que, a pesar de la ausencia de datos, la sencillez de la práctica impone el sometimiento del demandado con el objeto de llegar a la verdad biológica en todo caso**.

3.- En lo relativo a la legitimación de las acciones de filiación, proponemos la modificación de los artículos 132, 133, 136, 137, en el sentido de modificar el término "herederos" por el de "descendientes", a excepción de que se contemple la posibilidad de que los herederos simplemente continúen con el procedimiento judicial iniciado previamente por el hijo o progenitor.

III

Respecto a la adopción y el derecho a conocer los orígenes biológicos del hijo adoptado:

13.- La adopción es un proceso a través del cual un niño, que no es descendiente biológico de unos determinados padres, se convierte legalmente en su hijo con plenitud de derechos y obligaciones, generando en dichos padres las mismas obligaciones que en cualquier progenitor natural, respecto de los hijos nacidos de forma biológica. Está constituida bajo el respeto del elemento presidencial de proteger el interés superior del menor. En consecuencia, no puede considerarse como una vía para satisfacer los derechos reproductivos o de procreación de los adoptantes.

Del contenido del artículo 176 CC deriva que la adopción tiene como objetivo conceder al niño desamparado un hogar donde pueda ver cubiertas todas sus necesidades vitales y afectivas.

La tradición jurídica española relativa a la adopción ha descansado fundamentalmente en la irrevocabilidad de la misma. El principio constitucional relativo

a la libre investigación de la paternidad, recogido en el art. 39.2, estaba reservado únicamente a la determinación legal de filiaciones biológicas, con el objetivo de conseguir la implantación legal de los deberes inherentes a la patria potestad del progenitor biológico, respecto al hijo no reconocido legalmente.

En consecuencia, el hijo adoptado quedaba excluido de dicha opción de investigación al tener ya determinados unos vínculos legales irrevocables con su familia de adopción. De esta forma, la adopción extinguía absolutamente los vínculos del hijo adoptado con su familia de origen.

De esta forma, hasta tiempos recientes, en España no estaba legalmente reconocido el derecho de los hijos adoptados a conocer su verdadera identidad.

En épocas anteriores ya superadas, la búsqueda de los orígenes biológicos del adoptado se entendía como un fracaso del proceso de adopción o incluso como una patología del hijo. Hablar de adopción era un hecho privado que únicamente muy pocos miembros del entorno familiar y social del hijo, conocían. Adopción era sinónimo de tabú. Nadie hacía referencia al hecho ni se daban explicaciones. El silencio presidía la vida familiar y lo común era que el hijo desconociera de por vida su condición.

Esta situación, en realidad, generaba en los padres de adopción un temor permanente provocado por el miedo a que el hijo pudiera enterarse de la verdad a través de un tercero. De igual forma, la idea de que el hijo pudiera conocer que sus padres adoptivos realmente no eran sus progenitores biológicos, hacía temer reproches sobre su falta de potestad de filiación.

En virtud de lo anterior, la legislación española protegía absolutamente el derecho de los padres, tanto biológicos como de adopción, a preservar su intimidad. Ello iba en evidente detrimento del derecho del hijo adoptado a poder conocer su verdadera ascendencia.

A pesar de esto, han sido innumerables los testimonios emitidos por personas adoptadas que manifiestan como ese desconocimiento de su verdad biológica les hace sentir una importante incertidumbre. Esa sensación les acarrea un vacío que genera la imposibilidad de dar ejecución a su derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad. No resulta extraño que una persona adoptada quiera conocer de dónde viene o de quién procede. En definitiva, es normal querer saber la verdad personal de cada uno.

En relación con lo anterior, los estudios e investigaciones realizados, tanto a nivel nacional como internacional, han demostrado el innegable valor que conocer los orígenes biológicos tiene sobre la identidad de las personas. En esos estudios se han determinado una serie de motivos comunes por los que los hijos adoptados suelen iniciar la búsqueda de la verdad biológica.

Entre los interrogantes más frecuentes se encuentran:

¿Quiénes son mis padres?, ¿De dónde vengo?, ¿Tengo hermanos?, ¿Dónde estará mi madre?, ¿Pensará alguna vez en mí?, ¿Cuál fue la razón de mi abandono?

Esas investigaciones han concluido que existen varias etapas de la vida de los hijos adoptados en que el sentimiento de búsqueda de su familia se potencia. Estas fases suelen coincidir con el hecho de contraer matrimonio, con el tener un hijo, con el fallecimiento de alguno de los padres adoptivos, o de los dos. Entre las razones más comunes se encuentra la necesidad de saber qué pasó, a quien se parece físicamente la persona, motivos de salud genética, miedo a impedimentos a la hora de contraer matrimonio etc…

A pesar de esa tradicional prohibición relativa a conocer los orígenes del adoptado, esos estudios e investigaciones también han reflejado que ocultar la verdad de su condición al hijo adoptado le produce efectos negativos y perjudiciales. El hecho de vivir una mentira puede provocar que, en el momento de descubrir la verdad, la brecha de desconfianza que se genere entre padres adoptivos y el hijo sea irreversible.

14.- Por todo lo anterior, hoy en día, ningún experto pone en duda la necesidad y el deber que tienen los padres de adopción de revelar a sus hijos la verdad de su condición. Sin duda alguna, lo anterior, no deja de ser una situación delicada respecto a la que es conveniente encontrar el mejor momento para la revelación de la verdad. Esto, en ocasiones, se convierte en una complicada tarea.

Los expertos, en este sentido, recomiendan aplicar la normalidad desde la primera etapa de vida del niño. Es conveniente que de forma paulatina se vaya criando al niño dentro de un ambiente basado en la verdad. Para ello, se recomienda el asesoramiento de los servicios de adopción de las Comunidades Autónomas, competentes en materia de adopción.

En todo proceso de adopción, los padres deben ser asesorados y aconsejados en cómo llevara a cabo esa dura, pero beneficiosa, tarea de revelar a su hijo su verdadero origen y su condición real.

En el panorama nacional anterior a la reforma del artículo 180.5 CC, que definitivamente reconoció expresamente ese derecho de los adoptados a conocer su historia, era bien distinto. Teniendo en cuenta la tradición jurídica opuesta a este derecho, los hijos adoptados que tenían inquietud por saber se encontraban ante una complicada carrera de obstáculos burocráticos.

- Acudir al Registro Civil en busca de su partida de nacimiento:

  Esta vía podía no dar resultado satisfactorio. Por un lado, existía el llamado parto o maternidad anónima que, en virtud de los artículos 47 LRC y 167, 181 y 182 del RRC, concedía a las madres que lo desearan ocultar su identidad en la partida de nacimiento. Esto provocaba que el hijo, si en un futuro intentaba investigar sobre sus orígenes se encontrara con un muro infranqueable. Esta situación no alejaba de por vida al hijo de su madre biológica sino que, como es evidente, le cerraba las puestas para llegar a cualquier familiar biológico, incluido su propio padre o hermano.

Esta situación fue permitida hasta que el TS, a través de la sentencia de 21 de septiembre de 1999, declaró el artículo 47 LRC de 1957 inconstitucionalmente sobrevenido, en consecuencia a la vulneración que provocaba respecto al precepto 39.2 CE que recogía el principio de libre investigación de la paternidad.

- El sistema registral de certificación de nacimiento restringida:

  En principio el sistema registral español contemplaba que la adopción se inscribiera en un marginal de la propia partida de nacimiento. Este cauce provocaba la alarma de las familias de adopción que temían que con un simple acceso al Registro Civil, sus hijos descubrieran la verdad. En consecuencia, la DGRN, a través de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, modificó el modelo registral de la adopción, dando preferencia a la filiación legal adoptiva. Esta sería la que constase en el certificado de nacimiento de forma oficial aunque, la filiación original quedaba con acceso restringido. Esto suponía que, si un hijo no conocía su condición de adoptado, por mucho que accediera a su partida de nacimiento, ninguna alarma o sospecha sobre su verdadera condición le

asaltaría. Para poder acceder a la información real, era requisito indispensable conocer su condición de adoptado.

- El acceso a la documentación o a los expedientes oficiales:

  Una vez que el hijo adoptado no había alcanzado con éxito su propósito a partir de los dos cauces anteriores, le restaba acudir a los organismos intervinientes en su proceso de adopción. Las leyes administrativas correspondientes de la época impedían el acceso a la información siempre que pudiera quebrantarse los derechos de otras personas, en especial, su derecho a la intimidad. Esto, junto al deber de secreto profesional de los partícipes en estos procedimientos, era precisamente lo que ocurría con los hijos adoptados. Una vez más la legislación protegía el derecho a la intimidad de los padres en detrimento del derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos.

- Acudir a los tribunales de justicia:

  Esta era la última vía a la que acudir. Como es evidente, ante la falta de un reconocimiento expreso del derecho a conocer los orígenes biológicos, los hijos adoptados debían fundamentar jurídicamente sus demandas en normativas nacionales e internacionales dispersas que, aunque no de forma absolutamente expresa, si en su conjunto, derivaban indirectamente en el reconocimiento de este derecho.

Era el caso de los artículos 10, 14, 18, 20 y 39.2 de la Constitución Española o de la normativa contemplada en Acuerdo y Tratados internacionales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, el de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, el de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de 20 de Mayo de 1993 o la Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992.

Independientemente de todas las normas citadas, la realidad es que, con anterioridad al año 2007, no existía en España una norma racional, categórica y expresa que asentara sin ambages el derecho a conocer los orígenes biológicos. Por tanto, en ausencia de norma expresa podíamos afirmar que podía existía un derecho a conocer los orígenes aunque necesariamente había que sustentarlo en otros como, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, en el de identidad personal e incluso en el derecho a la salud.

El derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado, al no estar expresamente reconocido estaba repleto de luces y sombras que hacían y obligaban a tener que analizar, caso por caso, si se debería proteger el interés, valor o bien jurídico que se consideraba más digno de protección; La cuestión candente era fijar la relación de supremacía o subordinación respecto de otros derechos: Derecho de los padres a mantener en secreto su identidad y más en concreto, el derecho de la madre biológica al anonimato, el derecho al secreto profesional, etc…

15.- La situación legal en España cambió radicalmente tras la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional:

Después de épocas de lucha judicial, en las que se presentaba como materia en conflicto el choque entre el derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado, frente el derecho a la intimidad de la madre biológica, en la década de los años noventa, los tribunales empezaron a dar prevalencia al derecho a saber.

Fruto de la jurisprudencia y de los criterios doctrinales, estudios nacionales e internacionales sobre la importancia de esta cuestión en el derecho a la identidad de las personas, la perspectiva cambió de rumbo.

En consecuencia y con ocasión de la entrada en vigor de esa Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, fue cuando finalmente se introdujo en nuestro sistema una norma expresa que otorgara este derecho. Como ya hemos indicado, esta Ley reformó nuestro CC e introdujo el punto 5º del art. 180 CC. Fue a través de esta norma mediante la que los hijos adoptados, habiendo cumplido la mayoría de edad, o durante la minoría a través de sus representantes legales, pueden ampararse para ejercitar este derecho y que la Administración correspondiente que intervino en el proceso de adopción, les proporcione la información identificativa de sus padres biológicos.

En la actualidad, la anterior norma se ha visto reforzada con ocasión de la entrada en vigor de nuevas leyes que potencian esa medida. La ya citada Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia ya a la Adolescencia, dando cumplimiento en parte al Convenio Europeo de Adopción de Menores de Estrasburgo, de 27 de noviembre de 2008, ha concretado aspectos del ejercicio de este derecho, ampliándose el artículo 180 con un sexto párrafo, y realizando, entre otras modificaciones relativas a la adopción, la implantación de la

figura de la “adopción abierta”. Esta novedad significa que, a través de sentencia judicial y con pautas expresas, el interés superior del menor puede recomendar que el adoptado, a pesar de la irrevocabilidad de la adopción, pueda mantener contacto y visitas con alguno o algunos de sus familiares de origen.

16.- En el derecho comparado son muchos los países que comienzan a reconocer el derecho de los hijos adoptados a conocer sus orígenes biológicos. Además de España, Alemania o Reino Unido son países ampliamente permisivos con esta cuestión. Del resto de Estados, a pesar de no reconocer de una manera tan amplia este derecho, la tendencia en auge es flexibilizar la cuestión. Es el caso de Países Bajos, Italia o Bélgica.

En cuanto a la permisividad de la figura del parto anónimo, únicamente Francia o Luxemburgo siguen contemplando esta figura limitativa del derecho de los hijos adoptados a conocer sus orígenes biológicos.

17.- En cuanto al método o cauce adecuado para ejecutar el derecho del hijo adoptado a conocer sus orígenes, en España son ya varias las Leyes de Mediación de carácter autonómico que recogen de forma expresa la conveniencia de la mediación como método de tratamiento y aplicación respecto a las cuestiones que puedan surgir entre las partes como consecuencia del inicio de la búsqueda biológica por parte del hijo adoptado.

Los cambios vividos en nuestro país en los últimos años, en relación con el concepto de grupo familiar, han sido reflejados de forma sucesiva las normas autonómicas de mediación. A pesar de que la mayoría trata la mediación familiar referida a crisis matrimoniales, han ido progresando y acaparando dentro de su contenido supuestos más amplios de ayuda general a todos los miembros de la familia. Entre estas ampliaciones se contempla la adopción y las cuestiones que puedan derivar del procedimiento. Es el caso de las Leyes de Mediación de Cataluña, País Vasco, Andalucía, Madrid, Valencia, Canarias, Castilla León, Castilla La Mancha, Islas Baleares o Asturias.

Todo lo anterior, justifica que, ante un conflicto que se desarrolle entre las partes a la hora de ejecutar ese derecho al que tiene acceso el hijo adoptado, se centre en un proceso de mediación familiar.

18.- Además de **entender la mediación como el cauce adecuado para desarrollar la ejecución del derecho a conocer los orígenes biológicos**, proponemos

la implantación de un **Registro Nacional de Voluntad de Consentimientos que facilite a los servicios de mediación y al propio adoptado la información relativa a la disponibilidad del progenitor biológico al contacto o encuentro con su hijo**. De esta forma, se propone que, tras la creación de ese Registro Nacional, los procedimientos de adopción que se tramiten a partir de entonces exijan entre sus trámites, la necesidad de asesorar, informar y recomendar a los padres biológicos que renuncian a sus hijos sobre la posibilidad de dejar constancia de su consentimiento a un fututo contacto con el niño. De igual forma, el Registro quedará también a disposición de los padres biológicos que renunciaron a sus hijos con anterioridad a la creación del mismo.

IV

Respecto al derecho a conocer los orígenes biológicos y las técnicas de reproducción humana asistida:

19.- Una vez finalizada la primera gran revolución que el derecho de familia y la filiación, experimentaron con ocasión de la figura de la adopción, la tecnología y la ciencia abrieron paso a la segunda.

Desde la década de los setenta, a nivel mundial, se ha venido desarrollando una auténtica transformación social reproductiva. Como consecuencia de la aparición de las técnicas artificiales de reproducción asistida, se han producido millones de nacimientos. De lo anterior deriva que, en la actualidad, el vínculo biológico que existe entre progenitor e hijo, ya no necesariamente va a tener que coincidir con el vínculo genético.

Esta situación se va a producir cuando la técnica reproductiva es de tipo heterólogo. El hecho de que para la fecundación se utilice material genético reproductor de un donante, significa que se rompe el nexo relativo a la genética. El ascendiente genético de ese hijo será el donante de esperma o la donante de óvulos. A su vez, el ascendiente biológico será, en todo caso, la mujer que finalmente ha desarrollado la gestación y posterior alumbramiento del hijo.

La aparición de estas técnicas de reproducción humana ha aportado, sin duda, un indiscutible avance positivo para la sociedad. Gracias a ellas, tal y como hemos indicado, han venido a la vida millones de niños que, de otra forma, nunca hubieran sido objeto de creación. De igual manera, gracias a estos avances científicos, millones de personas, que por distintas razones físicas o médicas, no podían acceder a la

maternidad o a la paternidad por los cauces naturales, han logrado su sueño de ser padres o madres y formar una familia.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la esterilidad humana está definida como una enfermedad del sistema reproductivo, caracterizada por la consecución de un embarazo clínico tras veinticuatro meses manteniéndose relaciones sexuales, de manera habitual, sin anticonceptivos. Este plazo ha sido rebajado por la Sociedad Europea de Fertilidad a doce meses. La infertilidad afecta a un porcentaje de entre el 15% y el 20% de las parejas. Esto se traduce en que, a nivel mundial, setenta millones de parejas tienen problemas de concepción. La cifra en España se sitúa en ochocientas mil parejas. Un 3% de los nacimientos que se generan en nuestro país han sido mediante técnicas de reproducción asistida.

