

LUCES Y SOMBRAS ACERCA DE LA POLÍTICA DE ANONIMATO DE LOS DONANTES EN LOS TRATAMIENTOS REPRODUCTIVOS. REFLEXIONES TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ASUNTO GAUVIN-FOURNIS ET AL. C. FRANCIA*

LIGHTS AND SHADOWS REGARDING THE DONOR ANONYMITY POLICY IN REPRODUCTIVE TREATMENTS. REFLECTIONS FOLLOWING THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS RULING IN THE CASE OF GAUVIN-FOURNIS ET AL. V. FRANCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 498-523

* El presente trabajo está subvencionado por la beca postdoctoral Margarita Salas, financiada por la Unión Europea-NextGenerationEU, Ministerio de Universidades y Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y también se enmarca en el Proyecto de investigación "Nuevos desarrollos en la autodeterminación personal y familiar: del estatus a la autorregulación" (PID2021-123985NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que es investigador principal el profesor Josep FERRER RIBA.

Giulia
GIOVANNINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: El artículo aborda el delicado equilibrio entre el derecho a conocer los orígenes biológicos y la confidencialidad en las donaciones de gametos, destacando la creciente tendencia de algunos ordenamientos jurídicos europeos a eliminar el anonimato en este proceso. Se examinan los desafíos jurídicos que enfrentan los juristas europeos en el marco de un mosaico heterogéneo, en el cual cada estado o comunidad autónoma determina el régimen legal de las técnicas de reproducción asistida con contribución de terceros, estableciendo así los derechos de donantes y concebidos. El trabajo se centra en la disparidad entre las normativas española y francesa, contrastando sus enfoques. Además, se analiza una reciente sentencia del Tribunal Europeo, ofreciendo reflexiones sobre la posibilidad de levantar el anonimato con efectos retroactivos o sin el consentimiento del donante.

PALABRAS CLAVE: Reproducción asistida; anonimato de los donantes; acceso a los orígenes biológicos; derecho comparado; jurisprudencia TEDH; bioderecho; bioética.

ABSTRACT: *The article addresses the delicate balance between the right to know one's biological origins and confidentiality in gamete donations, highlighting the growing trend in some European legal systems to eliminate anonymity in this process. The legal challenges faced by European jurists are examined within the framework of a heterogeneous mosaic, in which each state or autonomous community determines the legal regime of assisted reproduction techniques involving third-party contributions, thereby establishing the rights of donors and conceived individuals. The work focuses on the disparity between Spanish and French regulations, contrasting their approaches. Additionally, it analyzes a recent European Court judgment, providing insights into the possibility of lifting anonymity retroactively or without the donor's consent.*

KEY WORDS: *Assisted reproduction; donor anonymity; access to biological origins; comparative law; ECHR jurisprudence; biolaw; bioethics.*

SUMARIO.- I. ANONIMATO DE LOS DONANTES EN EUROPA.- 1. Estado actual de la cuestión.- 2. El turismo reproductivo y el acceso a datos identificativos de los donantes.. 3. El anonimato de los donantes en España.- **II. ABOLICIÓN DEL ANONIMATO EN FRANCIA.-** 1. La Ley de Bioética francesa (LBIO).- 2. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Gauvin-Fournis et al. c. Francia.- 3. Levantamiento del anonimato con efectos retroactivos o sin consentimiento del donante: ¿una posibilidad real? - **III. REFLEXIONES FINALES.**

I. ANONIMATO DE LOS DONANTES EN EUROPA.

Los tratamientos de reproducción asistida (en adelante, TRA) han generado, desde hace más de 40 años, unos intensos debates en el plano jurídico y bioético. Desde el año 1978, que corresponde con el nacimiento de la primera niña concebida por TRA, se estima que hayan nacido más de 10 millones de bebés gracias a dichas técnicas¹. Para que nos hagamos una idea más concreta de los ciclos que se realizan en Europa, en 2018, el último año del que se dispone de cifras, se registraron 1.077.813 tratamientos en 40 países europeos², muchos de los cuales se llevaron a cabo con contribución genética de un tercero, a saber, de un o una donante. En este contexto, España es el país con el porcentaje de tratamientos reproductivos más alto de Europa³, debido a varios factores, entre los cuales un marco jurídico progresista y favorecedor tanto para familias como para donantes.

Ante un entorno legal fragmentado y heterogéneo en materia de reproducción asistida, el presente trabajo pretende abordar una de las cuestiones más controvertidas y los retos para el futuro que están interesando a los legisladores de distintos ordenamientos jurídicos europeos, es decir, el anonimato de los donantes y los derechos de los nacidos por tratamientos de reproducción asistida. En efecto, a nivel legislativo, Europa es un puzzle en el que es el propio estado o comunidad autónoma quien decide el marco jurídico, el alcance y las consecuencias de las TRA que se ofrecen, especialmente con respecto a los derechos y a la filiación de los nacidos, así como la posición legal de los donantes.

En este contexto, y para plantear algunas recomendaciones para una futura reforma de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana

-
- 1 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Factsheet on ART", noviembre 2023, p.1.
 - 2 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Factsheet on ART", núm. 73, enero 2022, p.1.
 - 3 Ibid.

• **Giulia Giovannini**

Investigadora Postdoctoral Juan de la Cierva, Universitat de Barcelona. Correo electrónico: giulia.giovannini@ub.edu.

asistida (LTRHA)⁴ nos resulta particularmente útil el análisis de la legislación francesa en materia de bioética, la “LOI n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique”⁵ (en adelante, LBIO), y una de las pronuncias más recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto Gauvin-Fournis y Silliau contra Francia de 7 de septiembre de 2023 (n.º 21424/16 y n.º 45728/17).

I. Estado actual de la cuestión.

Europa sigue siendo un mosaico de legislaciones sobre el acceso a TRA y la atribución de la filiación resultante. Sin embargo, se ha observado cierta tendencia hacia la homogeneidad en un número creciente de jurisdicciones acerca de la supresión del anonimato de los donantes de esperma y óvulos⁶ y la consecuente protección del derecho a conocer los orígenes biológicos para los nacidos por TRA.

Tradicionalmente, la mayoría de los países habían favorecido modelos de donación anónima, limitando así el derecho de las personas concebidas gracias a las TRA a conocer sus orígenes. La opinión mayoritaria en la actualidad promueve y sostiene que esta prerrogativa debe suprimirse, sin efecto retroactivo, para proteger a los donantes a los que se les prometió el anonimato⁷, salvo por razones médicas o si el donante ha consentido en revocar el anonimato⁸. Entre los países que han adoptado una política a favor del acceso a los datos identificativos de los donantes, se ofrece a los concebidos la posibilidad de conocer la identidad de éstos una vez alcanzada la madurez suficiente, que generalmente coincide con la mayoría de edad, como en Suecia –primer país de Europa en eliminar el anonimato en 1985–, Países Bajos, Suiza, Austria, Alemania, Reino Unido e Islandia⁹ y ahora también en Francia (Art. 5 LBIO). Del mismo modo, en el Reino Unido y en los Países Bajos, los padres intencionales y los donantes también pueden tener acceso a una información genérica acerca, respectivamente, de los donantes y de los niños concebidos gracias a su aportación.