Entre los motivos más comunes para acudir a las técnicas de reproducción asistida se encuentra el acceso cada vez más tardío a la maternidad. En nuestro país, el ritmo de vida, el acceso de la mujer al mercado laboral, la falta de ayudas públicas y privadas y la dificultad de la conciliación laboral, son algunos de los factores que producen este retraso. Las mujeres nacen con una media de entre tres y cuatro millones de folículos. A la edad de treinta y siete años, este número queda reducido a veintisiete mil folículos aproximadamente. En España, la edad media en la que las mujeres acceden a la maternidad está situada en los 32-33 años. Esto es evidente que desfavorece la concepción natural.

Dadas las escasas políticas de ayuda y fomento de la maternidad, entendemos que el Estado, en parte, también es responsable de esta situación. Debe garantizar a sus ciudadanos el acceso a estas prácticas reproductivas en cumplimiento, no sólo de sus derechos reproductivos, sino en aras del interés general. No hay que olvidar el grave problema existente en torno a la escasa natalidad y, por ende, del sostenimiento de nuestro sistema de pensiones.

20.- Es una realidad que los cambios sociales, el avance tecnológico y la investigación en general avanzan no siempre exentos de polémica. Como es lógico, estas técnicas reproductoras exigieron a la sociedad plantearse un nuevo marco normativo en el que incluir límites, pautas y reglas para el desarrollo y aplicación científica de estas nuevas prácticas. El miedo a un “todo vale” es un factor determinante para que los poderes públicos se decidan a normar situaciones desconocidas que la ciencia nos va aportando, no sin crear cierta incertidumbre inicial. En definitiva, en

España, ante la aparición de nuevas tecnologías reproductivas, fue demandada la necesidad de regulación de esta situación, con el objeto de pautar y proteger el contenido de los derechos reproductivos y sexuales.

Con este fin se dictó la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Esta norma fue prácticamente el resultado final de una previa Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana que, durante 1987, reunió a expertos en la materia con el objeto de asentar sus bases. En esta Comisión, se elaboró el conocido como "Informe Palacios" (en referencia a su presidente, Marcelo Palacios). Las recomendaciones elaboradas fueron decisivas para la redacción de la Ley de Técnicas de 1988.

Entre sus propuestas, se decidió la adecuada inclusión en su ámbito de aplicación de las parejas de hecho, no limitándose el acceso a la estricta idea del matrimonio tradicional. Al tiempo, se recogió la apertura reproductiva a las técnicas heterólogas, tanto referidas a la donación de esperma, como de óvulos, así como a la de preembriones sobrantes. De igual forma, entre las técnicas incluidas en la Ley, se admitió tanto la fecundación in vitro como la inseminación artificial.

Una de las conclusiones alcanzadas más destacadas, fue defender la superposición de la verdad gestacional frente a la verdad genética. Esto significó la definitiva aplicación en España del principio consistente en que, la mujer que desarrolla la gestación y posterior alumbramiento, será la madre legal de ese hijo. Este criterio se aplica con independencia del origen del óvulo utilizado. A la donante propietaria del óvulo, en nuestro ordenamiento jurídico, se la da absoluta indiferencia en materia de filiación.

La misma conclusión se alcanzó respecto al concepto de paternidad. En el caso de tratarse de una pareja receptora heterosexual, independientemente de que se hubiera utilizado esperma donado, el padre será el hombre que firmó el consentimiento a la inseminación o fecundación de su esposa o pareja femenina.

Con estos criterios integrados en la Ley de 1988, España se convirtió en uno de los primeros países de nuestro entorno geográfico y cultural en regular la reproducción asistida. Indiscutiblemente, esta regulación fue absolutamente pionera y progresista. Se permitía a cualquier mujer acceder a las técnicas reproductivas, con independencia de su estado civil u orientación sexual.

Hay que tener en cuenta que, con posterioridad a esta Ley, de acuerdo, entre otras, a la Conferencia Internacional de El Cairo, en 1992, o la de Beijín, en 1995, se reconoció como derechos humanos los derechos de salud sexual y reproductiva, al entenderlos como un concepto extenso del estado general de bienestar físico, mental y social de las personas. Esto significó que los mismos ya no podían limitarse, como en épocas pasadas, a la concesión de una libertad relacionada con el acceso a los anticonceptivos o a la interrupción del embarazo. Se concluyó que en el contenido de esos derechos debía incluirse la libertad de poder elegir la descendencia dentro de una maternidad libremente escogida.

21.- Tras esta Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, habiéndose realizado algunas reformas sobre la misma, entró en vigor la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Entre sus novedades, se dejó la puerta abierta a la investigación de cualquier técnica, siempre que fuera solicitada, justificada y aprobada por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida Española.

Actualmente, en España, están permitidas, siempre bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la congelación embrionaria, la congelación de tejido ovárico u ovocitos, el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación post-mortem y las ya citadas donaciones de esperma, óvulos y embriones sobrantes. Por el contrario, bajo expresa prohibición se encuentra la selección del sexo del bebé, la clonación humana y la gestación por sustitución.

.- Independientemente de lo anterior, a nivel mundial, se están produciendo avances científicos en materia reproductiva de absoluta novedad. Es el caso de la ectogénesis, el trasplante de útero o el reemplazo de mitocondria. España no las tiene reconocidas en su regulación, seguramente, por su reciente carácter experimental. En virtud del cajón de sastre implantado en su regulación, con acuerdo de la Comisión Nacional, podrían llegar a realizarse, siempre que los científicos y centros médicos correspondientes lo solicitaran, acreditando su utilidad y garantías necesarias.

Las receptoras acuden a estas técnicas como cauce para lograr formar una familia. La fertilidad de las personas, tal y como hemos visto anteriormente, está en peligro. A raíz de variadas situaciones personales, puede llegar a optar por alguna de las prácticas que la ciencia ha puesto a nuestra disposición. Además de la esterilidad consumada, se dan también otras situaciones que requieren el acceso a las técnicas, sin mediar físicamente un problema de esterilidad actual. Entre ellas se encuentran la

preservación de la fertilidad en materia oncológica, la preservación funcional (homosexuales) preservación social. Entre esos últimos casos se encuentran mujeres que, por diversas causas, quieren retrasar su maternidad y deciden congelar sus óvulos para ser madres en un momento posterior. De igual forma, hay personas que acuden a estas técnicas con graves problemas derivados del hecho de ser portadores de enfermedades genéticas que han transferido a sus propios hijos. También se dan casos en los que los niños han padecido la propia mutación genética. Ante estas situaciones, es de aplicación el Diagnóstico Genético Preimplantatorio. Esta técnica se aplica de cara a futuros embarazos de esa misma pareja, siendo conocida como "bebé medicamente", puesto que, el nacimiento de un hermano, puede ser la salvación para la vida del niño enfermo.

22.- En cuanto a la filiación de los hijos nacidos a través de reproducción asistida, el panorama que presenta nuestra Ley de 2006, es el siguiente:

Debemos recordar que con ocasión de las grandes reformas post-constitucionales habidas en España en materia de filiación, se valoró principalmente el principio de la verdad biológica. En relación con el fenómeno relativo a la reproducción asistida, la realidad social se situó ante unos nuevos parámetros. Fruto del acceso a estas prácticas surge la necesidad de valorar un nuevo principio: la "voluntad procreacional". En realidad, se es padre o madre por prestar un consentimiento. Esto refleja la presencia del principio de la voluntad y la responsabilidad que, en verdad, disminuyen el valor de la verdad biológica.

Con estas técnicas, la maternidad y la paternidad han dejado de estar basadas únicamente en las relaciones sexuales. El legislador español, a la hora de marcar la filiación de estos nacimientos logrados gracias a las técnicas reproductivas, decidió incluirlas dentro de la filiación natural. La razón principal descansó en defender que la manipulación genética del hijo en sus orígenes, en nada debe alterar la clasificación jurídica de la filiación. De ahí que únicamente se recojan dos tipos de filiación; la natural y la adoptiva.

En este sentido, parte de la doctrina, ha entendido que estos nacimientos logrados gracias a las técnicas reproductivas, no pueden estar catalogados ni en la filiación natural, ni en la adoptiva. Entienden que deben gozar de una estructura propia. Para ello, defienden la inclusión de una tercera forma de filiación basada precisamente en esa "voluntad procreacional". Esta voluntad parte de la "teoría de la intención" que

descansa sobre el principio de que, los nacimientos de técnicas de reproducción asistida, deben ser siempre entendidos al margen de la aportación genética. En realidad, los padres serán los que realmente quisieron serlo y tomaron los cauces necesarios para que ese hijo llegara al mundo. Fueron ellos los que prestaron su consentimiento, su voluntad y su responsabilidad, al nacimiento buscado.

El artículo 8 LTRHA, en este sentido, recoge que no podrán impugnar la filiación aquellos que previamente hubiesen prestado su consentimiento a la celebración de la técnica reproductiva en la que hubiera mediado material genético donado. Esto significa que, tal y como hemos indicado, nuestro sistema no diferencia la procedencia del óvulo o del esperma utilizado en la fecundación.

De esta forma, el esposo de la receptora que preste su consentimiento será determinado como padre legal.

En cuanto a la doble filiación materna en el caso de matrimonio de lesbianas, el artículo 7.3 LTRHA, permite a la esposa de la receptora de la técnica, prestando su consentimiento, tras el matrimonio y con carácter previo al nacimiento del niño, ante el encargado del Registro Civil, convertirse en la madre legal del hijo que alumbre su esposa. Incluso, junto a la vía reconocida por este precepto y con el fin de salvaguardar los obstáculos que éste ha planteado en la práctica –fundamentalmente por lo que se refiere al momento de la prestación de la autorización y la concurrencia de vínculo matrimonial-, la jurisprudencia ha admitido que el reconocimiento de la maternidad de la madre no gestante pueda determinarse a través del ejercicio de una acción de reclamación de la maternidad sobre la base del consentimiento emitido a la fecundación asistida de su pareja y manteniendo posesión de estado. A mayor abundamiento, sobre esta cuestión ha incidido, asimismo, la Ley 19/2015, de 13 de julio de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, la cual ha reformado nuevamente el art. 7.3 flexibilizando, en cierta manera, el momento de la prestación del consentimiento.

Con todo esto, podemos apreciar, que los nacimientos producidos por técnicas de reproducción asistida tienen su base en la intención. Esto deriva en que los principios que van a presidir la filiación de estos nacimientos son un tándem formado por la voluntad gestacional y la voluntad procreacional.

23.- En relación con el tema protagonista de este trabajo, la Ley es clara. A través del artículo 5.5 LTRA, se implantó en nuestro país el principio relativo al anonimato del donante de gametos. Se abogó por la protección relativa de la intimidad e identidad de los donantes. En definitiva, se optó por excluir a los hijos nacidos mediante reproducción asistida del derecho a la investigación de la paternidad otorgado por el artículo 39.2 CE.

Con esta medida se quiso preservar al donante de cualquier tipo de responsabilidad en relación con el futuro hijo. De igual forma, se optó por protegerle de la posible interposición de las acciones de reclamación biológica de paternidad previstas en nuestro ordenamiento jurídico. El legislador no estaba dispuesto a que, como consecuencia de la permisividad de las técnicas de reproducción heterólogas, surgieran nuevas filiaciones contrarias a las inicialmente determinadas tras el nacimiento. En definitiva, se creó un conflicto interpretativo relativo a una posible imposición legal vulneradora de los derechos de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

En este sentido, la doctrina opinó que el artículo 39.2 CE no estuvo nunca pensado para su aplicación a las técnicas reproductivas con donante. El constituyente, en el año 1978, era evidente que no podía estar pensando, ni siquiera imaginar, la revolución reproductiva que estaba por llegar. Por tanto, el principio de libre investigación de la paternidad se limitaba únicamente a la búsqueda de determinación de filiaciones de las que derivara la imposición de las obligaciones relativas a la patria potestad del progenitor finalmente determinado.

La implantación del anonimato del donante de gametos no se dispuso únicamente para favorecer el número de donaciones sino que, el legislador, al tiempo, entendió que la donación de gametos debía de ser un acto altruista que no llevara aparejada ninguna vinculación emocional.

El sistema de donaciones de gametos tuvo su inspiración en el programa de donación de órganos, basado en las idea de gratuidad y anonimato. A pesar de esa inspiración, se decidió que en la donación de gametos podrían acordarse cantidades económicas razonables en concepto de molestias y tiempo invertido por el donante.

Hay que indicar que, a pesar de la defensa de ese anonimato, los datos de los donantes quedan reflejados en el propio centro reproductivo. Esto se hace por

prevención ante cualquier eventualidad futura que pueda darse. Cada muestra de materia genético queda reflejada con un código numérico.

El hijo únicamente podrá tener acceso a información de carácter general sobre el donante, pero no a su identidad.

No está permitido seleccionar al donante. Los centros de reproducción cruzan los datos de receptora y posible donante para buscar una morfología similar. Además del grupo sanguíneo adecuado se encuentra un fenotipo compatible entre la receptora y el donante, intentando, en la medida de lo posible, que compartan características físicas.

A pesar del anonimato del donante, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, en su artículo 5, contempla una serie de excepciones en las que se podrá revelar información relativa a al donante. Estos supuestos se refieren a casos de peligro grave para la vida o integridad del hijo, o las necesidades que deriven de la aplicación de las leyes penales.

A través del artículo 8 se recoge que, aún en el caso de que se produzca la revelación de la identidad del donante, esto no implicará en ningún caso la determinación legal de esa filiación.

24.- El anonimato del donante de gametos choca frontalmente con el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos.

Frente a los defensores de una postura absolutamente paternalista, dirigida a entender que el hecho de realizar una donación de gametos debe ir ligada a la idea de la paternidad o maternidad resultante, entendemos que dicho acto, de ninguna manera, debe ir ligado al concepto de filiación de ese hijo.

Cuestión absolutamente distinta es comprender que el hijo nacido como consecuencia de una donación de esperma u ovocito pueda tener derecho a conocer sus orígenes genéticos y, en consecuencia, su verdadera filiación natural. En nuestra opinión tiene derecho a obtener la información relativa a la identidad de su progenitor genético. Este derecho se limita a proteger una absoluta necesidad humana respetuosa con el derecho a la identidad.

Partimos de un dato clave en esta materia. Los hijos adoptados tienen un derecho, expreso y reconocido en nuestra legislación, a conocer sus orígenes biológicos. Así ocurre en España desde la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre la que, a través de su artículo 12, integró en nuestro ordenamiento este derecho. Fruto de

lo anterior, contamos con el reconocimiento de ese derecho a saber a través del artículo 180 CC. Como consecuencia de lo anterior, el hijo mayor de edad podrá tener acceso a todos los datos relativos a su adopción, incluida la identidad de sus progenitores biológicos. Está claro que a estos hijos adoptados se les reconocieron finalmente, tras años de lucha, unas necesidades relativas a gozar de una identidad completa. Las Entidades Públicas deben prestar para la ejecución del mismo toda la ayuda necesaria.

Partiendo de lo anterior, ¿qué razones existen para no aplicar ese reconocimiento a los hijos nacidos de técnicas reproductivas heterólogas que deseen conocer la identidad de su progenitor? ¿Qué diferencia hay entre la inquietud que pueda tener un hijo adoptado de la que pueda sentir un hijo nacido de técnicas reproductivas?

Creemos que no puede sorprendernos que, al igual que ocurre con los adoptados, un hijo nacido mediante técnicas pueda tener inquietud por conocer sus orígenes, por saber de dónde viene, o quiénes son sus antepasados. A fin de cuentas, en ambos casos se trata de hijos que conviven con personas de las que no descienden genéticamente. En ambos casos, se trata de hijos que desconocen sus orígenes biológicos y genéticos y no saben a quién pueden parecerse físicamente. También comparten el hecho de no saber si tienen hermanos o más parientes. En conclusión, la diferencia entre un hijo adoptado y uno nacido mediante técnicas de reproducción es que, en un caso hubo una única unión con madre biológica durante el embarazo, y en el segundo caso, nunca la hubo.

A pesar de lo anterior, entendemos que, la forma en que llegó al mundo ese hijo, que quedó claramente en manos de los progenitores, no puede afectar al contenido de sus derechos. Esto supone una vulneración absoluta del artículo 14 CE que defiende la igualdad de todos los españoles, impidiendo la discriminación por razón de nacimiento.

¿Puede entenderse discriminado por razón de nacimiento el hijo nacido mediante técnicas, al que se le impide conocer sus orígenes, y en definitiva, completar su identidad? Si lo comparamos con los derechos otorgados al hijo adoptado, evidentemente la respuesta es afirmativa.

.- En el caso del hijo adoptado, el hecho de que quiera conocer sus orígenes biológicos y, en definitiva, la identidad de sus progenitores, no genera, en ningún caso, el restablecimiento de paternidad o maternidad alguna, La adopción es irrevocable. Esto significa que, aún en el supuesto de que el hijo conozca la identidad de sus padres biológicos, su filiación no será alterada. Sus padres de adopción seguirán siendo sus

padres legales con independencia de que el hijo, incluso, haya llegado a relacionarse con sus parientes de origen.

En definitiva, el contenido del derecho a conocer los orígenes biológicos alcanza únicamente al propio hecho de saber. Otra cuestión es que, a través de las entidades públicas o de un servicio de mediación, pueda llegar a crearse una comunicación o encuentro entre el hijo y su familia. Independientemente de esto, la familia biológica no tiene ninguna obligación de mantener vínculo alguno. Ni siquiera tiene la obligación de contactar con el hijo. Puede negarse absolutamente y que el ejercicio del derecho únicamente haya generado que el hijo adoptado haya podido conocer la identidad de su progenitor.

En el caso de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida el resultado de un hipotético caso de levantamiento del velo del donante de gametos, traería aparejadas las mismas consecuencias. Es decir, a priori, el hijo podría tener acceso a los datos de identificación del donante. En el caso de que, una vez conocida la identidad del donante, optara por intentar el contacto, el donante podría claramente rehusarlo. En este caso, ese ejercicio de derecho se hubiera limitado únicamente a conocer su identidad. Esto significa que, al igual que en la adopción, el ejercicio del derecho a conocer los orígenes genéticos no acarrearía ninguna obligación social ni legal para el donante. El concepto del derecho a saber queda desvinculado, por tanto, de cualquier idea de maternidad o paternidad. Sencillamente se permite al hijo completar su verdadera identidad.

De todo lo anterior concluimos que, existiendo un choque de derechos, entre el derecho a la intimidad del donante de gametos y el del hijo a conocer sus orígenes biológicos, lo más apropiado, en términos de justicia, es realizar una ponderación de los perjuicios que se producen en uno u otro caso, ante la superposición del otro.

Está claro que, desde el momento en que la averiguación de la identidad del donante no le acarrea a éste ninguna consecuencia jurídica, creemos que no debe seguir vulnerándose el derecho del hijo a conocer su identidad. Descartando las consecuencias jurídicas que podrían imponérsele al donante, debemos centrarnos en las puramente sociales, que son las que restan. Al donante, el hecho de que se desvele su identidad, le supondría únicamente la revelación pública de su concepción de donante de esperma. Teniendo en cuenta que en nuestro sistema las donaciones de gametos son consideradas altruistas, no entendemos que una persona que quiera ayudar a otras a cumplir su sueño

de ser padres, se avergüence de su condición de donante. Esto debe valorarse siempre y cuando el donante haya realizado la donación con ese fin. Si, por el contrario, su finalidad fue obtener la remuneración económica de la donación, creemos que su naturaleza se pierde.

25.- En definitiva, el miedo a ser señalado como donante de gametos no es razón suficiente para desproteger el derecho a la identidad del hijo nacido a través de reproducción asistida. Teniendo en cuenta que los perjuicios de identidad que sufren los hijos adoptados ante el desconocimiento de sus orígenes, son perfectamente extrapolables a los sentimientos que padecen los hijos nacidos mediante técnicas, **proponemos la modificación del artículo 5.5 LTRHA, en el sentido de eliminar el anonimato del donante**, en aras de proteger el interés superior del menor.

El hecho de que establecer el anonimato del donante de gametos como una cuestión de interés general, entendida desde el riesgo que el levantamiento del anonimato podría suponer respecto al resto de donaciones logradas, tampoco es razón suficiente para mantenerlo. Vulnerar derechos personales para mantener las donaciones no puede ser contemplado.

Además de lo anterior, la experiencia internacional en otros países, como en Reino Unido o Suecia, ha desvelado que ante el hecho del levantamiento el anonimato, las donaciones, efectivamente, se redujeron pero únicamente en los primeros años. Con posterioridad, el número se volvió a regular con normalidad. Lo cierto es que en derecho comparado, son muchos países de nuestro entorno los que han decidido terminar con el anonimato en aras de proteger el derecho a la identidad del hijo nacido mediante técnicas de reproducción heterólogas.

Esto se ha conseguido con el fin de proteger el derecho a la identidad contemplado, según la reiterada jurisprudencia del TEDH, dentro del derecho a la vida privada y familiar, recogido en el artículo 8 CEDH.

En definitiva, abogamos por una reforma del artículo 5.5 LTRHA en el siguiente sentido:

a.- **Eliminar el anonimato del donante de gametos** con las pautas que se dictan a continuación.

b.- **En ningún caso, la posibilidad de conocer la identidad del donante será pública**. Quedará únicamente reservada al hijo mayor de edad, o al menor con el consentimiento de su representante legal.

c.- **En ningún caso, la revelación de la identidad del donante de gametos supondrá la determinación de filiación con su hijo**, **ni dará lugar a obligaciones jurídicas ni a derechos derivados de esa institución**. El hijo conservará a todos los efectos su filiación original de nacimiento.

d.- Los centros de reproducción asistida seguirán manteniendo los datos confidenciales de los donantes de gametos bajo su custodia.

e.- Al tiempo, **entendemos necesaria la puesta en funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos al que se remitirán todos los datos custodiados por parte de los centros de reproducción asistida. Estos datos se mantendrán de igual forma bajo la fórmula de consulta restringida**. De esta forma, se archivará toda la información relativa a cada donante, y a las procreaciones finalmente alcanzadas por éste en cada caso, con la identificación de los hijos que de ellas derivan. De esta forma, se dará cumplimiento al límite de aportaciones de cada donante, se evitarán los cruces de consanguinidad y se custodiarán los datos de identidad de los donantes a nivel nacional.

f**.- Una vez cumplida la mayoría de edad, o durante la minoría acompañados de sus representantes legales, estos hijos podrán acceder a la información correspondiente a la identidad de su progenitor genético**. El hecho posterior de un **posible contacto** podrá ser tramitado a través de un servicio especial proporcionado desde el propio Registro. Este servicio público deberá proporcionar la ayuda, asesoría y mediación adecuada para el ejercicio del derecho.

g.- La solicitud hecha por el hijo acerca de la identidad del donante, será notificada al donante para su conocimiento. En el caso de no poder ser notificado en el domicilio que éste señaló en su momento, se podrá prescindir de este trámite, habiendo advertido en su momento al donante de las consecuencias de no informar sobre el cambio de domicilio.

h.- Al igual que proponemos en materia de adopción, **entendemos necesaria la existencia de una Sección relativa al Consentimiento de Voluntades, dentro del propio Registro Nacional de Donantes de Gametos**. De esta forma se facilitaría

enormemente y por adelantado, el conocimiento del hijo sobre la verdadera **disponibilidad de éste a un posible contacto con su hijo**. Si por el contrario, el donante no lo hubiere prestado, el ejercicio del derecho se limitaría a conocer los datos relativos a la identidad de su progenitor biológico. Para ello, **entendemos adecuado que en el momento de realizarse las donaciones de gametos se explique y se asesore al donante sobre esta posibilidad.** De acuerdo a lo anterior, el donante dejará constancia en el centro reproductivo de su disponibilidad o no a un posible encuentro futro con su hijo. A pesar de que este consentimiento deberá recogerse en el momento de la donación, el Registro Nacional quedará abierto para que el donante, en cualquier momento, pueda prestarlo.

V

Respecto a la gestación por sustitución.

26.- La gestación por sustitución consiste en que una mujer, a través de un acuerdo oneroso o lucrativo, acepta quedar embarazada, con el fin de engendrar y dar a luz a un hijo que posteriormente entregará, con el fin de ser criado como propio, a una pareja o persona en solitario, hayan o no aportado sus propios gametos La mujer gestante renuncia a cualquier derecho en relación con el nacido.

Puede ser de tipo tradicional (la gestante es a su vez madre genética) o gestacional (intervienen TRHA por lo que la gestante no tendrá ninguna vinculación genética con el niño; el óvulo será aportado por la propia comitente o por una donante de óvulos).

La legislación española es contraria a la gestación por sustitución. A través del art. 10.1 LTRHA, se declara nulo de pleno cualquier acuerdo de gestación por sustitución.

En el caso de que se celebre un contrato de gestación por sustitución, la filiación materna es determinada a favor de mujer gestante que dio a luz (art. 10.2 LTRHA). Queda a salvo la paternidad del hombre que aportó su esperma para la fecundación quien podrá interponer la correspondiente acción civil de reclamación de paternidad biológica (art. 10.3 LTRHA).

27.- La gestación por sustitución es una técnica reproductiva consolidada desde hace décadas en otros países. A nivel mundial ya son muchos los países que la regulan.

En el panorama legislativo internacional, se pueden diferenciar cuatro grandes grupos según su tratamiento normativo: 1) países que prohíben la gestación por sustitución de forma expresa; 2) países que la regulan con ciertas limitaciones o condiciones de aplicación; 3) países que la regulan de forma amplia, incluso comercial o que siguen criterios jurisprudenciales consolidados; 4) países que no la regulan; ni la permiten ni la prohíben.

Regular la gestación por sustitución es tendencia al alza en el derecho comparado. La mayor parte de los países que han optado por una regulación lo han hecho en los últimos diez años. Además de esto, los países permisivos están flexibilizando la restricción de sus regulaciones iniciales.

La disparidad en legislaciones a nivel internacional ha ocasionado un importante turismo reproductivo que ha acarreado importantes conflictos jurídicos. La consecuencia es que, en muchos casos, los niños que nacen por gestación subrogada quedan en un limbo legal por el que se viola su derecho a una identidad única así como su derecho a ser inscritos desde el mismo momento de su nacimiento. De igual forma, lo anterior quebranta su derecho a la vida familiar privada y a poseer una nacionalidad o unos derechos sucesorios concretos.

En España la gestación por sustitución ha irrumpido como una vía alternativa para lograr el deseo de ser padres o madres a muchos ciudadanos que de otra forma no pueden lograrlo. De igual manera, se trata del único cauce posible para que parejas homosexuales masculinas logren el sueño de ser padres genéticos de un niño.

28.- La consolidación de la gestación por sustitución internacional ha demostrado que la prohibición o la falta de regulación conduce a situaciones injustas y discriminatorias que desembocan en perjuicios para los niños. El hecho de que esta técnica realmente exista y se esté llevando a la práctica, lleva aparejada la responsable necesidad de los Estados de crear una regulación de calidad, pautada, con garantías y limitaciones que asegure los derechos de todas las partes involucradas. Sólo de esta forma se evitará el abuso, la comercialización y la explotación tanto de mujeres como de niños. De igual forma se evitará que muchos ciudadanos españoles acudan al turismo reproductivo como vía para lograr el sueño de ser padres.

Una regulación interna de la gestación por sustitución es la mejor solución para satisfacer el interés superior del niño nacido de esta técnica; el niño encuentra una única

y verdadera familia desde su nacimiento; una familia que a través de la voluntad procreacional impulsó e inició el camino hacia su propia existencia. Sin este elemento volitivo el niño nunca hubiera llegado a nacer.

El interés superior del menor se procura limitando el poder de las partes intervinientes, hecho que sólo se podrá alcanzar a través de una regulación legal que le brinde una seguridad jurídica y una filiación acorde a la realidad volitiva.

Los estudios empíricos e investigaciones realizadas en familias que han optado por la gestación por sustitución afirman que esta no quebranta ni viola el superior interés del menor; al contrario, los resultados arrojan posturas muy positivas.

29.- La falta de regulación de la gestación por sustitución provoca situaciones de desigualdad y discriminación: 1) Si una pareja heterosexual, o pareja homosexual formada por mujeres, goza del derecho a tener un hijo genéticamente propio, también debe tenerlo una pareja homosexual formada por hombres (al menos de uno de ellos);2) Si una mujer no genera o produce óvulos adecuados, podrá ser madre legal acudiendo a la donación de óvulos ajenos. Por el contrario, si una mujer produce óvulos adecuados pero padece carencia o anomalías en el útero no podrá ser madre genética acudiendo a la "capacidad gestante" de otra mujer. Es apropiado que la legislación española proteja tanto a una como a otra al entender que sus intereses son igual de dignos;3) La falta de regulación que produce el turismo reproductivo provoca que sólo los ciudadanos con un alto poder económico puedan acudir a la gestación por sustitución fuera de nuestras fronteras.

30.- En la práctica social, como consecuencia de esta falta de regulación legal expresa, la cuestión ha venido solucionándose a través de las decisiones de los Tribunales de Justicia, en especial en el orden social, donde se han venido reconociendo prestaciones de maternidad y paternidad a favor de personas que recurrieron a la gestación por sustitución fuera de nuestras fronteras. De igual forma, los problemas jurídicos que se han presentado a la hora de proceder a inscribir en el Registro Civil a un niño nacido por esta técnica en país extranjero, ha tenido que ser solventado por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 18 de febrero de 2009/Instrucción de 5 de octubre de 2010). Lo anterior se ha limitado a la puesta de parches resolutivos provisionales como solución a los conflictos emergentes.

El Tribunal Supremo, a través de la sentencia de 6 de febrero de 2014, no se ha pronunciado en contra de la inscripción en el Registro Civil Español de la filiación de estos niños nacidos en el extranjero a favor de los padres intencionales. En realidad, a lo que es contrario el alto Tribunal, es a la posibilidad de que esa inscripción pueda realizarse de forma "directa y sin rodeos". Propone la aplicación de un fraude de ley para llegar al mismo resultado. Esta solución implica la obligación de interponer dos procedimientos judiciales (reclamación de paternidad por parte del comitente que aportó el material genético, y otro posterior de adopción por parte de su cónyuge, o de adopción por posesión de estado). Esta propuesta significa un ínterin de tiempo en el que los niños quedan desprotegidos y sin una filiación única. Los hijos corren el riesgo de sufrir perjuicios ante posibles situaciones que puedan darse en ese intervalo de tiempo procesal (muerte de uno de los comitentes o de los dos, divorcio etc…)

La anterior solución propuesta por el T.S. únicamente es de aplicación a casos en los que el varón fue el aportante del material genético. La mujer comitente que participe en un contrato de gestación por sustitución no podrá reclamar su maternidad en relación al nexo genético que le pueda unir al niño. En el caso de que sea el varón el que aportó el esperma, su esposa únicamente puede recurrir a la adopción del niño en su calidad de consorte. Puede darse el caso de que la comitente esté adoptando a su propio hijo genético.

31.- En definitiva, estando el panorama nacional español tal y como se ha descrito en el presente trabajo, entendemos que ha llegado el momento de realizar una regulación concreta de la gestación por sustitución en España. Entendemos que la mejor vía pasa por reformar el artículo 10 de la LTRHA. Es necesario que se legisle en base a una serie de garantías que aseguren los derechos de todas las partes intervinientes; con limitaciones y pautas a cumplir, y una serie de requisitos que han de cumplir las partes.

El TEDH, recientemente, ha condenado a Francia y a Italia como consecuencia de la falta de inscripción de los hijos nacidos por gestación por sustitución en el extranjero. Declara que esa falta de inscripción atenta contra el derecho la identidad de los menores, a su derecho a poseer una filiación única y a su derecho a la vida privada familiar. Entiende que la falta de inscripción en sus países de origen causa a los menores situaciones perjudiciales en relación a su nacionalidad y derechos sucesorios.