4 BOE núm. 126 del 27 de mayo de 2006.

5 JORF núm. 0178 del 3 de agosto de 2021.

6 CALHAZ-JORGE, C. et al.: “Survey on ART and IUI: legislation, regulation, funding and registries in European countries: The European IVF-monitoring Consortium (EIM) for the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)”, *Human Reproduction Open*, 2020, p. 9.

7 En contra de la retroactividad del anonimato para los donantes y con especial referencia al contexto australiano, véase PENNINGS, G.: “How to kill gamete donation: Retrospective legislation and donor anonymity”, *Human Reproduction*, vol. 27, núm. 10, 2012, pp. 2881-2885.

8 COUNCIL OF EUROPE, *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*, Doc. 14835, del 20 de febrero 2019, (online).

9 BRUNET, L.: “Donor anonymity and right of access to personal origins”, *Council of Europe*, 22 febrero 2018, p. 6.

Hoy en día, en Europa hay situaciones muy distintas¹⁰ que varían entre (1) una política estricta de anonimato de los donantes, (2) el anonimato para los usuarios (pareja o persona) pero no para los concebidos, (3) un sistema mixto de donación y anonimato, y (4) prohibición de anonimato bajo cualquier concepto.

La política del anonimato de los donantes está en vigor en Albania, Chipre, República Checa, Estonia, Grecia, Italia, Lituania, Macedonia, Moldavia, Letonia, Montenegro, Polonia, Serbia, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, España¹¹ y prevé que quien se preste a donar su esperma u óvulos será registrado como donante frente a las autoridades, pero su identidad no será revelada ni a los futuros progenitores ni a los concebidos. Por otro lado, existe un sistema de anonimato para los usuarios, es decir que los padres y madres no podrán acceder a los datos de los donantes, pero ellos pueden ser revelados a los hijos concebidos por TRA bajo ciertas condiciones o al cumplimiento de una cierta madurez. Es el caso de Austria, Croacia, Finlandia, Islandia, Malta, Portugal, Reino Unido, Francia¹², ordenamientos a favor del levantamiento del anonimato, donde los menores, una vez alcanzada la mayoría de edad, podrán acceder a los datos identificativos de los donantes, sin que ello comporte ninguna relación jurídica con el hombre o la mujer. En tercer lugar, también existen ordenamientos jurídicos en los que son los propios donantes los que eligen si quieren ser identificados o identificables en el futuro. Este sistema “mixto” de donación se ha adoptado en Bélgica, Dinamarca, Alemania e Irlanda¹³. Finalmente, también existen ordenamientos que prohíben el anonimato de los donantes bajo cualquier concepto, tal y como está planteado en Países Bajos y Georgia¹⁴.

Además de la opción categórica entre prohibición y obligación de anonimato, hay también una vía intermedia, conocida como “double track”¹⁵, que deja a los donantes la opción de elegir si quieren permanecer desconocidos para los usuarios y para los niños nacidos, o si pueden ser identificados en el futuro. Esta política de doble vía para el anonimato puede ser un buen intento de equilibrar los derechos de los donantes, de los padres, madres y concebidos a través de TRA y que podría ser una solución, en el inmediato, para los 17 países europeos que hasta hoy solo permite las donaciones anónimas¹⁶.

10 CALHAZ-JORGE, C. et al.: “Survey on ART and IUI”, cit., p. 9., Anexo SII.

11 Ibid.

12 Ibid.

13 Ibid.

14 Ibid.

15 PENNINGS, G.: “The ‘double track’ policy for donor anonymity”, *Human Reproduction*, vol. 12, 1998, núm. 12, pp 2839-2834.

16 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), *Europe moves towards complete statutory regulation of assisted reproduction*, 6 febrero 2020, disponible aquí: <https://www.eshre.eu/Press-Room/Press-releases-2020/ART-in-Europe> (último acceso: 17.12.2023).

Para algunas mujeres y parejas, ser capaz de elegir si su hijo puede identificar una figura biológica es un factor decisivo¹⁷. Considero que la tendencia de eliminar definitivamente el anonimato del donante puede ser beneficiosa para todas las partes implicadas: los usuarios y usuarias pueden tener acceso a un donante conocido, una persona de confianza o una persona que, además de proveer con su propio material genético, se muestra igualmente interesado en el bienestar del menor y, en un futuro, en conocerle. Por otra parte, de este modo se salvaguarda el interés superior del menor en conocer su origen biológico, sin que ello implique ninguna asunción de responsabilidad o filiación. La mera posibilidad de rastrear a la persona que proporcionó una parte importante del ADN del menor es un avance desde el punto de vista médico, por ejemplo, para poder remontarse al historial de posibles enfermedades hereditarias, y desde el punto de vista ético también, pudiendo los menores resolver las inquietudes acerca de su propia concepción.

Los temores de algunos, fundados en las posibles controversias en materia de filiación del menor o de responsabilidad parental, ocultan, en efecto, un interés económico de los lobbies de la salud reproductiva¹⁸ que, como demuestran los datos proporcionados por los ordenamientos que han abolido hace tiempo el anonimato, perderían muchos potenciales donantes ya que la mayoría entre ellos prefieren no ser identificados en el futuro una vez realizada la donación¹⁹.

Un eventual cambio de normativa puede tener impacto acerca del perfil de los donantes. En los casos de donación de esperma, mientras existe el anonimato, tienden a ser hombres solteros heterosexuales²⁰. Por el contrario, al eliminarse el anonimato, el perfil de los donantes cambia, siendo más común que sean hombres mayores, casados y con hijos que están dispuestos a donar, no solo porque no les importa ser contactados, sino incluso porque lo desean²¹. Eso demuestra que, aunque no sean la totalidad, existen terceros guiados por un claro espíritu altruista.

2. El turismo reproductivo y el acceso a datos identificativos de los donantes.

Los obstáculos a los que se enfrentan algunas personas que quieren acceder a TRA generan lo que se define como atención reproductiva transfronteriza (en inglés, "cross border reproductive care"), fenómeno también vulgarmente

17 Asimismo, en aquellos ordenamientos donde solo se admite la donación no anónima, puede ser el motivo para recurrir a TRA en el extranjero y evitar cualquier futuro contacto con el donante o la donante.

18 ASOCIACIÓN PARA EL ESTUDIO DE LA BIOLOGÍA DE LA REPRODUCCIÓN (ASEBIR), "El Comité de Bioética pide al Gobierno que acabe con el anonimato de los donantes de esperma y óvulos", ABC, 7 febrero 2020, (online).

19 FRITH, L., BLYTH, E. y FARRAND, A.: "UK gamete donors' reflections on the removal of anonymity: implications for recruitment", *Human Reproduction*, vol. 22, núm. 6, 2007, pp. 1675-1680.

20 COOK, R. y GOLOMBOK, S., "A survey of semen", cit.; THORN, P., KATZORKE, T. y DANIELS, K.: "Semen donors in Germany: a study exploring motivations and attitudes", *Human Reproduction*, 2008, vol. 23, pp. 2415-2420.