Proponemos una regulación de la gestación por sustitución que debe ser entendida de acuerdo a los siguientes criterios:

a) Permitir únicamente la gestación por sustitución de tipo gestacional.

b) Conceptuarla como una técnica reproductiva de carácter residual.

c) La mujer gestante tendrá que estar plenamente capacitada, ser mayor de 25 años, tener buena salud física y psíquica, haber dado a luz al menos a un hijo sano genéticamente, y no haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de 2 veces.

d) El cónyuge de la gestante, en el supuesto de estar casada, deberá prestar su consentimiento.

e) El comitente podrá ser una persona sola, o una pareja, casada o no casada, con independencia de la orientación sexual. Tendrán que estar plenamente capacitados, ser mayores de 25 años (o al menos uno de ellos en el caso de ser pareja o matrimonio) y deberán acreditar su imposibilidad de concebir o de llevar acabo un embarazo a término sin riesgo para la salud de la madre, o del niño.

f) Como regla general, al menos uno de los comitentes, o siendo solo uno, deberá aportar su material genético para la fecundación. Excepcionalmente, para el caso en que ambos comitentes, o en el caso de ser uno, sean estériles o estén impedidos para llevar a cabo un embarazo y parto sin riesgos, deberán acreditar su imposibilidad de aportar material genético por razones médicas En estos únicos casos se podrá acceder a la gestación por sustitución con material genético donado.

g) Todo acuerdo de gestación por sustitución deberá ser gratuito. La cantidad correspondiente a la compensación económica en beneficio de la gestante y a cargo de la parte comitente, no debe superar la que el Ministerio de Sanidad publique oficialmente.

h) La parte comitente tendrá que acreditar la contratación de un seguro de riesgos personales, a su costa, y a favor de la gestante.

i) Tendrán que recogerse cláusulas relativas a la imposibilidad de la mujer gestante de interrumpir voluntariamente el embarazo no causal, así como respecto a las situaciones en las que los comitentes puedan optar por la interrupción eugenésica del embarazo (de acuerdo a lo establecido en la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual

y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo). Se establecerán las consecuencias económicas del incumplimiento de éstas.

j) Todo acuerdo de gestación por sustitución deberá ser autorizado a través de resolución judicial, previa audiencia de las partes.

k) Se exigirá el dictamen de un equipo multidisciplinar que, tras examinar a todas las partes y la documentación requerida, emitirá informe que hará llegar al Juez

l) Una vez emitida la resolución judicial se podrá solicitar la práctica reproductiva en centro homologado de los permitidos por la LTRHA. El centro de salud interviniente no podrá proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial. Esta autorización tendrá un plazo de caducidad de un año.

m) La filiación del hijo quedará establecida entre la persona nacida y la parte comitente, con independencia del aporte genético. La parte comitente no tendrá acción de impugnación de la filiación del hijo nacido cuando haya mediado consentimiento válido, libre, consciente y voluntario, y el acuerdo haya sido autorizado judicialmente. De igual manera, la gestante no podrá reclamar su maternidad ni podrá oponerse a que el niño sea entregado, criado y cuidado por los comitentes.

n) En el caso de la premuerte de uno de los comitentes, la filiación se determinará a su favor del superviviente y del fallecido, independientemente de su aportación de material genético o no, siempre que hayan prestado su consentimiento al acuerdo. En el caso de premuerte de los dos, la filiación del hijo nacido se determinará a favor de ambos, siempre que estos hubieran prestado su consentimiento.

ñ) En el contrato de gestación por sustitución se designará un tutor para el caso de fallecimiento de ambos comitentes.

o) La partida y el certificado de nacimiento del niño se emitirá haciendo constar la filiación del niño a favor del comitente o comitentes, sin dejar constancia alguna del nombre de la gestante. En ningún caso podrá reflejar datos que puedan inferir que el nacimiento del niño ha sido consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución.

p) Se creará un Registro de Mujeres Gestantes dependiente del Ministerio de Sanidad en el que se inscribirán todos los datos identificativos de las mujeres que actúen como gestantes así como de los hijos que hayan alumbrado como consecuencia de

acuerdos de gestación. La información del registro no será pública. Únicamente tendrán acceso a la información las personas inscritas y los jueces o administraciones en el desempeño de su cargo.

q) Las personas nacidas como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución tiene derecho a conocer la identidad de la mujer que le gestó y le alumbró. A tal fin, alcanzada la mayoría de edad o en la minoría a través de su representante legal, podrán acceder al expediente judicial, así como a la información existente en el registro de mujeres gestantes. En consecuencia, la administración, los órganos públicos y privados correspondientes tendrán la obligación de proporcionarle dicha información.

r) La revelación de la identidad de la gestante, en ningún caso producirá lazos de filiación legal ni obligación legal alguna entre partes.

s) En caso de celebrarse acuerdo de gestación por sustitución sin aprobación judicial, se aplicaran las reglas generales civil sobre filiación.

VI

En suma, llegados a este punto podemos concluir que, en cuanto a que la filiación es un concepto jurídico y no biológico, o en todo caso no exclusivamente biológico, el principio de veracidad biológica no es el único que debe ser tomado en consideración. A su lado se constata el papel creciente de la voluntad. Y así, mientras los progresos médicos permiten alcanzar la verdad genética, la filiación se construye sobre nuevos conceptos de compromiso o proyecto parental. Y ello se pone de manifiesto con el ofrecimiento de otras vías para ser padre o madre en las que la base de la filiación que aquí se crea es un acto de voluntad, y que revelan el desbordamiento de los límites biológicos por parte del Derecho a través de la creación de vínculos puramente jurídicos. Así se constata en la procreación natural pero con mayor fuerza en las técnicas de reproducción asistida o en la adopción, donde el criterio de la verdad biológica o real, es reemplazado por el de verdad formal o "consentida". Estamos ante nuevas realidades que importan, lo que se ha dado en llamar, una "*desbiologización*" y/o "*desgenetización*" de la filiación.

Y es aquí donde, sin negar la fuerza que aún tiene el principio de veracidad biológica, surge ahora una nueva dimensión del mismo, referida en este caso a los hijos, y que se concreta en el derecho de éstos a conocer su propio origen biológico. Esta

exigencia de construir la propia identidad puede presentar en algunas ocasiones el problema de la duplicidad de familias y de figuras paternales; las de origen y las sociales, los padres biológicos y los afectivos. Dialéctica que enfrenta el derecho a la identidad biológica con la libertad de los quieren mantener secreto su implicación en la procreación.

El papel del Derecho será precisamente encuadrar este modelo a fin de evitar o, al menos, regular los conflictos entre los intereses a veces contradictorios que están en juego velando por dar prioridad al interés del niño. Y en este punto, el reconocimiento del derecho a conocer el propio origen va abriéndose camino en los ordenamientos jurídicos modernos, propiciado no sólo por el desarrollo en el contenido de los derechos fundamentales, sino también por instancias internacionales como el Comité de los Derechos del Niño de la ONU. En todo caso, ello no entrañará la creación de vínculos jurídicos de filiación ni tampoco el surgimiento del conjunto de deberes y obligaciones que caracterizan la relación paterno-filial. Por ello, termino afirmando que quizás, y subrayo quizás, sea el momento de admitir que no hay razón para que la importancia de las conexiones biológicas y la relevancia de los vínculos sociales no pueda ser reconocida al mismo tiempo, en tanto en cuanto disminuiría el estado de confusión del niño sobre quién es su madre/padre real y aliviaría la sensación de inestabilidad que pueda sufrir.

BIBLIOGRAFÍA

- ABALO GARCÍA M. http://elbebe.com/adopción/reportaje-sobre-adopción. Consultado el 17 de octubre de 2013.
- AGUILAR RUIZ, L: "*El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia"*. Actualidad Civil, núm. 6, 2006.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M.A*:" El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona*". RGD, núm. 604-605.
- ALKORTA IDIAKEZ, I. "*Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*" Editorial Thomson Aranzadi, Navarra.
- ALMEIDA, S: "*Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relaciones de familia*". Cuestiones de Derecho Internacional Privado de Familia (REFJ1001), Red Europea de Formación Judicial. Universidad de Salamanca, 14 de mayo de 2010. http://iconline.ipliria.pt/bistream/10400.8/863/1/Resumen_familia-TEDH.pdf.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A:"*Maternidad*", *en VV.AA. "Las contingencias comunes protegidas por la seguridad socia*l". Editorial Comares, Granada, 2008.
- ALONSO CRESPO, E: "*Adopción nacional e internacional*". La Ley, Madrid, 2004.
- ÁLVAREZ, J; DÍEZ SOTO, C. "*Artículo 5. Donantes y contratos de donación*". En Lledó Yagüe, F; Ochoa Marieta, C; Monje Balmaseda, O: "*Comentarios científicos a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida"*. Dykinson, 2007.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J: "*Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*". Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 2008.
- AMORÓS, P, FUENTES, N, MALDONADO, E, MATEO, M. "*Adultos adoptados*: *el conocimiento de sus orígenes. Situación en España*". Pedagogía Social. Segunda época. 1998.
- AMORÓS, P, FUERTES, J, PAULA, I: "*La búsqueda de los orígenes en la adopció*n" Anuario de Psicología, nº71.1996, Facultad de Psicología. Universidad de Barcelona.

- ARANGO RESTREPO, P, SÁNCHEZ ABAD, P.J., MIGUEL PASTOR, L. M:"*Diagnóstico genético preimplantatorio y el "bebé medicamento": criterios éticos encontrados en la literatura biomédica*". Cuadernos Bioética XXIII, 2012.
- ARMIJO SUÁREZ, O:" *Nuevas aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida: destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad*". EN "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*". Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015.
- ASENSIO, M:"*Opinión de las parejas sobre el futuro de sus embriones pasados cinco años de congelación*". Progr. Obstet. Ginecol, núm. 44, 2001.
- ASKIN, J, & DAVIS, M (1992). "*Search: A handbook for adoptees and birthparents*". 2ª. Edición. Editorial Orix.
- AULETTA, T: "*Fecondaziones artificiale: problema e prospettive*". Quadrimestre, 1986.
- BACCINO, G: "¿ *Debe el niño nacido de una donación de gametos conocer su origen? Qué sugerimos los profesionales y por qué*". Clínica de Medicina de la Reproducción y Ginecología, Departamento de Investigación en Psicología. FivMadrid. Revista Iberoamericana de Fertilidad, 2008, vol. 25. núm. 1.
- BACCION, G:" *Homoparentalidad y técnicas de reproducción asistida*". Guías de evaluación, consejo, apoyo e intervención psicológica en la reproducción asistida. Grupo de Interés en Psicología. Sociedad Española de Fertilidad. Revista Iberoamericana de Fertilidad, 2007.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes*" Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 17/2008 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2008.
- BARBERÁ FRAGUAS, M: "*La Adopción: cuestión jurídica. Problema humano*". Aranzadi Civil-Mercantil núm. 39/2002, Pamplona, 2002.
- BATLLE, M: "*La eutelegenesia y el derecho*". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, junio 1949. EN López, A: "*Presupuestos bioéticos y biojurídicos para una crítica a la Ley española sobre técnicas de reproducción asistida*". http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/12726/1/PD_23_06.pdf.
- BELLI, L, GIRDWOYN, A:"*The influence of Catholicism in political and legislative decisions regarding reproductive technologies: similarities between*

Argentina and Poland". Ponencia impartida en la Conferencia Internacional sobre "*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European fertility market*". Universidad de Cantabria, Santander 19-20 de noviembre de 2015.

- BELLOSO MARTÍN, N: "*Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas*". Estudios sobre la mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León, 2006.
- BERASTEGUI PEDRO-VIEJO, A. y GÓMEZ BENGOECHEA, B.: "*Esta es tu historia. Identidad y comunicación sobre los orígenes en la adopción*". Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2007.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R: "*Hijos made in California*" Aranzadi Civil- Mercantil, núm. 3/2009 (Tribuna), Pamplona, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: "*Porteros, garajes y madres desconocidas*". Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-Mercantil, 1996.
- BERNAL SANPER, T.: "*La mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja*". 3ª Ed. Colex, Madrid, 2006.
- BLYTH, E: "*Donor anonymity and secrecy versus openness concerning the genetic origins of the offspring: international perspectives*". Jewish Medical Ethics, núm. 5, 2006.
- BLYTH, E:" *Not a primrose path: commissioning parent´s experiences of surrogacy arrangements in Britain*". Journal of Reproductive and Infant Psychology, núm. 13, 1995.
- BOBBIO, N: "*El tiempo de los derechos*", trad. R de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.
- BOIVIN, J:"*International estimates of fertility prevalence and treatment-seeking: potential need and demand for infertility medical care"*. Human Reproduction, núm. 22, 2007.
- BRUNEL, T.F., HUAIS, Mª.V., TISSERA COSTAMAGNA, R., VILLELA BONOMI, Mª. V:"*Pluriparentalidad, filiación e identidad en el CCYC*". Comisión núm. 6, Familia: "*Identidad y filiación*". Argentina, 2015.
- BRUNET, L., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KING, D. MARZO, C., MCCANDLESS, J.A.:"*Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Members States"*: (Disponible en Español): "*El régimen de subrogación en los Estados miembros de la Unión Europea*". Dirección General de Políticas Interiores

de la Unión Europea. Departamento Temático. Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales.

- BUJOSA VADELL, L:" *El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (en torno a la STC 7/1994, de 17 de enero)*". RGD, 1996.
- BURPEE, A.L.: "*Momma Drama: A study of How Canada`s National Regulation of Surrogacy Compares to Australia`s Independent State Regulation of Surrogacy*". Georgia Journal of International and Comparative Law, núm. 37, 2009.
- CABALLERO PEREGRIN, P. HERRERA CAMPOS, R: "*Determinación legal de la filiación*" En LLEDÓ YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., MONJE BALMASEDA, O: "*Comentarios científicos-jurídicos a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida"*. Enero 2007.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "*La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre Adopción Internacional"*. Comares, Granada, 2008
- CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ. J. "*Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*". Cuadernos de Derecho Trasnacional, Marzo 2012.
- CARBAJO GONZÁLEZ, J: "*Las acciones de impugnación de la filiación en la jurisprudencia (a propósito de la sentencia del TS de 5 de junio de 1997)"*. AC, doctrina VIII, 2000.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, J.M: "*Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*". Bosch, Barcelona, 1995.
- CERUTTI, M.C, PLOVANICH, C: "*Identidad Personal*", Lerner, Revista de la Facultad de Córdoba, vol. 6, núm. 1, 1998.
- CIFUENTES, S: "*El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido*", La Ley, Ed. Argentina, 2001.
- CHAVES DE FARIAS, C, ROSENVALD, N:"*Direito das Familias*". Lumen Juris. Brasil (Río de Janeiro), 2008.

- COBACHO GÓMEZ, J.A, INIESTA DELGADO, J. J: "*Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida*". Aranzadi, Navarra, 2007
- COHEN, J: "*Le tourisme procréatif:un pis-aller*". Gynecoligie, Obstétrique & Fertilité, Vol.34, núm. 10, 2006.
- *Comisión Especial de Estudio sobre la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas. Congreso de los diputados. Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987.*
- CORBO LÓPEZ, F.M., "*Los hijos menores ante la mediación familiar. Derecho y familia en el S. XXI"* Eds. Herrera Campos, Universidad de Almería, Vól. I, 2011.
- CORDERO CUTILLAS, I: "*La impugnación de la paternidad matrimonial*". Colección de Estudios Jurídicos de la Universidad Jaime I, núm. 6, Castellón, 2001.
- DENNISON, M: "*Revealing your sources: The case for non-anonymous gamete donation*". Journal of Law and Health, vol. 21, 2008.
- DE LORA, P:"*Es permisible tener un hijo para curar a otro*? EN "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*". Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. "*Inscripción de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010*". Diario La Ley, núm. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre 2010.
- DÍAS, M.B: "*Filiación Socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales*". Revista Jurídica, 13, UCES, 2009.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A:" *Buena fe, retraso desleal y actos propios en el ejercicio de las acciones de filiación*". Aranzadi, Civil- Mercantil, núm. 4/2015, Parte Comentario, 2015.
- DÍAZ ROMERO, M.R. "*La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*" Diario La Ley, núm. 7527, Sección Doctrina, 2010.
- DÍEZ PICAZO, L:"*Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*". Tecnos, vol. IV, 10ª Ed., 2008.