21 RAES, I., RAVELINGIEN, A. y PENNING, G.: "The right of the donor to information about children conceived from his or her gametes", *Human Reproduction*, 2013, vol. 28, núm. 3, p. 562.

denominado “turismo reproductivo”²², es decir la prestación de servicios de fertilidad a pacientes que viajan fuera de su país de origen para recibir un determinado tratamiento reproductivo. Hay varias explicaciones para esta tendencia entre los pacientes: evitar las restricciones legales en su país, como es el caso de acceso a tratamiento de fertilidad para mujeres solteras y lesbianas en Italia, o la necesidad de realizar un diagnóstico genético preimplantacional (DGP) en Alemania; también se recurre a servicios en el extranjero para evitar las largas listas de espera en su país, tal y como ocurre para la donación de óvulos en el Reino Unido; poder tener acceso a tratamientos menos costosos es otra de las razones para viajar al extranjero; y, finalmente, poder escoger la donación de gametos bajo el régimen del anonimato de los donantes es un aspecto clave para algunos usuarios y usuarias²³. Si bien es cierto que lo ideal sería poder tener acceso a TRA en su propio país y a condiciones de igualdad respecto de todos los usuarios y usuarias, cuando por alguna razón esto no es posible, la atención reproductiva transfronteriza ofrece a las personas una solución alternativa de fácil acceso, eludiendo muchos de los motivos de restricción²⁴.

En Europa, España y Bélgica parecen ser los países más visitados para los TRA²⁵. La península ibérica en particular, que es con diferencia el país europeo más activo en reproducción asistida, destaca por la eficacia de sus servicios, tiempos de espera mínimos y la abundancia de gametos de donantes²⁶. No se conoce con exactitud el alcance total de la atención reproductiva transfronteriza en Europa porque muchos registros nacionales no anotan el país de origen de los pacientes, sino que se limitan a apuntar el ciclo de tratamiento llevado a cabo. Sin embargo, según las encuestas realizadas en los últimos diez años, se calcula que alrededor del 5% de todos los tratamientos de fertilidad en Europa se realizan en el extranjero²⁷.

Frente a esta situación de hecho, la ESHRE reconoce algunas ventajas de la atención reproductiva transfronteriza. En opinión de la autoridad europea en la materia, el turismo reproductivo mejora la autonomía del paciente al ofrecer igualdad de oportunidades de tratamiento a todos y todas, aunque esa autonomía pueda implicar la evasión de la legislación nacional (aunque no la infracción de la

22 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), “Cross border reproductive care”, ART fact sheet, núm. 1, enero 2017, p.1; sobre el tema, véase también VAN HOOF, W. y PENNING, G.: “Extraterritorial laws for cross-border reproductive care: the issue of legal diversity”, *European Journal of Health Law*, núm. 19, 2012, pp. 187-200.

23 Ibid. Según una encuesta realizada por la ESHRE en 2010, dos tercios de todos los pacientes transfronterizos que acudían a seis países europeos para someterse a un tratamiento procedían de Italia (31%), Alemania (14%) Países Bajos (12%) y Francia (9%). En aquel momento, Italia tenía la legislación más restrictiva de Europa en materia de fecundación in vitro (FIV). SHENFIELD, F. et al.: “Cross border reproductive care in six European countries”, *Human Reproduction*, 2010, vol. 25, núm. 6, pp. 1361-1368.

24 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), “Cross border”, cit., par.7.

25 Ibid. par 3.

26 Ibid. par. 3.

27 Ibid. par. 4.

misma) y un coste variable del servicio²⁸. Además, cabe mencionar que la atención reproductiva transfronteriza también cumple el principio de libre circulación de pacientes dentro de la Unión Europea²⁹.

Por otro lado, también existen algunas preocupaciones, especialmente respecto a la falta de control acerca del número de embriones transferidos (y, por tanto, el riesgo de embarazos múltiples), la calidad de la información a las pacientes y la posible explotación de donantes de óvulos y mujeres que gestan para terceros. En un intento por mantener unos estándares seguros y eficaces en la atención reproductiva transfronteriza, se ha desarrollado una guía de buenas prácticas para profesionales que tiene en cuenta a los propios pacientes, sus futuros hijos y los intereses de terceros implicados en el proceso reproductivos³⁰.

A falta de un marco común respecto de las carteras de servicios reproductivos accesibles, los expertos individuaron los siguientes TRA entre los más buscados por los usuarios y usuarias, frente a una clara indisponibilidad del mismo en su propio país de origen³¹. Entre otros, destacan la selección de embriones, sobre todo mediante cribado genético; la congelación y transferencia de embriones; el diagnóstico genético preimplantacional; la donación de óvulos y el método ROPA; la gestación por sustitución; el acceso a la fecundación post-mortem; y el anonimato de los donantes de gametos³². Centramos nuestro estudio sobre este último.

Como anticipado, en los últimos años, más y más ordenamientos jurídicos han optado por el levantamiento del anonimato de los donantes³³, tal y como propuesto por el Consejo de Europa en su recomendación n. 2156³⁴, para reconocer y proteger los intereses de los niños concebidos por TRA. La protección de los donantes de gametos y de su privacidad cuenta cada vez menos con el respaldo de las autoridades europeas.

28 Ibid. par. 5.

29 Tal y como se establece en la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. Diario Oficial de la Unión Europea del 04.04.2011.

30 Véase SHENFIELD, F. et al.: "ESHRE's good practice guide for cross-border reproductive care for centers and practitioners", *Human Reproduction*, vol. 26, núm. 7, julio 2011, pp. 1625-1627.

31 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Regulation and legislation in assisted reproduction", ESHRE Fact Sheets 2, enero 2017, par. 3.

32 Ibid.

33 CALHAZ-JORGE, C. et al.: "Survey on ART and IUI", cit., p. 9, régimen que recientemente se ha modificado en Francia (vid. *Infra* par. II.I del presente trabajo).

34 COUNCIL OF EUROPE, "Anonymous Donation", cit.

El problema principal es de naturaleza práctica. Actualmente, los datos de los registros sobre TRA y datos identificativos de los donantes, son incompletos³⁵. La situación es especialmente problemática en la asistencia transfronteriza tanto de cara a la trazabilidad durante el transporte de gametos o embriones, como de cara a los pacientes y a la donación de gametos llevada a cabo. Desarrollar más los registros TRA y hacerlos obligatorios permitiría la recopilación de datos y contribuiría a prevenir eventuales acontecimientos adversos graves, además de aportar pruebas directas sobre la eficacia de los tratamientos. Adicionalmente, y de manera más relevante, el objetivo de los registros es garantizar la protección médico y legal de los futuros padres, donantes y de la descendencia. Los datos recaudados proporcionan pruebas esenciales para la identificación de riesgos para la salud de las personas que hayan hecho uso de dichos tratamientos y también permiten trazar, biológicamente, el origen de la concepción. Si queremos que el derecho de los concebidos por TRA sea efectivo, la implementación de los registros es, actualmente, muy necesaria y urgente. Es más. En una sociedad avanzada y tecnológica, la tarea de compartir cierta información de manera digital resulta posible, fácil y realmente poco costoso.

El contexto jurídico y social resultará incompleto si no se hará un esfuerzo adicional para educar acerca de las implicaciones de la medicina reproductiva. A parte de poder disponer de datos fiables, también sería preciso introducir una serie de “buenas prácticas” para todas las partes interesadas en el proceso reproductivo, tal y como (1) los donantes, (2) los padres intencionales o receptores de los tratamientos, (3) los concebidos mediante TRA y (4) las clínicas y los bancos de gametos³⁶. En particular, éstos últimos deberían disponer de recursos y formación para asegurar de poder proporcionar apoyo informado a los primeros³⁷.