- DONNEZ, J:"*Restoration of ovarian activity and pregnancy after transplantation of cryopreserved ovarian tissue: a rewiew of 60 cases of reimplantation*". Fertil Esteril, núm. 99, Mayo 2013.
- DURÁN RIVACOBA, R.: "*Anonimato del progenitor y de la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre la reserva de identidad en los casos de madres solteras y donante de esperma*" Revista Ius et Praxis, Año XVI, núm. 1, 2010.
- ELIZALDE REDÍN, G. "*Navarra: Colisión entre el derecho a conocer la filiación y el derecho de la madre biológica a la ocultación de su identidad*". Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2012, Parte Fichas de Jurisprudencia., Aranzadi, Pamplona, 2012.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J. F.: "*La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo, ¿una renuncia a postulados anteriores?"*. AC, 2000, núm. 1.
- FÁBREGA RUIZ, C.F. "*Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*". Editorial Comares. Granada, 1999.
- FARNÓS AMORÓS, E. "*European Society of Human Reproduction and Embriology*". 26th, Annual Meeting. Roma. 27-30 junio, 2010. InDret 3/2010.
- FAVIER, Y.: "Breves notas sobre la modificación del Código Civil francés en materia de filiación". Dereito, Vól. 14, núm. 2, 2005.
- FERNÁNDEZ – SANCHO TAHOCES, A.S. "*Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada*". Revista Aranzadi Doctrinal 6/2011 (Parte Estudio), Pamplona, 2011.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO C., "*Derecho a la identidad personal*". Astrea. Buenos Aires, 1992.
- FERNÁNDEZ ZÚÑIGA, MARCOS, A Y RODRÍGUEZ BUSTELO, C: "*Quiero Adoptar*". CEAC, Barcelona 2009.
- FERRARETTI, A.P:" *ESHRE consensus on the definition of poor response to ovarian stimulation for in vitro fertilization: the Bologna Criteria*". Human Reproduction, núm. 26, Julio 2011.
- FLORES RODRÍGUEZ, J: "*El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia*". La Ley, Derecho de familia, noviembre de 2014.

- FREEMAN, M, MARGARIA, A. :"*Who and What is a Mother?"* Maternity, Responsability and Liberty. Theoretical Inquiries in Law. Volume 13, núm. 1, article 6, january 2012.
- FREEMAN, M.: "*The Human Rights of Children*". Current Legal Probs. 1 (2010).
- FRITH, L: "Beneath the Rhetoric: *The role of rights in the practice of non-anonymous gamete donation*". Bioethics, vol. 15, núm. 5-6, 2001.
- FRITH, L:" *Gamete donation and anonymity: The ethical and legal debate*". Human Reproduction, núm. 5, vol. 6, 2001.
- FURKEL, F*:" Le droit a la connissance de ses origenes en République Fédérale D´Allenagne*". Revue International de Droit Comparé, 1997.
- GALERA, E.L: "*El origen del adoptado y el derecho a la intimidad de la familia biológica*". Ponencia presentada en las II Jornadas Interdisciplinarias de Adopción, Mendoza, octubre 2004.
- GAMBLE, N: "*Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework*" International Family Law, septiembre 2012.
- GARCÍA ABURUZA, Mª. P: "*La adopción tras el Convenio de Estrasburgo*". Revista Dcotrinal Aranzadi, núm. 11, Parte Estudio, Pamplona, 2013.
- GARCÍA ALBA, J.:"*El proceso de la adopción como parte de los ciclos evolutivos de la familia*", EN "*La Adopción: situación y desafíos en el futuro*". CCS, Madrid 2005.
- GARCÍA ALGUACIL, M, J: "*Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*". Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-Mercantil, núm.3, vol. 2, Pamplona, 3 de junio de 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E: "*El sistema europeo de protección de los derechos humanos*". Civitas, Madrid, 1979.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, D:" *Adopción de embriones humanos en la Ley de reproducción asistida española*". Déreito, núm. 2, vol. 17, 2008.
- GARCÍA POVEDA, C.: "*Las pruebas biológicas en los procesos de filiación. Cómo se soluciona la negativa del sujeto a la práctica de las pruebas de ADN*". NJ Bosch, 2003.
- GARCÍA PRESAS, I.: "*La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*". La Ley, núm. 1, Madrid, Abril 2009.

- GARCÍA RUIZ, Y: "*El origen biológico en la reproducción asistida: nuevas tendencias normativas para una era globa*l". Policy Papers, Centro de Estudios Andaluces. Consejería de la Presidencia. Junta de Andalucía, núm. 9, mayo de 2010.
- GARCÍA VICENTE, J.R:" *Los principios de las acciones de filiación*". Aranzadi, Pamplona, 2004.
- GARCÍA VILLALUENGA L- LINACERO DE LA FUENTE M y OTROS; "*El derecho del Adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*" Universidad Complutense de Madrid. 2006.
- GARRIDO- LESTACHE CABRERA, A: "*Identificación del Recién nacido y el nuevo Código Penal*". III Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 24-26 octubre de 1996.
- GARRIDO-LESTACHE CABRERA, A. "*Sistema de identificación del recién nacid*o". http:// www.Garrido-Lestache.org/?id=4. Consultado el 7 de agosto de 2014.
- GARRIGA GORINA, M. "*La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencia*l". Editorial Aranzadi, Pamplona 2000.
- GARRIGA GORINA, M "*El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero*". Derecho Privado y Constitución, núm. 21, 2007.
- GITTER, D:"*Am I my brother´s keeper? The use of Preimplantation Genetic Diagnosis to create a donor of transplantable stem cells for older sibling suffering from a genetic disorder*". George Mason Law Review, vol. 13, 2006.
- GOLOMBOK, S, MURRAY, C, JADVA, V, LYCETT, E, MACCALLUM, F, RUST, J:" *Non-genetic and non-gestational parenting: consecuences for parent-child retionships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3*". Human Reproduction, núm. 21, 2006.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y: "*El derecho a la reproducción humana*". Marcial Pons, UCM, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M: "*La verdad biológica en la determinación de la filiación*". Dykinson, Madrid, 2013.

- GUERRERO, E. (ed): "*El entretenimiento en la televisión española*", (http://books.google.es/books?id=t8Pzs97qLowC&pg=PA44%dq=%22gustabo+perez+ Puig.
- GÜRTIN, Z.:"*Banning reproductive travel? Turkey´s ART legislation and third party assisted reproduction*". Reproduction Biomedical Online, núm. 23, 2011.
- HAMMOND-BROWNING, N:"*International commercial surrogacy: are artificial wombs the answer*?" Ponencia impartida en la Conferencia Internacional de "*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European Fertility Market*", Universidad de Cantabria, Santander, 19-20 de Noviembre de 2015.
- HERBRAND, C:"*Mitochondrial replacement techniques: The "miracle solution" for women to have healthy biological children*? Ponencia impartida en la Conferencia Internacional de "*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European Fertility Market*", Universidad de Cantabria, Santander, 19-20 de Noviembre de 2015.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: "*La atribución de la maternidad en la gestación contratada*". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, Vitoria, de 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987. En: "*La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana"*. Trivium, Madrid, 1988.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A: "*Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España*? Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre 2014, vol. 6, núm. 2.
- HERRERA, M, LAMM, E: "*Cobertura médica de las técnicas de Reproducción Asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia*". La Ley, Argentina, 2013, Año XXVII, núm. 140.
- HERRERA, M., CARAMELO, G., PICASSO, S: "*Código civil y comercial de la Nación Comentado*". T. II, Infojus, Bs, As, 2015.
- HIERRO HERRERO, J: "*Gestación por sustitución y prestación de maternidad*". Aranzadi Social, núm. 6, 2012.
- HORTAL, A. "*Criterio de valoración moral de las nuevas técnicas de reproducción humana*". EN GAFO, J: "*Dilemas éticos de la medicina actual"*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986.

- HOWE, D y FEAST, J. "*Adoption, search &reunion. The long term experience of adopted adults*". The Children Society, London 2000.
- HUALDE MANSO, T. "*De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada*". Aranzadi Civil-Mercantil núm. 10/2012. Parte Comentario. Editorial Aranzadi SA, Pamplona 2012.

- HUALDE MANSO, T. "*De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada*". Aranzadi Civil-Mercantil núm. 10/2012. Parte Comentario. Editorial Aranzadi SA, Pamplona 2012.

- HUMPHREY, H, HUMPHREY, M (1989). "*Demaged identity and the search for kinship in adult adoptees*". British Journal of Medical Psichology, Pags 301-309.
- IGLESIA MONGE, Mª. I: "*Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonios y de parejas homosexuales femeninas*". Homenaje a al profesor Manuel cuadrado Iglesias. Thomson Civitas, núm. 1, 2008.
- Ilustre Colegio Provincial de Abogados de León. Actualidad. 30 de julio 2014. Consultado el 2 de agosto de 2014.
- *"In Re Baby M"* . Family. Law Reporter (B.N.A), volumen 13, 1987, pág. 2001 y ss./ In re Baby M. 537 a. 2d 1227 (N.J. 1988).
- Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas. Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987.
- Institute for family Policies, Birth in Europe and in Spain: Annual Report (2010).
- JADVA, V, BLAKE, L, CASEY, P, GOLOMBOK, S:"*Surrogacy families 10 years on: relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children understanding of their surrogacy origins*". Human Reproduction, núm. 27-10, 2012.
- JADVA, V, MURRAY, C, LYCETT, E, MACCALLUM, F, GOLOMBOK, S:"*Surrogacy: The experiences of surrogate mothers*". Human Reproduction, núm. 18, 2003.
- JADVA, V: "*The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation comparisons by age of disclosure and family type*". Human Reproducction, núm. 24, vol. 8. 2009, Oxford University Press.

- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. "*La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales*". Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá V. 2012.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A, LAMM, E, HERRERA, M: "*Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional*". La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2013.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "*El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del TEDH de 13 de febrero de 2003 en el caso Odiévre-Francia: en "El derecho de familia ante el S. XXI: aspectos internacionales*". Colex, Madrid, 2004.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E: "*Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actua*l". Revista La Ley. Buenos Aires, 2010, (La Ley 2010E, 977).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A, HERRERA, M, LAMM, E: "*Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*". Revista de Derecho Privado, Argentina, núm. 1, 2012.
- KLEINSORGE, T.E.J:" *Human rights and ethical issues related to surrogacy*". Ponencia impartida EN la Conferencia Internacional "*Reproductive rights, new reproductictive technologies and the European fertility market*". Universidad de Cantabria, Santander, 19 y 20 de noviembre de 2015.
- KNOWLES, G: "*Parental Orders in Cases of International Surrogacy: Practical Considerations*". http://www.familylawweek.co.uK/site.aspx?i=ed97868. Consultado el 26 de septiembre de 2013.
- KRASNOW, A.:"*El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo*". La Ley, Ed. Argentina, 2007.
- KOWAL, K.A, SCHILLING, K, M (1985): "*Adoption throung the eyes of adult adoptees*" American Journal of Orthopsychiatry, pags 334-362.
- KRAMER, W:"*Donor conception and ethical practice: Six things you might not know*". Ponencia impartida en la Conferencia Internacional "*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European fertility market*". Universidad de Cantabria. Santander, 19 y 20 de noviembre de 2015.

- LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.) "*Elementos de Derecho Civil*". Tomo IV. Familia. Dykinson. 2008.
- LACRUZ BERDEJO, J. L: "*La Constitución y los hijos artificiales*". Actualidad Civil, 1987.
- LAFFERRIERE, J, N: "*Sentencia en Alemania reconoce el derecho a conocer la identidad del donante de gametos*" Centro de Bioética. Persona y Familia.
- LALOS, A, DANIELS, K, GOTTLIEB, C, LALOS, O: "*Recruitment and motivation of semen providers in Sweden*". Human Reproduction, núm. 1, vol. 18, 2003.
- LAMM, E. "*El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*". Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Civil. Programa "El derecho en una sociedad globalizada". Bienio 2006-2008. Barcelona. Octubre 2008.
- LAMM, E: "*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*". Colección de Bioética. Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona. Observatoti de Bioetica i Dret., 2013.
- LAMM, E: "*La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*". Revista de Bioética y Derecho, núm. 24, 2012.
- LAMM, E: Conferencia "*Gestación por sustitución: Realidad y legalidad en España y el mundo*". Departamento de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca. 17 de febrero de 2015. http://gestacionsustituta.es/conferencia-sobre-gestación-por-sustitución/.
- LAMM, E:"*Gestación por sustitución: Realidad y Derecho*". InDret Revista para el Análisis del Derecho. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina. Barcelona. 2012.
- Le Droit de Savoir d´on Je Viens: "*Problematique de l`accouchement sous X, Institut Européen de Bioéthique"*. agosto 2007: http:// www.ieb.org/fr/document/accouchement-sous-x-30.html.
- LEDESMA DEL BUSTO, J.: "*La mediación familiar en la búsqueda de los orígenes"*. MM, Mundo Mediación, Expertos en Mediación Familiar, Revista Digital, núm.7, 2012.

- LINACERO DE LA FUENTE, M:" *Introducción al Derecho Civil*". Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- LLEDÓ YAGÜE, F. "*El alquiler de úteros y el problemas de las madres sustitutas o por encargo*" en *Congreso Mundial Vasco; La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana"*. Ponencias y comunicaciones, Vitoria-Gasteiz, 1987, Madrid. 1988.
- LLEDÓ YAGÜE, F. "*Fecundación artificial y derecho*". Tecnos, Madrid, 1988.
- LLEDO YAGÜE F, OCHOA MARIETA, C, MONJE BALSAMEDA, O: "*Comentarios científicos a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida"*,Dykinson, Madrid, 2007.
- LLIEVA, A: "*Several law problems of the procedures for reproductive health concerning legislation of Republic of Bulgaria*". Ponencia impartida en la Conferencia Internacional sobre "*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European fertility market*". Universidad de Cantabria, Santander 19-20 de noviembre de 2015.
- LÓPEZ GÁLVEZ, J.J., MORENO GARCÍA, J.M:" ¿"*Industria de la fertilidad" o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?* EN "*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*". Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015.
- LORENTE LÓPEZ, M.C:" *La prueba genética y los derechos fundamentales de la persona en los procesos civiles de filiación, paternidad y maternidad"*. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- MACCALLUM, F., LYCETT, E., MURRAY, C., JADVA, V., GOLOMBOK, S: "*Surrogacy: the experience of Commisioning Couples*". Human Reproduction, núm. 18,2003.
- MACCLLUM, F, GOLOMBOK, S:" *Embryo donativo families: mothers´s decisions regarding disclosure of donor conception*". Human Reproduction, 2007, núm. 22.
- MAGALDI MENDAÑA, N. "*Derecho a saber, filiación biológica y Administraciones Públicas*". Marcial Pons, Madrid, 2004.
- MARRONE, C:"*Fecondazione, cade divieto eterologa "legge 40 inconstituzionale*". Corriere della Sera, Salute, publicado el 9 de abril de 2014.

http://www.corriere.it/salute/14_aprile_09/fecondazione-cade-divieto-eterologa-ad4c122c-bfd2-11e3-a6b2-109f6a781e55.shtml

- MARTÍN BERNAL, J. M: "*Identificación del nacido. Historia y estado actual*". Colex, 1994.
- MARTÍN GARCÍA, M.L., "Inscripción en el Registro Civil de la Adopción Internacional: la protección de la intimidad personal a través del Registro Civil. Breve reflexión en torno al derecho del adoptado a conocer sus orígenes". Revista de Derecho Privado, núm. 94, 2010.
- MARTÍN MORA, P: "*El reconocimiento de un hijo*". En Sociedad, Escritura Pública, pág. 66.
- MASSAGER, N: "*Gestación pour autrui"*, en HOTTOIS, G. & MISSA, J.N (Eds.) Nouvelle encyclopédie de bioéthique, de Boeck Université, Bruxelles, 2001.
- MATORRAS, R, HERNÁNDEZ, J:"*Estudio y tratamiento de la pareja estéril: recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad*". Adalia, Madrid, 2007.
- MAYOR DEL HOYO, Mª. V: "*Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)"*. ADC, 1998.
- MCGEE, G, VAUGHAN BRAKMAN, S, GURMANKIN, A.D: "*Gamete donation and anonymity. Disclosure to children conceived with donor gametes should not be optional*". Human Reproduction, 2001, núm. 16.
- MCWHINNIE, A.M: "*A study of parenting of IVF and ID children*". Med. Law, 1995, núm. 14.
- MELÉNDEZ GARCÍA S, E: "*El reconocimiento al derecho a la identidad*". http://www.monografias.com/trabajos97/reconocimiento-al-derecho-identidad.
- MÉNDEZ BAIGES, V. Y SILVEIRA GORSKI, H, C: "*Bioética y derecho*". Editorial UOC, Barcelona, 2007.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A: "*El tratamiento de la adopción internacional en la Conevnción de los Derechos del Niño y el Derecho español*". La Ley, derecho de Familia, noviembre 2014.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M: "*El derecho al respeto de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*". Jurisprudencia del TEDH. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, Madrid, 1993.

- MORENO MARTÍNEZ, J.A: "*Cometario a la sentencia del TS de 5 de junio de 1997*". CCJC, núm. 45, 1997.
- MORGENSTERN KATZ, D: "*Why more and more infertile women are turning to others to bear their babies*". Parenting Magazine, enero 2002.
- MORO ALMARAZ, M.J. "*Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro*"". Bosch. Barcelona.1998.
- MORO ALMARAZ, M.J:" *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero*". CCJC, núm. 34, 1994.
- MULLIGAN, A:" *Gamete donation across international borders: The challenge of ensuring donor contact in Europe*". Ponencia impartida en la Conferencia Internacional "*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European fertility market*". Universidad de Cantabria. Santander, 19 y 20 de noviembre de 2015.
- MURRAY RYBURN: "*Whose Best Interest*? *Post Adoption Contact with the birth Family*", 10 Child & Fam. L.Q 60 (1998)
- MURRAY, C, GOLOMBOK, S:" *To tell or nor to tell:The decision-making process of egg-donation parents*". Human Reproductive Fert, 2003, núm. 6.
- NOYES, N:"*Over 900 oocyte cryopreservation babies born with no apparent increase in congenital anomalies*". Reproduction Biomedical Online, núm. 18, Junio 2009.
- NUÑEZ DE CASTRO, I:"*Respecto a la vida humana y a su integridad personal*". IV Congreso Nacional de Reales Academias de Mecidina, Murcia, mayo 1985.
- OKTAY, K:"*Efficiency of oocyte cryopresservation: a meta-analysis*". Fertil Steril, núm. 86, Julio 2006.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: "*La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 sobre filiación, desde una perspectiva procesal*". PJ, núm. 36, 1994.
- OLARTE ENCABO, S: "*La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿La antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (Social) de 13 de mayo de 2014*". Revista de Derecho de la Seguridad Social. LABORUM, núm. 2, 2014.
- ORDÁS ALONSO, M:"*El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida*". Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

- ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, C.: "*Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial*". La Ley, núm. 2, 1995. ORTIZ, J, RODRÍGUEZ-MIGUÉLEZ, J: "*Identificación y custodia del recién nacido*". Asociación Española de Pediatría, 2008.
- OSES, R: "*Crioconservación de semen. Aspectos clínicos*". http:// www.cryo-bank.com.ar/doc-crio.htm) Boletín informativo de la Sociedad Argentina de Andrología, vol. 6, núm. 3.
- OSWALD, P: "*La lucha de Audrey por acabar con el anonimato de los donantes de esperma*". Aleteia, Ciencia y Medio Ambiente, 2015.
- OVERALL, C:"*Why have children? The ethical debate*". The Mit Press, febrero 2012.
- PACHECO, F EME, R (1993). "*An outcome study of the reunion between adoptees and biological parents"*. Child Welfare League of America LXXII.
- PALACIOS ALONSO, M: "*Ley sobre técnicas de reproducción asistida 35/88): de 1988 a 2005*". En Aranguren Sanchez y Romeo Casabona. Estudios jurídicos-penales sobre genética y biomedicina. Dykinson, enero 2005.
- PANTALEÓN PRIETO, F. "*Procreación artificial y responsabilidad civi*l". II Congreso Mundial Vasco, Vitoria 1987, sobre "*filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*". Trivium, Madrid, 1988.
- PANTALEÓN PRIETO, F. "*Procreación artificial y responsabilidad civil*". Ponencia al II Congreso Mundial Vasco, Vitoria 28 de septiembre – 2 de octubre de 1987 "Filiación a finales del siglo XX"." Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana". Editorial Trivium. Madrid. 1988.
- PANTALEÓN PRIETO, F: "*Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución*". Revista de Estudios Constitucionales, núm. 15, 1993.
- PAUL, M.S, BERGER, R: "*Topic avoidance and family functioning in families conceived with donor insemination*". Human Reproduction, 2007, núm. 22.
- PENNINGS, G: "*Treinta años de técnicas de reproducción asistida*". Cuadernos de la Fundacio Victor Grífols i Lucas, núm. 35, 2015.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: "D*erecho de Familia"*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones, Madrid, 1989.
- PÉREZ MARTÍN, A. J:" *Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*". Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, 1998.
- PÉREZ MONGE, M. "*Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad*". RDP, julio-agosto, 2010.
- PÉREZ MONJE, M. "*La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*". Centro de Estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. 2002.
- PETERSEN, K: "*The right of donor-conceived children to know the identity of their donor*". Globalization and Health, Springerlink, Netherlands, 2006.
- PINTO ANDRADE, C. "*El derecho del adoptado a conocer su filiación de origen*". http:/www. Porticolegal.com/pa-artículo.php?ref=272.
- PRETORIUS, D: "*Practical aspects of surrogate motherhood*". De Jure, 24, 1991, págs. 59-61. "*Surrogate motherhood*: A detailed commentary on the draft bill" De Rebus, 114, 1996.
- "*Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010*". Diario La Ley, núm. 7621, 2011.
- PURDY, L.M: "*Another look at contract pregnancy*". En HOLMES, H.B (Ed.) *Issues in reproductive technology: An anthology*" Garland Publishing, New York & London. 1992.
- QUESADA GONZÁLEZ, Mª. C: "*El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico*". Anuario de Derecho Civil, Vol. 47, núm. 2, 1994.
- QUESADA GONZÁLEZ, Mª, C.: "La prueba de ADN en los procesos de filiación". Anuario de Derecho Civil, II, 2005.
- QUICIOS MOLINA, S:"*Determinación e impugnación de la filiación*". Cuadernos Aranzadi Civil- Mercantil, 2014.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A: "*Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada (en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009)*". lnDret, Barcelona, 2009. (www.indret.com).
- REBOLLO DELGADO, L: "*Constitución y técnicas de reproducción asistida*". Boletín de la Facultad de Derecho UNED, núm. 16, 2000.

- REVA SIEGEL, "*Abortion as a Sex Equality Right: It,s Basis in Feminist Theory, in Mothers Law: Feminist Theory and a Legal Regulations of Motherhood"*. MARTHA FINEMAN & ISABEL KARPIN (eds.), 1995.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*De nuevo sobre el derecho a conocer el origen propio. Asunto Odiévre (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 2003)*". Actualidad Civil, núm. 24, Sección Doctrina, Ref. XXXVI, tomo 2, La Ley 1018/2003.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odiévre (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 2003").* Actualidad Civil, núm. 24, Sección Doctrina, Ref. XXXVI, tomo 2, 2003, La Ley 1018/2003.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico de la STS 116/1999, de 17 de junio al Affaire Odiévre*". Familia. IV. Fasc. 2. 2004.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida*". Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. "*Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en nuestro ordenamiento*".
- RIVERO HERNÁNDEZ, F: "*De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odiévre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 2003").* La Ley, Actualidad Civil, núm. 24, Tomo 2, Sección Doctrina, junio de 2003, XXXVI.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F: "*La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico*". Revista Jurídica de Cataluña, vol. 13, núm. 1, 2004.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F: "*La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificia*l". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, Vitoria, entre el 28 de septiembre y 2 de octubre de 1987. En: "*La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*". Trivium, Vitoria-Madrid, 1988.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F: "*Los reconocimientos de complacencia*". A.D.C. 2005.

- ROCA TRÍAS, E: "*Filiación asistida y protección de derechos fundamentales*". derecho y salud, vol. 7, 1999.
- ROCA TRÍAS, E: "*La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*", en *Congreso Mundial Vasco; La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana"*. Ponencias y comunicaciones, Vitoria-Gasteiz, 1987, Madrid. 1988.
- RODRÍGUEZ VEGA, L. "*Los límites del derecho a conocer la propia identidad*". Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Nº 4/2003 parte Estudio. Editorial Aranzadi. Pamplona 2003.
- ROMERO COLOMA, A.M. "*Identidad genética frente a intimidad*". Diario La Ley, Nº 7199, Sección Tribuna, 18, jun. 2009, Año XXX, Ref. D-221, (La Ley 12347/2009).
- ROMERO COLOMA, A.M. "*La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos*". Actualidad Jurídica Aranzadi. Nº 789/2009, Sección Opinión, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- ROMERO COLOMA, A.M: "*Reproducción asistida e identidad genétic*a". Revista Legaltoday.com/ artículos de opinión, 23 de abril de 2012,
- ROQUETA SUREDA, A. "*Valoración en intervención psicopedagógica en casos de niños adoptados*". Familia y Adopción.com.pdf. 2008.
- ROUDENISCO, E. "*La familia en desorden*". Editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.
- RUBIDO DE LA TORRE, C: "*La investigación de la paternidad en el derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa*". RGD, 1995.
- RUIZ MORENO, J. M:"*El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad*". La Ley, Madrid, 2000.
- RUIZ SÁENZ, A: "*El anonimato del donante en los supuestos de técnicas de reproducción asistida*". Extraordinario XXII Congreso, Comunicaciones, vol. 23, 2013.
- RUIZ SÁNCHEZ, A: "*El anonimato del donante en los supuestos de reproducción asistida*". Derecho y Salud, núm. 23, Extraordinario XXII Congreso, 2013
- SACHDEV, P. (1992): "Adoption and reunión after: A study of the search process and experience of adoptees". Child Welfare League of America, LXVI.

- SALVADOR GUTIÉRREZ, S: "*Derecho a la Identidad*". La Ley, Actualidad Civil, Sección Doctrina, LXXI, tomo núm. 4, La Ley 2350/2001.
- SAMA: "*The mapping of Assisted Reproductive Technologies in India*", 2011.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Mª. O: "*La incidencia de la reproducción humana asistida en el ámbito familiar y los derechos de sus integrantes*", EN "*Problemas actuales de derecho y salud. Perspectivas desde España y Latinoamérica*". Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida, Comares, 2014.
- SANZ DÍAZ, M.C, ESPINAL RAMÓN, M.I, DOMÍNGUEZ LUNA, A, FERNÁNDEZ MUÑOZ, S, CARDESA SABIO, F, HERNÁNDEZ PRIETO, M: "*La identificación del recién nacido: asignatura pendiente*". Matronas Profesión, 2012. Original-identificación-vol13-3-4-pdf.
- SHALEV C: "Israel", en MONEGER, F. (Dir.) "*Gestación por autrui: Surrogate Motherhood*". Societé de Legislación Compareé, París, 2011. SHENFIELD, F,. DE MOUZON, J., PENNINGS, G., FERRERETTI, A.P., GOOSSENS, V: "*ESHRE´s good practice guide for cross-border care for centers and practitioners*" Human Reproduction, 2011, vol. 26, iss,7.
- SHENFIELD, F, DE MOUZON, J., PENNINGS, G., FERRERETTI, A.P., NYBOE ANDERSEN, A., DE WERT, G., GOOSSENS, V.: "*Cross border reproductive care in six countries*". Human Reproduction, 2010, vol. 25, núm. 6.
- SIX, J.F.: "Dinámica de la mediación". Ed. Paidós, Barcelona, 1997.
- SOLER BELTRÁN, A.C. "*La cuestión del anonimato del donante de gametos*". Noticias Jurídicas. Mayo 2002.
- SOLER BELTRÁN, A.C: "*La cuestión del anonimato del donante de gameto (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida).* Artículos Doctrinales: Derecho Civil, 2002, SONIA-HARRIS-SHORT, "*Making and Breaking Family Life:Adoption, the State and Human Rights*", 35 J.L.& Soc,y 28 (2008)18.
- SOTO LAMADRID, M, A. "*Biogenética, filiación y delito*". Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990.
- SOUTO GALVÁN, B: "*Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del bioderecho*". (pdf) Foro. Nueva Época, núm. 1/2005: 275-292. ISSN: 1698-5583.

- SOUTO PAZ, J, A: "*Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el Derecho comparado*". Editorial Marcial Pons., 2ª. Edición, Madrid, 2003.
- SOUTO PAZ, J.A:" *El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida*", En "*Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de las reformas*". Dialnet plus, 2006.
- STEVEN, J, DEVROEY, P, BANKER, M, BRINSDEN, P, BUSTER, J, FIADJOE, M, HORTON, M, NYGREN, K, HIRSHIKESH, P, LE ROUX, P, SULLIVAN, E: International Federation of Fertility Societies Surveillance 2013.
- STEVEN, J, DEVROEY, P, BANKER, M, BRINSDEN, P, BUSTER, J, FIADJOE, M, HORTON, M, NYGREN, K, HIRSHIKESH, P, LE ROUX, P, SULLIVAN, E: "*Regional and global trends in fertility prevalence since 1990: A systematic Analysis of 277*". Helathr Surveys PLoS Med, núm. 9, 2012.
- STILERMAN, M.N: "*Maternidad subrogada. Comentario al caso N.N o DGMB s/. s/inscripción de nacimiento. 28 de agosto de 2013. Cita online: MJ-JU-M- 79552-AR/ MJJ79552.*
- STOLL, J: "*Swedish donor offspring and their legal right to information*". Sweden Universitetstryckeriet, Uppsala, 2008.
- STORROW, R.F.: "Quests for conception:Fertility Tourist, globalization and feminist legal theory" Hastings Law Journal, 2006, vol. 57.
- TAMAYO HAYA, S. "*El principio de igualdad en las relaciones jurídico familiares. Mujer y Derecho de Familia. Luces y sombras en el camino hacia la igualdad*". Cursos de Doctorado, Universidad de Cantabria, Noviembre 2010- Abril 2011.
- TAMAYO HAYA, S: "*La cuestión de la pluriparentalidad: de la lógica sustitutiva a la lógica adicional*". Ponencia presentada al XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, Mar de Plata, octubre 2012.
- TAMAYO HAYA, S:" *Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas*". Revista Digital, Facultad de Derecho. 2013, núm. 6. ISSN 1989-6085.
- TAMAYO HAYA, S: "*Problemática jurídica de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida en el seno de las parejas del mismo sexo*", en

"*Nuevos retos de la paternidad y maternidad en el siglo XXI*". Comares, 2015, (en prensa).

- THÉRY, I:" *El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento*". Revista de Antropología Social, núm. 18, 2009.
- TROKONAS T:" *The Cypriot Law 69 (I) 2015 on application of medically assisted reproduction: A blend of the old and the new*". Ponencia impartida EN la Conferencia Internacional "Reproductive rights, new reproductive technologies and the European fertility market". Universidad de Cantabria, Santander, 19 y 20 de noviembre de 2015.
- TURNER SAELZER, S., MOLINA PEZOA, M, MOMBERG URIBE, R: "*Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo*". Revista de Derecho, Vol. 6, 2000.
- TURNER, A.J. COYLE, A: "*What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counseling and therapy*". Human Reproduction, núm. 15, 2000.
- VAN BUEREN, G.: "*Children,s Access to adoption Records- State Discretion or an Enforceable International Right*?, 58 Mod. L. Rev. 37 (1995).
- VAN DEN AKKER, O, B, A: "*Psychosocial aspects of surrogate motherhood*". Human Reproduction Update, vol. 13, núm. 1.
- VAN DEN AKKER, O, B, A:"*The importance of a genetic link in mother commissioning a surrogate baby in the UK*". Humen Reproduction, núm. 15, 2000.
- VAN DEN AKKER, O.B.A.: "*Genetic and gestacional surrogate mothers experience of surrogacy*". Journal of Reproductive and Infant Psychology, 2003, Vol. 21, núm.2.
- VAN NIEKERK, A., VAN ZYL, L.: "*The ethics of surrogacy: women`s reproductive labour*". Journal of Medical Ethics, núm.21, 1995.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E: "*El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar*": en "*Nuevos retos de la maternidad y maternidad en el Siglo XXI*", Comares, 2015 (en prensa).
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R, en "*Reflexiones sobre el Derecho de Familia*". Teorder, núm. 2. 2007.