3. El anonimato de los donantes en España.

Según lo dispuesto por la LTRHA, la donación de gametos es anónima (art. 5). No obstante el debate está abierto en España, esta disposición no se vio afectada por ninguna de las reformas que tuvieron lugar en los últimos años³⁸. Aunque se trata de un negocio jurídico que presupone una motivación altruista

35 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), “Registries for Medically Assisted Reproduction: essential tools to secure the protection of the intended parents, third-party donors, and children”, ART fact sheet, enero 2022, p.1.

36 ESHRE WORKING GROUP ON REPRODUCTIVE DONATION, “Good practice recommendations for information provision for those involved in reproductive donation”, *Human Reproduction Open*, 2022, vol. 00, núm. 0, p. 6 y ss.

37 Ibid.

38 Véase la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE-A-2007-5585); Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE-A-2015-7851).

y desinteresada, la propia ley establece la posibilidad de una compensación económica por las molestias y desplazamientos de los donantes³⁹.

A pesar de lo que dicta la legislación española algunos autores plantean desafíos al considerar que se trate verdaderamente de una "donación" de gametos⁴⁰. Según algunos⁴¹, el donante contribuye al banco de gametos de una clínica y recibe una compensación, pero se argumenta que la entidad obtiene grandes beneficios mediante la intermediación. La sugerencia es entender que el banco cobra por servicios relacionados con el análisis, conservación y procedimientos legales, no directamente por los gametos. Investigaciones en otros países europeos que permiten la donación de gametos sugieren que los donantes deberían recibir información sobre el destino de sus contribuciones, como una forma de compensar el altruismo de la donación⁴². Se plantea que el reconocimiento social, como informar sobre el éxito de embarazos logrados gracias a sus donaciones, constituiría la mejor forma de retribución a los donantes⁴³.

Frente al derecho de los hijos concebidos por TRA, el argumento clave para sostener y justificar el anonimato en la donación de gametos es la necesidad de preservar el derecho a la privacidad e intimidad de los donantes que han realizado un acto altruista bajo el régimen legal del anonimato. Se parte de la idea que, de no ser anónima, muchas personas que actualmente donan se abstendrían debido al temor de ser contactados en el futuro, ya que existe un cierto estigma asociado con donar material genético sin asumir las consecuencias de este acto que impactará en vidas humanas y generaciones futuras⁴⁴.

La única excepción permitida al anonimato, y, por ende, a la protección de la privacidad del donante, es en caso de aparecer alguna enfermedad genética

39 IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos", *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, vol. 38, pp. 74. La compensación no es fija y en España es el Ministerio de Sanidad quien determina la cuantía aproximada, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Sin embargo, la autora afirma que es la clínica de fertilidad la que decide cuánto pagar, pero siempre dentro de los rangos legales permitidos. Estas cantidades oscilan entre los 600 y 1.000 euros en el caso de la donación de óvulos, y entre los 50 y 70 euros en la donación de semen.

40 Ibid.

41 RAPOSO, V.L.: "Contratos de donación de gametos: ¿regalo de vida o venta de material genético?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2012, núm. 37, p. 104.

42 COOK, R. y GOLOMBOK, S.: "A survey of semen donation: phase II-the view of donors", *Human Reproduction*, núm. 10, 1995, pp. 951-959; KALFOGLOU, A.L. y GELLER, G.: "A follow-up study with oocyte donors exploring experiences, knowledge, and attitudes about the use of their oocytes and the outcome of the donation", *Fertility and Sterility*, 2000, núm. 74, pp. 660-667; FRITH, L., BLYTH, E. y FARRAND, A.: "UK gamete donors", cit.; PUREWAL, S. y VAN DEN AKKER, O.: "Systematic review of oocyte donation: investigating attitudes, motivations and experiences", *Human Reproduction Update*, 2009, núm. 15, pp. 499-515.

43 PENNING, G.: "Commentary on Craft and Thornhill: new ethical strategies to recruit gamete donors", *Reproductive BioMedicine Online*, 2005, vol. 10, núm. 3, p. 308.

44 IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "La donación anónima", cit., p. 74.

(art. 5.5 LTRHA), aunque si se puede mantener su confidencialidad utilizando las clínicas como intermediarias⁴⁵.

Es cierto que España debe gran parte del éxito de sus tratamientos reproductivos a la amplia disponibilidad de donantes, lo que influye en el corto tiempo de espera para los pacientes, una mayor posibilidad de encontrar el fenotipo correspondiente para cada uno de ellos y precios competitivos. Sin embargo, el Comité de Bioética recomienda al Gobierno la supresión del anonimato en la donación de óvulos y esperma para reproducción asistida en favor del derecho a la identidad del menor a conocer sus orígenes⁴⁶. Para hacerlo efectivo, sería necesaria una inmediata modificación de lo establecido actualmente en el art. 5.5 LTRHA. Es deseable que, tras años de total falta de control sobre los donantes y sobre el número de hijos nacidos gracias a la aportación de la misma persona, se suprima de una vez el anonimato y se creen los registros correspondientes⁴⁷ con el fin de proteger los intereses de todas las partes implicadas.

Para garantizar el derecho de los menores al acceso a los datos de identificación de los donantes, sería necesario, en general, establecer un registro central gestionado por clínicas y centros autorizados que, además del almacenamiento del material genético, conserven la información correspondiente, a fin de que los interesados puedan acceder a ella cuando la legislación así lo prevea, y, en cualquier caso, al alcanzar la mayoría de edad por quienes han sido concebidos vía TRA. Este cambio no implicaría en ningún caso la determinación de la filiación en favor de los donantes de semen u óvulos, ni la posible reclamación de la filiación o de responsabilidades parentales. Para dar el primer paso, se podría optar por una solución intermedia o double track o, mas recomendable aún, por la supresión definitiva del anonimato de donantes y donadoras, sin efectos retroactivos o con una retroactividad limitada a supuestos concretos (vid. infra. apt. II, par, 3). Esto probablemente acabaría con una parte importante del flujo generado por el turismo reproductivo⁴⁸ y garantizaría que las familias pudieran tomar una

45 Ibid.

46 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológico*, del 15 de enero de 2020, disponible aquí: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf> (último acceso: 20.09.2021).

47 Obsérvese que el registro de donantes sólo está activo desde el año 2018, a pesar de que estaba previsto por primera vez en 1988 por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, DF 3º, (BOE-A-1988-27108) y actualmente por el art. 21 LTRHA. El sistema se está implementando actualmente a través de la plataforma SIRHA <https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/donantes/aspectosLegales/home.htm> (último acceso: 16.09.2023). Sobre el tema, véase también ALKORTA IDIAKEZ, I. y FARNÓS AMORÓS, E.: "Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Dificil Equilibrio", *Oñati socio-legal series*, vol. 7, núm. 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida. Género, Diversidad Sexual y Familias en Plural), pp. 148-178; FARNÓS AMORÓS, E.: "Donor anonymity, or the right to know one's origins?", *Catalan Social Sciences Review*, núm. 5, 2015, pp. 1-10.

48 Hay quien sostiene que permitir este "tráfico" está justificado como expresión del respeto de la diversidad (cfr PENNING, G.: "Legal harmonization and reproductive tourism in Europe", *Human Reproduction*, vol. 19, núm. 12, 2004, p. 2694) y quien se muestra más preocupado por este flujo incontrolado (cfr VAN BEERS, B.:

decisión ponderada y justa para ellas y para los hijos que nacerán. A la vez, sería recomendable que la información se extienda también a los donantes. Como apuntado, en los ordenamientos jurídicos que apuestan por una donación no anónima, son los mismos donantes los primeros interesados en ser contactados y en saber si su material genético se utilizó, cuantas veces y cuantas personas nacieron gracias a su acto altruista.