- VELA SÁNCHEZ, A .J. "*Gestación por sustitución o maternidad subrogada: El deseo a recurrir a las madres de alquiler*". Diario La Ley, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, Año XXXII.
- VELA SÁNCHEZ, A J. "*El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos*". Diario de La Ley Nº 7526, Sección Doctrina, 13 de diciembre 2010, Año XXXI, Ref. D-376.
- VELA SÁNCHEZ, A, J: "*Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España*". Diario La Ley, núm. 8457, Sección Doctrina, 13 de enero de 2015, Año XXXVI.
- VERDA y BEHAMONTE, J.R:" "*Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italianas sobre reproducción asistida*)". Diario La Ley, enero 2005, pág. 5;
- VERLINSKY, Y, RECHITSKY, S, VERLINSKY, O*:"Preimplantation diagnosis for Fanconi anemia combined with HLA matching*". JAMA, núm. 285, 2001.
- VIDAL MARTÍNEZ, J.: "*Las nuevas formas de reproducción humana*", Editorial Civitas, Madrid, 1988.
- VIDAL MARTÍNEZ, J.: "*La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español*" en "Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida". Comares, Granada, 1988.
- VIDAL MARTÍNEZ, J, BENÍTEZ ORTUZAR, J, VEGA GUTIÉRREZ, A. M: "*Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*". Comares, Granada, 1998.
- VIDAL PRADO, C. "*El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)*". Revista Jurídica de Navarra, núm. 22, 1996.
- VILA TORRES, E., "*Bastardos*" editorial Arcopress, 2010.
- VILA TORRES, E., BERASTEGUI, A., y LEDESMA DEL BUSTO, J: "*Mediación familiar en la búsqueda de orígenes. El encuentro con mi espejo biológico*". Ed. Grupo 5, Madrid, 2012.
- WERRO, F:" *Quelques aspects juridiques de l´adopcion*".RDC, 1994.
- ZANNONI, E: "*Adopción plena y derecho a la identidad personal. La "verdad biológica": ¿nuevo paradigma en el derecho de familia*? LL, 1998-C.
- ZEGERS-HOCHSCHILD, F:"*The international Committee for Monotoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization*

(WHO)". Revised Glossary on ART Terminology, Human Reproduction, núm. 24, 2009.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

- "*II Congreso Mundial Vasco; La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana"*, celebrada en Vitoria-Gasteiz, el 2 de octubre de 1987". Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. Trivium, Vitoria-Madrid, 1988:http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1988-
- ¿*A quién me parezco*?, Aceprensa, 13 de abril de 1994. http://www.aceprensa.com/articles/print/id/6760/.
- httm://bufetevila.com./especialidad/especialidad.htt.
- http://www.elmundo.es/internacional/2014/08/11/53e8555f22601d1f7a8b456c.html
- http://16revolucionsexual.blogspot.com.es/2009/04/6-la-segunda-revolucion-sexual-html.
- http://aplikace.msmt.cz/PDF/JJHumanstemcells.pdf.
- http://biblio.juridica.unam.mx/libros/6/2570/7.pdf.
- http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/12/11/andalucia/1386779843_207173.html.
- http://cienciaysalud.laverdad.es/1_1_24.html
- http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/02/el-tedh-exige-tener-en-cuenta-el.html
- http://dk-es.cryosinternational.com/búsqueda-de-donantes/?donor-search-race=0&donor-search-haircolor=0&donor-search-eyecolor=0
- http://elpais.com/diario/1998/07/16/sociedad/900540003_850215.html.
- http://fundacionjosepcarreras.blogspot.com.es/2012/06/abc-de-los-lunes-t-de-tipaje-hla.html
- http://gestacionsustituta.es/conferencia-sobre-gestacion-por-sustitución/.
- http://guide.hfea.gov.uk/pgd/. Consultada el 12 de junio de 2015.
- http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/11/actualidad/1423683981_519760.html
- http://news.doccheck.com/es/681/el-caso-del-donante-marea-baja-en-el-banco-de-semen/.

- http://nuevo.sefertilidad.com/socios/consentimientos-informados.php.
- http://shangay.com/la-historia-de-la-pareja-gay-atrapada-en-tailandia.
- http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/
- http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/p/quienes-somos.html
- http://static.diariomedico.com/docs/2015/07/13/proyectodedonantes-30-de-junio-2015.pdf.
- http://www reprogyn.com.mx/estatic/tratamientos.php;
- http://www,elmundo.es/internacional/2014/08/02/53dd0a8f.268e3e7e63864573.html.
- http://www.20minutos.es/noticia/2190616/0/primer-bebe-probeta-espana/victoria-anna/cumple-30-anos/
- http://www.abc.es/20120409/sociedad/abci-donante-esperma-hijos-201204091314.html
- http://www.abdn.ac.uk/law/surrogacy/.
- http://www.andaluciainvestiga.com/espanol/cienciaAnimada/sites/dna/dna.swf
- http://www.antena3.com/noticias/mundo/ocho-parejas-atrapadas-tailandia-escandalo-vientres-alquiler_2014082100038.html
- http://www.bebesymas.com/fertilidad/los-hombres-que-quieran-ser-madre-podran-gracias-a-un-trasplante-utero-dice-un-experto-cirujano.
- http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/human/law- 3089-en.pdf.
- http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI2&PIECE=IWI2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=2-2&QUERY=(I).ACIN1.+%26+(150).SINI.
- http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI2&PIECE=IWI2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=2-2&QUERY=(I).ACIN1.+%26+(150).SINI.
- http://www.csjn.gov.ar/dbei/iinews/Sentencias/alFiliaciónInseminaciónHeterologa.html.
- http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/pdf3/I-32-2006/downloadFile/file/L-32-2006.pdf?nocache=1181836752.65.

- http://www.donor-siblingregistry.com
- http://www.donor-siblingregistry.com
- http://www.eldiariomontanes.es/cantabria/201505/11/valdecilla-refuerza-sistema-identificacion-20150511000959-v.html.
- http://www.elmundo.es/elmundo/2009/03/31/espana/1238508455.html.
- http://www.elpais.com.uy/mundo/pareja-abandona-bebe-sindrome-down.html.
- http://www.eshre.eu/ESHRE/English/Guidelines-legal/Legal-documentation/Bulgaria/Donor-anonymity/page.aspx/573.
- http://www.europa-press.es/salud-bienestar/noticia-infertilidad-afecta-15-parejas-edad-reproductiva-reprsenta-en-enfermedad-20120516135107.html.
- http://www.europarl.europa.eu/transl_es/plataforma/pagina/maletin/colecc/actual/genetica/convenio.htm
- http://www.fivrecoletos.com/servicios/parejas-de-mujeres/
- http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=178.
- http://www.hcch.net/index-es.php?act=text.display&tid=178.
- http://www.Huffingtonpost.es/1014/08/11/pareja-australiana-gammy-n-5667132.html.
- http://www.humaniun.org/es/derecho-identidad. Humaniun, Ayuda a los Niños.
- http://www.investigadoresy profesionales.org/drupal/content/el-tribunal-supremo-alem%C3%A 1 n-otorga-los-ni%C3%B1 os-procedentes-de-donacio%C3%B3n-de-esperma-el-derecho-co.
- http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/hinmaculada/web/servicios/tcg/documentos/consentimientos%20informados/OBSTETRICIA/Muestra%20sangre%20RN.pdf
- http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/nacieron-eeuu-150-hijos-mismo-donante-esperma.
- http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte=JORFTEXT00000044169&dateTexte=
- http://www.lne.es/asturias/2013/08/25/atrapada-india-bebes/1460083.html
- http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427063522?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content .Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DBalance_del_Servicio_de_Informacion_a_afectados_por_la_posible_sustraccion_de_recien_nacidos.PDF

- http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/ENSSR.pdf. Págs. 111-114.
- http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/ENSSR.pdf, págs. 111-114.
- http://www.nataliegambleassociates.com.Uk/blog/2011/07/12/court-awards-parenthood-t-deceased-father-in-surrogacy-case.
- http://www.ninrial.com.uy/de-interes/legislacion/leyes/ley-no-19167/
- http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2015/07/surrogate-motherhood-PPe-2015.pdf.
- http://www.regieringe.no/upload/kilde/hod/red/2005/0081/ddd/pdf/242718-biotechnology_act_master.pdf.
- http://www.reprogyn.com.mx/estatic/nota7.php.
- http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/recomendaciones/congelacionEmbrionaria.pdf.
- http://www.smer.se/Bazment/266.aspx.
- http://www.subrogalia.com/es/gaceta/gaceta_noviembre1_2014.pdf.
- http://www.subrogalia.com/es/países-programas-paises-php.
- http://www.thespermbankofca.org/content/identity-release-program.
- http://www.un.org/es/documents/udhr/
- http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf.
- http://www.varta.org.au/what-can-find-out-about-my-donations.
- http://www.vientredealquilerespaña.es/Tailandia-prohibe-la-gestación-por-sustitución-a-los-extranjeros/html.
- http://www.vientredealquilerespaña.es/vietnam-legaliza-la-gestacion-sustituta/
- http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology/en/.
- https://afavor.wordpress.com/2009/12/14/resolucion-1607-20081-de-la-asamblea-parlamentaria-del-consejo-de-europa/
- https://registrosef.wordpress.com/2014/06/25/datos-registro-sef-2012/
- https://registrosef.wordpress.com/2014/06/25/datos-registro-sef-2012/

- ADFTecnoGen, "*Fundamentos técnicos de las pruebas de ADN*". http://www.adftecnogen.es/informacion/fundamentos-tecnicos.

- "*what is a sperm bank*?" http://www.cryosinternacional.com/franchise/what-is-a-sperm-bank.aspx

- VALERIO, M: "*Tu padre es un donante de semen*". http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/07/07/mujer/121545537.html.
- U.N. Committee on the Rights of the Child. Concluding Observations on France para.4 3, U.N.doc CRC/C/FRA/CO/ (june 22, 2009).
- UDA. Fertility Consulting. www.vientredealquiler.com/index.php/glosario/606-madres-de-alquiler-iel-fin-justifica-los-medios.
- TORO, J:"*Realizan el primer trasplante de útero en china*". América Economía, Clubster Salud, Ti/innovación, publicado el 26 de noviembre de 2015. http://clustersalud.americaeconomia.com/realizan-el-primer-trasplante-de-utero-humano-en-china/
- ORDAZ, P: "*La fecundación con donante externo se abre paso en Italia*". El País, 9 de abril de 2014. http://www//sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/09/actualidad/1397074176-144729.html.
- ROJAS SÁNCHEZ, G .A: "*Aspectos Psicológicos de la adopción. Padres e hijos*". http://www.quiensabedonde.es/es/aspectos-psicológicos-de-la-adopción
- RINCÓN R:" El Supremo ve "frívola" la demanda de paternidad contra Juan Carlos I". El País. Publicado el 9 de abril de 2015. http://politica.elpais.com/politica/2015/04/09/actualidad/1428578974_886700.html.
- PLAZA, J. A: "*Sanidad retoma el registro nacional de gametos y preembriones*". Genyca, publicado el 14 de julio de 2015. http://www.genyca.es/sanidad-retoma-el-registro-nacional-de-gametos-y-preembriones/
- PRATS, J: "*Donar esperma no es ser padre (de momento)"*. El País, Archivo, 22 de noviembre de 2012. http://elpais.com/diario/2010/11/22/sociedad/1290380401_850215.html.
- Programa de Seguridad del Paciente en la Región de Murcia. http://www.murciasalud.es/pagina.php?id=183163&idsec=4974.
- CASTILLEJO, M. J: "*Los adoptados necesitamos conocer nuestra historia, sin huecos en blanco"* http://www.diariodenavarra.es/20090602/navarra/los-adoptadosnecesitamosconocer nuestra historia sin huecos blanco html?not=200906020152597. Publicado 2 de junio de 2009. Consultado el 13 de octubre de 2013.

- LÓPEZ, M: "*Soy adoptado. La importancia de conocer los orígenes*" http:/sanarte.cl.2009/07/%E2%/80%9Csoy-adoptado%E2%80%9D-laimportanciadeconocerlosorigenes. 13 de julio de 2009. Consultado 19 de marzo de 2012.
- CAMPOS, C: "Las madres que renuncien a sus hijos en Madrid permanecerán en el anonimato". RTVE, publicado el 24 de noviembre de 2008. http://www.rtve.es/noticias/20081124/madres-renuncien-hijos-madrid-permaneceran-anonimato/198215.shtml. Consultado el 15 de febrero de 2014.
- LAURENSEN, J:"*El hombre que engendró 98 hijos "por altruismo*"". BBC. Mundo. Publicado el 21 de marzo de 2014." http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/03/140320_curiosidades_ed_houben_inseminador_mxa
- BASTIDA, A: "*los hombres que quieran ser madre podrán gracias a un trasplante de útero*". Bebés y más, publicado el día 2 de julio de 2015. http://www.bebesymas.com/fertilidad/los-hombres-que-quieran-ser-madre-podran-gracias-a-un-trasplante-utero-dice-un-experto-cirujano.
- AZCONA, D. "*Por qué yo*? Batía: Orientación Educativa Familiar. http://www.batia.es/por-que-yo-por-david-azcona/. Consultado el 14 de octubre de 2013.
- ESHRE. http://www.eshre.es.
- Europa Press: "*El Constitucional rechaza la demanda de paternidad de Solá contra el rey Juan Carlos*". Publicado el 15 de mayo de 2015. http://www.publico.es/politica/constitucional-rechaza-demanda-paternidad-sola.html.
- "*Francia pretende levantar el anonimato de los donantes de semen*". InvitroTV.com. Actualidad. Publicado el 28 de octubre de 2010. http://www.invitrotv.com/noticia/1514/francia-pretende-levantar-el-anonimato-de-los-donantes-de-semen.
- CRIADO, A: "*La huella dactilar es tres veces más fiable que la del pie para identificar bebés*". http://elpais.com/diario/1999/06/19/madrid/929791464_850215.html.
- FALATURI, P: "*El caso del donante: ¿Marea baja en el banco de semen*? Doccheck News. Publicado el 5 de junio de 2013.

http://news.doccheck.com/es/681/el-caso-del-donante-marea-baja-en-el-banco-de-semen.

- GUIMÓN, P, PRATS, J: "*Reino Unido da luz verde al primer bebé con tres padres genéticos*", El País, publicado el 3 de febrero de 2015. http://elpais.com/elpais/2015/02/03/ciencia/1422963738_504035/html.
- Iniciativa de Ley Popular de Regulación de la Gestación por Sustitución. Texto íntegro en http:// www.gestaciónsubrogadaenespaña.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp.
- IRIBERRI, A: "*Poner nombre y apellidos a "la cigüeña" donante*". Artículo publicado en el Diario El Mundo.es. Salud., en fecha 29 de abril de 2013. http://www.elmundo.es/accesible/elmundosalud/2013/04/26/noticias/1366986432.html.
- JOHNSON, L, BOURNE, K, HAMMARBERG, K: "*Donor conception legislation in Victoria, Australia: the "time to tell" campaign, donor-linking and implications for clinical practice*". 19J LM, 2012, http://www.abc.net.au/austory/specials/howimetyourfather/donconceptionlegislationvic.pdf
- JIMÉNEZ CANO, R:"*Facebook y Apple ofrecen congelar los óvulos a sus empleadas*". El País, Tecnología, publicado el 15 de octubre de 2015. http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/10/15/actualidad/1413333970_087854.html.
- LÜTTICKE, M, PAPALEO, C:" "*Hijos de donantes de esperma exigen respuestas*". DW. Mide Forninds, Actualidad Política. http://www.dw.com/es/hijos-de-donantes-de-esperma-exigen-respuestas/A-16584888.
- OPPENHEIMER, W. "*El Reino Unido permite conocer al donante*". Diario El País. 17 de marzo de 2008. http://elpais.com/diario/2008/03/17/sociedad/1205708401_850215.html.
- Sperm Bank of California. http://www.thespermbankofca.org/content/identity-release-program
- The Telegraph. "*Three-parent families may be as good as two, judge rules*". http://www.telegraph.co.uk/family/9143327/Three-parent-families-may-be-as-good-as-two-judges-rule.html.

- "*Quiénes recurren a un banco de esperma para poder tener un hijo* ». http://edant.clarin.com/diario/2001/10/28/s-0540.htm). Consultado el 16 de marzo de 2012.
- Boletín núm. 156, de 6 de marzo de 1998, sobre el Derecho a la Identificación del Recién Nacido. Pág. 13657.http://www.parlamento.euskadi.net/BASIS/izaro/webx/cm-bopvc/DDW?Wboc-clave=,05110201021619980306013657&R=N. Consultado el 10 de abril de 2012.
- http://www.tramitacastillayleon.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionesElectronica/es/Plantilla100Detalles/1251181054765/_/1264142153693/Tramite. Consultado el 3 de enero de 2015.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNALES INTERNACIONALES

- Caso Re X and Y (Foreing Surrogacy) 2008. EWHC 3030 (fam) I FLR 733.
- Caso CW & NT c. Anor (2011) (EWHC33-Fam.).
- Caso Z v. C (parental Order: Domicile) (2011) EWHC 3181 (Fam)
- Caso Z v. C (parental Order: Domicile) (2011) EWHC 3181 (Fam)
- Caso In the Matter of D and L (Minors) 2012 EWHC 2631 (Fam)
- Caso Rypkema v. British Columbia (2004) B.C.J. Núm. 2712 (S.C)
- Caso Johnson v. Calvert. 5 Cal.4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 498,851 P.2d 776 (cert.denied 510 U.S. 874, II4 S .Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163) (Cal. 1993)
- Caso de Cynthia Moschetta resuelto por los Tribunales Californianos en 1994. http://www.profesionalesetica.org/2015/07/la-maternidad-de-alquiler-en-4-casos-una-reflexion-de-teresa-garcia-noblejas/
- Caso Buzzanca v. Buzazanca, 72 Cal. Rptr.2d 280 (Cal. Ct. App.1998)
- Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (C 148/02), de 2 de octubre de 2003 (caso García Avelló
- Court d,Appel París. 25.10.2007. Notas de Cuniberti, G. JDI, 2008, págs. 145 y ss; Hauser. J. "*Personnes et droits de la Famille*". RTDCiv, núm. 1. Págs 193 y ss.
- Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (C 353/06), de 14 de octubre de 2008 (caso Grunkin-Paul).
- Sentencia RF de la Corte Suprema de Rusia Núm. 78.008-1314, de 8 de septiembre de 2008.
- Sentencia de 14 de abril de 2010, Cámara de Apelaciones, Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, "B., M.A. c. F.C., C.R." La Ley AR/JUR/75333/2010

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1979/2, (Marckx c. Bélgica) de 13 de junio de 1979.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1984/17, (Rasmussen c. Dinamarca) de 28 de noviembre de 1984
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1989/16, (Gaskin c. Reino Unido) de 7 de julio de 1989.