II. ABOLICIÓN DEL ANONIMATO EN FRANCIA.

I. La Ley de Bioética francesa (LBIO).

El ordenamiento francés fue pionero en materia de legislación en el ámbito de la bioética, gracias a la conocida "Loi n° 94-548 du 1 juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé"⁴⁹. Su última revisión tuvo que esperar más de dos años y varias enmiendas antes de ver la definitiva aprobación de la LBIO⁵⁰. Ese importante cuerpo normativo ha comportado cambios significativos al Código Civil (en adelante, CC) y al Código de la Salud Pública (Code de Santé Publique, en adelante, CSP).

Son varias novedades introducidas por la LBIO, entre las que destacamos, por un lado, la disponibilidad de los TRA para cualquier mujer, independientemente de su orientación sexual, pues por fin mujeres solas y parejas de mujeres podrán acceder a dichos tratamientos. Por otro lado, y de fundamental interés para este trabajo, resulta de suma importancia la supresión del anonimato de los donantes de gametos y de embriones, cuestión sobre la que la doctrina ya insistía desde hace varios años⁵¹. A partir de ahora los menores concebidos por TRA podrán tener acceso a datos identificativos o no identificativos de los donantes.

El legislador francés ha optado por una solución que prevé una única posibilidad: el anonimato para los usuarios (pareja o persona) pero no para los concebidos. Esto hace únicamente posibles las donaciones no anónimas, es decir aquellas que garanticen, en el futuro, que los concebidos puedan acceder a su mayoría de edad a la identidad y a los datos no identificativos del tercero que participó en su procreación (art. 2143-2, par. I CSP). Los datos no identificativos a los que se hace

"Is Europe 'Giving in to Baby Markets?' Reproductive tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets", *Medical Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2015, pp. 103-134).

49 Que modificó la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

50 Reforma substancial pero algunos critican el hecho de que se hayan dejado fuera las cuestiones mas controvertidas. Véase PASTOR, J.: "Le projet de loi Bioéthique achève péniblement son parcours", *Dalloz Actualité*, 30 de junio 2021, (online). Para un comentario más extendido de la LBIO, véase GIOVANNINI, G.: "The French Law on Bioethics and its Limitations. Challenges for the future from a comparative perspective", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Oxford University Press, vol. 36, núm. 1, 2022, pp. 1-22.

51 Véase, por ejemplo, THÉRY, I.: *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, 2015, éditions Ehes.

referencia son la edad; el estado general tal como lo describen en el momento de la donación, las características físicas; la situación familiar y profesional; el país de nacimiento; y las motivaciones de su donación (art. 2143-3 CSP). Todos los datos son conservados por la Agencia de Biomedicina (Agence de la biomédecine, art. 2143-4 CSP) a la que podrán dirigirse los concebidos por TRA una vez hayan alcanzado la mayoría de edad (art. 2143-5 CSP).

La normativa establece un mecanismo de acceso a dichos datos también respecto de los donantes que proporcionaron su material genético antes de la LBIO y que, por ello, están sujetos a las reglas del anonimato y por tanto gozarían de la total privacidad respecto de su identidad. Sin embargo, bajo petición por parte de los concebidos a la Comisión de Acceso de las Personas Nacidas de Asistencia Médica a la Procreación a los Datos de Terceros Donantes (CAPADD - Commission d'accès des personnes nées d'une assistance médicale à la procréation aux données des tiers donneurs), los donantes pueden elegir levantar el anonimato y acceder a facilitar sus datos. Una vez recaudado el consentimiento expreso, serán comunicarlos a los interesados (art. 2143-6, par. 6 CSP). Como se explicará en el siguiente apartado, las solicitudes por parte de personas concebidas antes del año 2021 no tardaron en llegar.

Se trata sin duda de uno de los aspectos más novedosos de la LBIO. Como se ha apuntado, en el plano práctico, a partir del 1º de septiembre de 2022, se brinda la posibilidad a las personas nacidas a través de donación de espermatozoides, óvulos o embriones de recibir respuesta sobre sus orígenes biológicos. En efecto, estas personas, al alcanzar la mayoría de edad y si lo desean, pueden solicitar acceder a la identidad del donante (nombre de nacimiento, nombres, sexo, fecha y lugar de nacimiento), así como a sus datos no identificativos (situación familiar y profesional, características físicas, estado general, país de nacimiento, motivaciones de la donación) incluso de aquellos terceros que hicieron su donación antes de la LBIO, es decir, bajo un régimen de anonimato absoluto. ¿Se trata por lo tanto de una medida retroactiva? La respuesta es claramente negativa. Los que fueron donantes antes de la entrada en vigor de la LBIO mantendrán el derecho a no revelar su identidad ni sus datos no identificativos si esa es su voluntad. No obstante, para aquellos que así lo deseen, podrán espontáneamente o tras la solicitud de la CAPADD levantar el anonimato.

En Francia, estos casos llevaron demandas de acceso a los orígenes ante los tribunales mucho antes de que el legislador de 2021 abriera una vía de acceso al levantamiento del anonimato. En los próximos años, la CAPADD tendrá mucho trabajo para ofrecer respuestas satisfactorias a los concebidos antes y después de la LBIO. De hecho, en el primer informe disponible desde la creación de la

CAPADD⁵² señala que, en un solo año fueron 434 las solicitudes de personas interesadas en acceder a sus orígenes biológicos⁵³. Otro dato destacable y llamativo es que hubo 435 donantes que, de manera espontánea, comunicaron a la comisión su consentimiento a inscribir sus datos identificativos en el registro nacional de los donantes de gametos y embriones (Registre national des donneurs de gamètes et d'embryons o Registre ABM)⁵⁴ para que estuvieran disponibles, en el futuro, para cualquier persona que los deseara consultar. Esto destaca una cierta sensibilidad también de parte de aquellos terceros que podrían disfrutar de un régimen de anonimato, pero deciden renunciar a ello. A la vez, si bien los agentes de la medicina reproductiva y agencia de biomedicina están preocupados por la baja participación en la recaudación de material genético⁵⁵, este dato demuestra que sí es posible querer ser donante sin miedo a revelar su propia identidad.

Suprimir las donaciones anónimas es un claro paso hacia la conquista de los derechos de los concebidos por TRA. Sin embargo, como veremos en el siguiente apartado, el derecho francés permite el acceso a los orígenes, pero no lo convierte en un derecho⁵⁶.

La posibilidad de eliminar el anonimato responde a la necesidad de cambiar el foco de la perspectiva, en un balance de derechos entre la confidencialidad que se asegura(ba) a los donantes y el derecho a acceder a los orígenes biológicos. En este sentido, el ordenamiento francés adoptó una postura que pretende dar un cambio radical, con una solución que va más allá del cambio normativo hacia futuro. Haber extendiendo la facultad de contactar a los donantes previamente a la LBIO es un acierto, porque presupone ofrecer la oportunidad, si bien limitada a la voluntad de los terceros que intervinieron en el proceso procreativo, a las personas concebidas por TRA, aunque ello no garantiza que los donantes acepten la petición, ni que puedan hacerlo, ya que se podría tratar de personas mayores, sin capacidad o fallecidas. A continuación, profundizamos este tema, tratado en detalle por el TEDH en una reciente sentencia.

52 CAPADD, *Rapport annuel 2022-2023*, adoptado el 15 de septiembre de 2023, disponible en línea: https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/capadd_rapport_annuel_15sept2023_version_adoptee.pdf (último acceso: 28 de diciembre de 2023).

53 Ibid. p. 12.

54 Ibid.

55 Recientemente se lanzó una campaña para invitar a las personas a ser donantes de esperma y de ovulos y sensibilizar a los ciudadanos acerca de la imposibilidad de algunos para ser padre o madre: Agence de la biomédecine, "La nouvelle campagne d'incitation au don de gamètes de l'Agence de la biomédecine", disponible en línea: <https://www.agence-biomedecine.fr/La-nouvelle-campagne-d-incitation-au-don-de-gametes-de-l-Agence-de-la-lang=fr> (último acceso: 28 de diciembre de 2023).

56 MARCHAND, V.: "Cour EDH et dispositif d'accès aux origines des personnes nées d'un don de gamète", 14 de septiembre de 2023, DGEMC, (online).

2. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Gauvin-Fournis et al. contra Francia.

Derecho de conocer los orígenes biológicos versus anonimato en la donación de gametos, ese fue el asunto del caso sometido a la Corte de Estrasburgo. La sentencia emitida por el TEDH el 7 de septiembre de 2023 en el asunto Gauvin-Fournis y Silliau contra Francia n.º 21424/16 y n.º 45728/17 se pronuncia sobre dos peticiones que cuestionan de manera similar la imposibilidad para los niños concebidos mediante TRA con donante de terceros antes de la entrada en vigor de la LBIO de revelar la identidad del donante sin su consentimiento.

Antes de presentar su caso ante el Tribunal, los dos solicitantes, nacidos en Francia en 1980 y 1989 como resultado de una fecundación en vitro (FIV) con donante de terceros, emprendieron gestiones en 2010, poco después de que sus padres les revelaran las circunstancias de su concepción, para obtener información sobre los donantes de gametos responsables de su engendramiento a través de los Centros de Estudio y Conservación de Óvulos y Espermatozoides Humanos (CECOS - Centre d'étude et de conservation des oeufs et du sperme humain) pertinentes⁵⁷.

Específicamente, querían conocer la identidad del donante, así como acceder a otra información no identificativa, como su edad, ocupación, descripción física, motivación para la donación, el número de personas concebidas con sus gametos y datos sobre su historial médico. Uno de ellos también deseaba saber si su hermano, nacido en 1977 a través de FIV, tenía el mismo donante que él. Frente a la negativa de los CECOS, los solicitantes presentaron su caso primero ante la Comisión de Acceso a Documentos Administrativos (CADA) y luego ante las autoridades administrativas, pero el Consejo de Estado, en ambos casos, confirmó el rechazo de sus peticiones en dos decisiones de noviembre de 2015 y diciembre de 2016. Al examinar estos casos desde la perspectiva del marco legal anterior a la LBIO, el Consejo de Estado consideró que al reservar únicamente al médico el acceso a información médica no identificativa sobre el donante en caso de necesidad terapéutica y al prohibir cualquier divulgación de información sobre los datos personales del donante de gametos, el legislador había establecido un equilibrio adecuado entre los intereses en juego, y por lo tanto, este marco no era incompatible con las disposiciones de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁵⁸.

⁵⁷ Sentencia TEDH de 7 de septiembre de 2023, par. 5.

⁵⁸ Ibid. par. 16.

Esto no fue sorprendente en ese momento, pues el Consejo de Estado ya había expresado una opinión similar en un dictamen en 2013⁵⁹. Posteriormente, reiteró esta posición en otra decisión de diciembre de 2017, al considerar que la legislación francesa no violaba de manera desproporcionada las disposiciones del CEDH debido a consideraciones de interés general que llevaron al legislador a prohibir la divulgación de cualquier información sobre el levantamiento del anonimato⁶⁰. Sin embargo, hay que tener presente que, a la hora de dictar la sentencia objeto del presente trabajo, dicha normativa estaba abrogada.

El examen de las solicitudes presentadas al TEDH inevitablemente se vio afectado por estos cambios legales. De hecho, unas semanas después de la entrada en vigor de la LBIO, uno de los solicitantes informó al Tribunal sobre la presentación de una solicitud ante la CAPADD para acceder a sus orígenes. Sin embargo, unos meses después, la CAPADD le respondió que no podía proporcionar una respuesta positiva, ya que, según la información recopilada, el donante había fallecido y, debido a la falta de consentimiento personal y expreso del donante, y según el marco jurídico actual, no podía proporcionar datos identificativos y no identificativos, sin especificar si la muerte del donante ocurrió antes o después de la fecha de presentación de la solicitud.

El TEDH tuvo que pronunciarse sobre las dos solicitudes que había recibido en 2016 y 2017, que, al ser similares en hechos y en derecho, se trataron conjuntamente en la misma sentencia. Ante el Tribunal, los solicitantes argumentaron que la imposibilidad de obtener información sobre su padre biológico infringía su derecho al respeto de su vida privada y familiar, tal como lo garantiza el artículo 8 del Convenio. También afirmaron sufrir discriminación en el derecho al respeto de su vida privada debido a su forma de concepción en comparación con otros niños, invocando el artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 8.

De estos dos alegatos, solo uno, la presunta violación del artículo 8, se aborda en la sentencia del TEDH de manera detallada pero desfavorable. La Corte, al analizar la posible violación del precepto, no se pronuncia sobre la combinación de este artículo con el artículo 14. En opinión de los jueces, este segundo alegato, “a la luz de las conclusiones a las que ha llegado desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio, no plantea ninguna cuestión esencial separada” y concluye que “no es necesario pronunciarse por separado sobre este punto”⁶¹.

59 Conseil d'État, de 13 de junio de 2013 núm. 362981, JORF núm. 0140 del 19 de junio de 2013.

60 VIGNEAU, D.: “Droit de l'enfant à connaître ses origines contre anonymat du don de gamètes avant 2021 : la position de la Cour européenne des droits de l'homme”, *Éditions législatives*, Lefebvre Dalloz, del 27 de septiembre de 2023 (online).

61 Sentencia TEDH de 7 de septiembre de 2023, par. 135.

Para afirmar que no hubo violación del art. 8 del Convenio, los jueces destacan que no existe ningún consenso europeo. Cada Estado miembro dispone de un margen de apreciación para garantizar el respeto efectivo de la vida privada y añade que la situación denunciada por los demandantes se deriva de una elección legislativa, equilibrada y evolutiva⁶². Tras una larga revisión de las normativas aplicable y un excelente repaso de la evolución del derecho francés, del derecho internacional y del derecho comparado relevantes en cuanto al derecho de acceso a los orígenes y el principio de anonimato en la donación de gametos, el TEDH rechaza el supuesto de la violación del art. 8 CEDU.

Esta solución parece acertada y coherente con el que era el marco jurídico en el que se hizo la donación y se llevaron a cabo las TRAs. Sin embargo, habría que matizar cuando, debido a las circunstancias, a las personas en busca de respuestas sobre sus orígenes ya no le queda ninguna alternativa y además el levantamiento del anonimato difícilmente se sustenta frente al deber de confidencialidad. Nos referimos a este supuesto en el siguiente apartado.