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1994/21, (Keegan c. Irlanda), de 26 de mayo de 1994.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 78019/2002, (Mikulic c. Croacia) de 7 de febrero de 2002.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de febrero de 2002. (TEDH 2002, 10)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 42326/98, (Odiévre c. Francia) de 13 de febrero de 2003.
- Sentencia del Tribunal Europeo de derecho Humanos, de 12 de enero de 2006 (caso Mizzi contra Malta) (TEDH 2006, 4);
- Sentencia del Tribunal Europeo de derecho Humanos, de 13 de julio de 2006, (caso Jäggi contra Suiza) (PROV 2006, 210705);
- Sentencia del Tribunal Europeo de derecho Humanos 7620/01, (caso Wagner et J.M.W.L. c. Luxemburgo) de 28 de junio de 2007.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2010/56 (S.H. y otros c. Austria), Sección 1ª, de 1 de abril de 2010.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de julio de 2010 (caso Backlund contra Finlandia) (TEDH 2010, 81).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de enero de 2011 (caso Haas contra Suiza) (TEDH 2011/12).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de julio de 2011 (caso T.C y H.C. contra Turquía) (TEDH 2011, 63).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de septiembre de 2012 (caso Godelli contra Italia) (TEDH 2012, 84).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 12 de febrero de 2013 (caso Krisztian Barnabas T. contra Hungría) (TEDH 2013, 17)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 65192/11, de 26 de junio de 2014 (Mennesson c. Francia)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 65941/11, de 26 de junio de 2014 (Labassee c. Francia).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de enero 2015; (caso Paradiso & Campanelli contra Italia). (TEDH 2015\17).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 53/1985, de 11 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm.104/1986, de 17 de julio
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 238/1988, de 2 de diciembre de 1988.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm.143/1990, de 26 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 197/1991, de 17 de octubre de 1991
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm.85/1992, de 8 de junio
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 7/1994, de 17 de enero.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 114/1997, de 16 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 138/2005, de 26 de mayo.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 177/2007, de 23 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 116/1999, de 17 de junio.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 167/2013, de 7 de octubre.

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6855).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3740).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1991 (RJ 1991, 3030).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 776/1999, de 21 de septiembre de 1999. (RGD 1999, 663).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 589/2004, de 17 de junio (RJ 2004, 3618).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 855/2004, de 1 de septiembre (RJ 2004, 5470).
- Sentencia del Tribunal Supremo de, 14 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 10161).
- Sentencia del Tribunal Supremo de, 11 de abril de 2012 (RJ 2012, 5745).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 666/2011, de 4 de octubre (RJ 2011, 6699).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 668/2012 (AS 2012/2503)
- Sentencia del Tribunal Supremo de, 20 de febrero de 2012 (RJ 2012, 4047).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de abril de 2012 (RJ 2012, 5898).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 7832).

- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 (Rec. Núm. 134/2012).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014 (Rec. Núm. 758/2012).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014/736).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6258).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 610).
- Auto del Tribunal Supremo, núm. 335/2015, de 2 de febrero, Sala 1ª (Nº de Recurso 245/2012).
- Auto del Tribunal Supremo, de 4 de febrero de 2015. (PROV 2015, 43487).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 76/2015, de 17 de febrero (RJ 2015, 924).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015 (PROV 2015, 70609).
- Auto del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 2015 (Sala Primera).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 20 de septiembre de 2012 (AR 2012/ 2485).
- Sentencia DEL Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de octubre de 2012 (AS 2012/2503).
- Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, de 26 de septiembre de 2012 (PROV 2012, 354693)
- Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, de 23 de noviembre de 2012 (AS 2013/845).
- Sentencia del Tribunal Superior de Madrid 216/ 2013, de 13 de marzo (JUR 2013/291456).
- Sentencia del Tribunal Superior del País Vasco de fecha 13 de mayo de 2014 (AS 2014/1228).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de septiembre de 1999 (AC 1999, 1828).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (AC 2004, 445), de 15 de marzo de 2004.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca núm. 161/2009, de 30 de junio de 2009.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), núm. 826/2011 (Rollo de Sala 949/2011), de fecha 23 de noviembre de 2011. Actualidad Civil. Aranzadi (AC 2011, 1561).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 3 de mayo de 2013 (AC 2014, 871).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 9/2014, de 3 de enero (PROV 2014/277887).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 381/2013, de 8 de julio (PROV 2013, 318838).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 8 de noviembre de 2013 (PROV 2013, 381110).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 55/2014, de 6 de marzo (PROV 2014/ 184361).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuidad Real núm. 88/2014, de 22 de abril (PROV 2014, 163172).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 7/2015, de 20 de enero (PROV 2015, 69915).

OTROS TRIBUNALES

- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 3, de 23 de marzo de 2009 (Rec. Nº 146/2005).
- Sentencia núm. 193/2010, de 15 de septiembre del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia Actualidad Civil, Editorial Aranzadi (AC 2010, 1707).
- Sentencia Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012 (AS 2012/924).

NORMATIVA CONSULTADA

- Código Civil francés, de 21 de marzo, de 1804.
- Ley 1140/1984, sobre Inseminación Artificial, de 20 de diciembre, de Suecia. Lag. SFS- 1984:1140.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley núm. 711/1988 sobre fecundación in vitro, de Suecia. Lag. SFS- 1988:711.

- Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre 1948.

- Births and Deaths Registrations Act, 1952, 1 & 2 Eliz. 2, c, -10 (1) (a).
- Ley sobre el Registro Civil, de 8 de junio de 1957.
- Reglamento de la Ley del Registro Civil (RRC), de 14 de noviembre de 1958.
- Convenio de Bruselas Número 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil, de 12 de septiembre de 1962, sobre Determinación de la Filiación Materna de los Hijos Extramatrimoniales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966.
- Children Act de 1975
- Adoption Act 1976
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- Constitución Española de 1978.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), del Consejo de Europa.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer, suscrita en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.
- Ley 11\1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
- Declaración de la Asamblea Médica Mundial sobre Derechos del Paciente, aprobada por la 34ª Asamblea, celebrada en Lisboa en 1981.
- Ley 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen.
- Texto Refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, redactada de acuerdo a la LO 9/1985, de 5 de julio.

- Act 1985. Reino Unido, Surrogaty Arrangements.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York 20 de noviembre de 1989. BOE 313, de 31 de diciembre de 1990.
- Human Fertilisation and Embryology Act 1990, de 1 de noviembre, de Reino Unido.
- Ley alemana núm. 745, de 13 de diciembre, de Protección del Embrión data de 1990. (The Embryo Protection Act, Bundesgesetzblatt I, 1990).
- Ley 37/ 1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, y de Regulación de la Atención Especial a los Adolescentes con Conductas de Alto Riesgo Social.
- Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992.
- Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 225, de 18 de marzo de 1992.
- Reproductive Medicine Act, 4 of june 1992, de Austria.
- Carta Europea de Derechos del Niño (aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992).
- Resolución – A3-0172/92, de 8 de julio, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño.
- California Family Code, 13 July, 1992.
- Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de 20 de Mayo de 1993.
- Boletín Oficial de las Cortes Generales de 16 de mayo de 1994.
- Loi n. 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.
- Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de la Infancia.
- Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor.
- Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, núm. 57, de Estrasburgo, de 1 de febrero de 1995.

- Ley 7/1995, de 21 de marzo, de Guarda y Protección de los Menores Desamparados.
- Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia en la Región de Murcia.
- Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y Adolescentes.
- Infertility Treatment Act 1995 núm. 63. (Australia).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.
- Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecieron los protocolos obligatorios de estudio de donantes de gametos y de los usuarios de las técnicas de reproducción asistida.
- La Ley 55/1996, de 29 de mayo, sobre fecundación Artificial y el Uso de Gametos humanos y embriones para la Investigación de Células Madre (Islandia).
- Resolución del Parlamento de la Unión Europea, de 17 de septiembre de 1996, sobre los Derechos Humanos en el Mundo 1995/1996 y la Política de la Unión en Materia de Derechos Humanos.
- Orden Ministerial de 15 de noviembre de 1996 de Modificación del Modelo Oficial del Cuestionario para la Declaración de Nacimiento y Registro Civil.
- Act No. 20/1996 Coll., on Public Health Care
- Ley1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores.
- Ley 3/1997, de 9 de junio, de la Familia, la Infancia y la Adolescencia.
- Lov nr. 460 af 10.jun.1997 om Kunsting befrugtning i forbindelse med laegelig behandling diagnostic og forskning m.v
- Acuerdo del Parlamento Vasco, de fecha 6 de marzo de 1998. Boletín núm. 156, de 6 de marzo de 1998, sobre el Derecho a la Identificación del Recién Nacido.
- Ley 4/ 1998 de 18 de marzo, del Menor de la Comunidad Autónoma de La Rioja.
- Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor.
- Ley 9/ 1998, de 15 de julio, del Código de Familia Catalán.
- Ley Federal de 18 de diciembre de 1998, sobre Reproducción Asistida, de Suiza.
- Constitución de Venezuela, de 2 de febrero de 1999.
- Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre constancia registral de la adopción de 15 de febrero de 1999. OE de 2 de marzo de 1999
- Constitución Federal Suiza de 18 de abril de 1999.

- Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y la Adolescencia.
- Orden Ministerial de 10 de noviembre de 1999, de Modificación del Modelo Oficial del Cuestionario para la Declaración de Nacimiento y Registro Civil.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (RCL 1999, 3058).
- Ley 12/2001, de 2 de julio de la Infancia y la Adolescencia.
- Code de la Santé Publique, núm. 2001-588, julio 2001
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 2/2001 de 8 de noviembre de 2001.
- Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Valencia.
- Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay de 2001
- Loi 2002- 93, 22du 22 janvier 2002 relative á láccés aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat.
- Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción y Atención a la Infancia.
- Ley de Autonomía del Paciente, y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.
- Law 3089, 23 december 2002, Medicalli assisted human reproduction.
- Ley de Adopción Alemana. (BGBI. 2002, I, pág. 354), modificado en 2008 BGBI, I pág. 2403.
- Código de la Niñez y de la Adolescencia de Ecuador, de 3 de enero de 2003.
- Decreto 5/2003, de 14 de enero, que regula las medidas sobre el acogimiento y la adopción familiar, así como los criterios de valoración de los adoptantes y acogedores.
- Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias.
- Act of 5 december 2003 Núm. 100 relating to the application of biotechnology in human medicine. (Noruega).
- Legge 19 febbraio 2004 núm. 40 Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Gaceta Ufficiale núm. 45, de 24 de febrero de 2004.
- Ley núm. 40/2004, de 19 de febrero. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Gazzeta Ufficiale núm. 45 del 24 febbraio 2004.
- Assisted Human Reproduction Act. 2004, de 29 de marzo (Canadá).
- Loi n. 2004-800 du 6 août 2004 relative á la bioéthique.

- The Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of donor information). Regulations 2004, núm. 1511 (Reino Unido).
- Código de la Niñez y de la Adolescencia de Uruguay, de 7 de septiembre de 2004
- Assisted Reproductive Technology Act 2004 (Nueva Zelanda).
- VA. CODE. ANN $ 20-158 D- $ 20-161(b). (2004) (Virginia)
- Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer Matrimonio.
- Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, por el que se regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo, y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad.
- Ley Foral 12/2005, de 5 de diciembre, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia.
- Ley 26061, de Protección Integral del Niño y el Adolescente, de 2005, de Argentina.
- Children`s Act 2005.
- Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja.
- Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar.
- Decreto 40/2006, de 21 de abril, que regula el procedimiento de acogimiento familiar, de adopción, y de determinación de la idoneidad de adoptantes y acogedores.
- Genetic Integrity Act, de 18 de mayo de 2006. Lag. SFS- 2006:351.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- Ley 32/2006 de Procriaçáo medicamente assitida. Diario de la República núm. 1.a, Serie-N.o, 143-26 de julho de 2006.
- Ley núm. 32/2006, de 26 de julio, sobre Procreación Medicamente Asistida (Portugal).
- Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

- Ley 1237/2006, de 22 de diciembre, sobre Tratamientos de Reproducción Asistida (Finlandia).
- Personenstandsgesetz de 19 de febrero de 2007.
- Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.
- Decreto 23/2007, de 1 de marzo, de Derechos de la Madre, el Padre y el Recién Nacido, en Relación con el Nacimiento en el Ámbito Sanitario.
- Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas. BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007.
- Ley 47/2007, de 3 de julio, de Investigación Médica.
- Ley 14/2007, de 4 de julio, reguladora de la Investigación Biomédica.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional.
- Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar.
- Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia, de la Comunitat Valenciana.
- Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.
- Convenio Europeo de Estrasburgo, de 27 de noviembre de 2008.
- Human Fertilizations and Embryology Act, 2008, c & 33 (1).
- FLA. STAT. 742.15/ 742.16 (2008) (Florida).
- N.H. REV. STAT. ANN. $ 168-B (17, 18, 23, 25). (2008) (New Hampshire).
- 750 ILL. COMP. STAT. $ 47/5- 47/20(a)- 47/20(b)- 47/25(c). (2008). (Illinois).
- Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735).
- Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Human Fertilisation and Embryology Act, de 1 de abril. (Reino Unido).
- Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado.
- Decreto 14/2010, de 3 de febrero de primera modificación del Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores.
- LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010
- Ley 14/ 2010, de 27 de mayo, de Derechos y Oportunidades en la Infancia y Adolescencia.

- Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y Familia.
- Instrucción de la DGRN, de fecha 5 de octubre de 2010.
- Ley de Gestación Subrogada, Distrito Federal de México, de 30 de noviembre de 2010.
- La Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y la Adolescencia.
- Family Law Statutes Amendment Act of Alberta, c.16 (2010).
- Ley 9/2011, de 24 de marzo de Mediación Familiar.
- Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.
- DGRN. Resolución núm. 1/2011 de 3 de mayo. Aranzadi. D. Administrativa. JUR 2012/107637.
- DGRN. Resolución núm. 4/2011 de 6 de mayo. Aranzadi. D. Administrativa. JUR 2012/110698
- DGRN. Resolución núm.1/2011 de 9 de junio. Aranzadi. D. Administrativa. JUR 2012/151437.
- DGRN. Resolución núm. 2/2011 de 9 de junio. Aranzadi. D. Administrativa JUR 2012/151438.
- DGRN. Resolución núm. 3/2011 de 9 de junio. Aranzadi. D. Administrativa. JUR 2012/151439.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
- DGRN. Resolución núm. 5/2011 de 23 de septiembre. Aranzadi, D. Administrativa, JUR 2012/168314
- Ley núm. 3760-VI de 20 de septiembre 2011 (Ucrania).
- DGRN. Resolución núm. 4/2012 de 23 de septiembre. D. Administrativa. JUR 2012/168313.
- Proyecto de Reforma para la Unificación de los Códigos Civil y Comercial (marzo 2012). Decreto 191/2011
- Resolución núm. 175/2013, de 14 de mayo, del Consejo Nacional de Justicia de Brasil.
- Decreto 956/2013 (Boletín Oficial Argentino de 19 de julio de 2013).

- Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justica y del Registro Civil, de 13 de junio de 2014.
- Real Decreto Ley 9/2014, de 4 de julio.
- La Ley 5/2014, de 9 de octubre de Protección Social y Jurídica de la Infancia y Adolescencia de Castilla la Mancha.
- Decreto 58/2014, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Catálogo de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma.
- Ley 1/2015, de 12 de febrero del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar.
- Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Núm. 614, 20 de febrero de 2015. (162/ 001162).
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.