3. Levantamiento del anonimato con efectos retroactivos o sin consentimiento del donante: ¿una posibilidad real?

La decisión del TEDH tiene el mérito de destacar las dificultades y problemáticas que quedan a pesar de la modificación sustancial aportada por la L BIO, cuestiones que enfrentan intereses, todos legítimos pero divergentes, y especialmente las dificultades de evaluar retroactivamente la aplicación de la normativa anterior a la luz de la normativa actual cuando ésta rompe profundamente con los paradigmas de la anterior. En el tema tratado, el punto de partida – y quizás el error inicial – fue creer que concebir una vida dentro de una pareja introduciendo a un tercero, bajo el pretexto de que la ciencia lo permitía, no plantearía problemas importantes e insolubles en el futuro, siempre que, por un lado, el deseo de tener hijos pudiera ser satisfecho y, por otro, el anonimato permitiera olvidar la contribución del donante. La experiencia, y el caso relatado es un ejemplo, muestra que la naturaleza mantiene siempre su importancia y que la búsqueda de identidad del hijo concebido por terceros puede ser tan fuerte como la de cualquier otro niño o niña abandonados o adoptados y privados de sus raíces. Tal vez esta sentencia nos brinda la oportunidad de reflexionar más a fondo en una época en la que los legisladores no dejan de multiplicar, especialmente en el campo de la procreación médicamente asistida, las situaciones en las que la verdad biológica se distorsiona o borra deliberadamente⁶³.

62 Sobre los cambios normativos y la jurisprudencia del TEDH, véase BINET, J-R.: "Etude comparative sur l'accès aux origines des personnes conçues par don de gamètes", *Council of Europe*, 2022, pp. 1-40.; y "Le droit d'accéder aux origines personnelles dans la nouvelle loi de bioéthique : un progrès pour les enfants du don", *Dr. Famille*, 2021, dossier 24.

63 VIGNEAU, D.: "Droit de l'enfant", cit.

La sentencia intenta dar respuesta a dos preguntas fundamentales y complejas. Por un lado, se debate la posible aplicación retroactiva a favor de la protección de un derecho fundamental como es, en este asunto, el derecho de acceso a los orígenes (art. 8 CEDH); por el otro lado, también se plantea la posibilidad de reflexionar sobre la posibilidad de acceder a datos identificativos y no identificativos en supuestos en los que no conste el consentimiento debido, por ejemplo, al fallecimiento del donante.

Respecto al primero, como ya hemos apuntado, el TEDH rechaza el supuesto de la violación del art. 8 CEDU sosteniendo que, al no existir un consenso europeo en la materia, cada ordenamiento dispone de un amplio margen de apreciación para garantizar el respeto efectivo de la vida privada. Queda claro que la aplicación retroactiva no es posible sin el consentimiento del donante y la intermediación de la CAPADD.

Respecto al segundo, la cuestión de la imposibilidad a prestar el consentimiento por causas mayores, como es la muerte de la persona interesada, aunque fundamental, no parece haber sido considerada por las instancias administrativas que hayan denegado a los demandantes ni por el TEDH. Es importante destacar que, en la mayoría de los casos, los donantes no desean que su identidad sea revelada, con el fin de evitar las solicitudes de los niños con los que eligieron no mantener ningún vínculo, lo que constituía a la vez su derecho y su obligación con arreglo a la legislación anterior. No obstante, en el marco legislativo establecido en 2021, cuando queda claro que no puede establecerse ningún vínculo de filiación, ni antes ni después de la muerte del donante, y que ninguna pretensión hereditaria podría prosperar, ¿cómo justificar el mantenimiento del secreto acerca de la identidad después de la muerte del donante?

Encontramos únicamente una referencia a ello en la opinión disidente conjunta de los jueces Ravarani, Mourou-Vikström y Gnatovskyy. Los mismos afirman que el principio de confidencialidad es una promesa personal válida solo hacia los donantes mismos, por lo que debería de admitirse que, cuando estas personas fallezcan, ya no sería necesario contar con su consentimiento⁶⁴. En otras palabras, entendemos que sí sería conveniente levantar el anonimato bajo esta circunstancia excepcional.

En opinión de los jueces, los solicitantes, así como toda persona concebida a partir de material genético de terceros, comparten un destino común, el de vivir con un cuestionamiento continuo acerca de sus orígenes, y de haber sido sometido durante años a una normativa que, aunque revisada, permanecía inmutable sobre los principios, mientras que las inquietudes de los niños nacidos de la donación de

⁶⁴ Sentencia TEDH de 7 de septiembre de 2023, opinión disidente, p. 50.

gametos eran cada vez más conocidos⁶⁵. El derecho ha evolucionado demasiado tarde, y en el supuesto concreto la muerte de su padre biológico impide hoy conocer la verdad de manera definitiva, poniendo un punto final a los posibles intentos de levantar el anonimato. Mientras no pueda exceptuarse la falta de consentimiento ante un hecho irreversible como es el fallecimiento, la confidencialidad garantizada por la ley está privando a toda persona de una parte fundamental de su identidad que ninguna intervención legislativa posterior podrá compensar⁶⁶.

Como se ha apuntado, la decisión no fue unánime en la Corte: hubo cuatro votos en contra y tres a favor de la falta de violación del artículo 8. Esto demuestra que la opinión disidente de tres de los siete jueces está lejos de ser anecdótica y revela la extrema sensibilidad de los problemas planteados en la sentencia emitida el 7 de septiembre de 2023. Quizás no es descabellado esperar que, sobre el asunto, se pronunciará próximamente la Grand Chambre.

III. REFLEXIONES FINALES.

Como se ha demostrado, Europa es un puzzle en cuanto a las distintas normativas vigentes en tema de TRA, con especial referencia al régimen de anonimato de los donantes. En efecto, la disponibilidad de ciertos tratamientos más complejos, como la selección de un concreto donante de gametos o la posibilidad de excluir que en el futuro se conozca la identidad de los donantes, genera incertidumbres y desigualdades de cara a los usuarios y usuarias de TRA y se deberían de unificar los criterios que permiten o regulan dichas prácticas en el contexto europeo, en el que la atención médica transfronteriza es en auge.

Concretamente, con referencia a los derechos de los concebidos por TRA, es necesario replantearse una política homogénea con respecto al derecho a conocer sus orígenes biológicos. Para ello, la creación de registros nacionales e internacionales parece muy necesaria. Mientras el debate sobre la posibilidad de levantar el anonimato sigue, deberíamos de concebir el derecho a conocer sus orígenes biológicos como una facultad intrínseca de cualquier ser humano, en un contexto en el que el centro del debate debería de ser el menor, y ya no solo los intereses de los padres intencionales, de las clínicas de reproducción humana asistida o de la privacidad de los donantes.

Si bien es cierto que las distintas barreras de acceso a TRA –tanto respecto al tipo de persona solicitante, cuanto al tipo de servicio solicitado– generan y alimentan el turismo reproductivo, esto sigue siendo una herramienta necesaria para la protección de los intereses de las partes. En efecto, cada persona estaría mejor

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

protegida accediendo a TRA en su propio país, pero, cuando esto no sea posible, la asistencia transfronteriza es necesaria para garantizar la libertad de circulación de los ciudadanos europeos, sin afectar a su libertad de autodeterminación.

En el ordenamiento jurídico francés, la LBIO ha marcado cambios importantes en distintos supuestos que necesitaban una reforma desde hace tiempo. El legislador francés ha dado un paso importante respecto de los derechos de los nacidos por TRA que, a partir de ahora, contarán con la posibilidad de acceder a sus orígenes biológicos, si así lo desean (art. 5 LBIO).

La abolición del anonimato tiene efectos ex nunc, si bien la LBIO otorga también la facultad a los concebidos mediante TRA con gametos de terceros anónimos, de intentar contactar con sus padres biológicos mediante el CAPADD, autoridad que se dedica a hacer de intermediaria entre los interesados. Si los donantes acceden a dicha petición, se brindará a los hijos e hijas la posibilidad de acceder a datos identificativos o no identificativos incluso respecto a aquellos donantes que hicieron su donación antes de la entrada en vigor de la LBIO.

Si bien la norma no tiene carácter retroactivo, tal y como confirma también la Sentencia del TEDH en el asunto Gauvin-Fournis y Silliau contra Francia n.º 21424/16 y n.º 45728/17 de 7 de septiembre de 2023, acceder a dichos datos en la práctica no es tan sencillo. Cuando las peticiones se hacen con arreglo a la LBIO, la CAPAAD facilitará los mismos a los interesados de manera automática. Por el contrario, cuando quien los solicite fue concebido antes de la reforma de la LBIO, el consentimiento del donante es imprescindible.

La decisión del TEDH nos invita a reflexionar sobre la posibilidad de acceder a la identidad de los donantes, de manera excepcional, sin precisar su consentimiento expreso cuando haya prueba fehaciente de que el donante falleció. De esa manera, el respecto de la privacidad de aquellas personas que donaron bajo el pleno régimen del anonimato, es decir, antes de la entrada en vigor de la LBIO, acabaría con su muerte sin afectar negativamente los derechos de quienes desean conocer sus orígenes biológicos.

La entrada en vigor de la LBIO marca sin duda un antes y un después, y nos brinda la posibilidad de repensar sobre un fenómeno cuya magnitud se revelará tarde o temprano incluso en otros ordenamientos jurídicos. Aún con los inconvenientes destacados en el trabajo, permitir el acceso a datos identificativos de manera retroactiva cuando conste el consentimiento del donante es una solución deseable para todos los ordenamientos jurídicos europeos.

En España, a pesar de las recomendaciones del Comité de Bioética de levantar el anonimato, no se ha considerado seriamente la posibilidad de limitar o eliminar

las donaciones anónimas. Sin embargo, sería deseable una inminente reforma del art. 5 LTRHA y la aprobación de un sistema de acceso a la identidad de los donantes similar a la que se adoptó en el ordenamiento francés. Se podría plantear una aplicación de la norma con carácter retroactivo cuando conste el consentimiento del donante, o sin precisararlo cuando la persona haya fallecido. Para ello, es necesaria la implementación de registros funcionales, seguros y eficientes para proteger, por fin, los intereses de los concebidos por TRA.

Queda pendiente preguntarnos qué sentido tiene educar a las madres y a los padres intencionales a revelar a sus hijos las circunstancias de la procreación, sin brindar al concebido todas las herramientas necesarias para conocer la identidad de sus ascendientes y satisfacer la necesidad, si cabe, de conocer su historial biológico.

BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I., y FARNÓS AMORÓS, E.: "Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Difícil Equilibrio", *Oñati socio-legal series*, vol. 7, núm. 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida. Género, Diversidad Sexual y Familias en Plural), pp. 148-178.

ASOCIACIÓN PARA EL ESTUDIO DE LA BIOLOGÍA DE LA REPRODUCCIÓN (ASEBIR), "El Comité de Bioética pide al Gobierno que acabe con el anonimato de los donantes de esperma y óvulos", *ABC*, 7 febrero 2020, (online).

BINET, J-R.: "Etude comparative sur l'accès aux origines des personnes conçues par don de gamètes", *Council of Europe*, 2022, pp. 1-40.

BINET, J-R.: "Le droit d'accéder aux origines personnelles dans la nouvelle loi de bioéthique: un progrès pour les enfants du don", *Dr. Famille*, 2021, dossier 24.

BRUNET, L.: "Donor anonymity and right of access to personal origins", *Council of Europe*, 22 febbraio 2018, (online).

CALHAZ-JORGE, C. et al.: "Survey on ART and IUI: legislation, regulation, funding and registries in European countries: The European IVF-monitoring Consortium (EIM) for the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)", *Human Reproduction Open*, 2020, pp. 1-15.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológico*, del 15 de enero de 2020, (online).

COOK, R. y GOLOMBOK, S.: "A survey of semen donation: phase II-the view of donors", *Human Reproduction*, núm. 10, 1995, pp. 951-959.

COUNCIL OF EUROPE, *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*, Doc. 14835, del 20 de febrero de 2019, (online).

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Factsheet on ART", noviembre 2023, p.1, (online).

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Factsheet on ART", núm. 73, enero 2022, p.1, (online).

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Registries for Medically Assisted Reproduction: essential tools to secure the

protection of the intended parents, third-party donors, and children”, ART fact sheet, enero 2022, (online).

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), *Europe moves towards complete statutory regulation of assisted reproduction*, 6 febrero 2020, (online).

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), “Cross border reproductive care”, ART fact sheet, núm. 1, enero 2017, (online).

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), “Regulation and legislation in assisted reproduction”, ESHRE Fact Sheets, núm. 2, enero 2017, (online).

ESHRE WORKING GROUP ON REPRODUCTIVE DONATION, “Good practice recommendations for information provision for those involved in reproductive donation”, *Human Reproduction Open*, 2022, vol. 00, núm. 0, pp. 1-26, (online).

FARNÓS AMORÓS, E.: “Donor anonymity, or the right to know one’s origins?”, *Catalan Social Sciences Review*, núm. 5, 2015, pp. 1-10.

FRITH, L., BLYTH, E. y FARRAND, A.: “UK gamete donors’ reflections on the removal of anonymity: implications for recruitment”, *Human Reproduction*, vol. 22, núm. 6, 2007, pp. 1675–1680.

GIOVANNINI, G.: “The French Law on Bioethics and its Limitations. Challenges for the future from a comparative perspective”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Oxford University Press, vol. 36, núm. 1, 2022, pp. 1-22.

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

KALFOGLOU, A.L. y GELLER, G.: “A follow-up study with oocyte donors exploring experiences, knowledge, and attitudes about the use of their oocytes and the outcome of the donation”, *Fertility and Sterility*, 2000, núm. 74, pp. 660-667.

MARCHAND, V.: “Cour EDH et dispositif d’accès aux origines des personnes nées d’un don de gamète”, 14 de septiembre de 2023, DGEMC, (online).

PASTOR, J.: “Le projet de loi Bioéthique achève péniblement son parcours”, *Dalloz Actualité*, 30 de junio 2021, (online).

PENNINGS, G.: "How to kill gamete donation: Retrospective legislation and donor anonymity", *Human Reproduction*, vol. 27, núm. 10, 2012, pp. 2881-2885.

PENNINGS, G.: "Commentary on Craft and Thornhill: new ethical strategies to recruit gamete donors", *Reproductive BioMedicine Online*, 2005, vol. 10, núm. 3, pp. 307-309.

PENNINGS, G.: "Legal harmonization and reproductive tourism in Europe", *Human Reproduction*, vol. 19, núm. 12, 2004, pp. 2698-2694.

PENNINGS, G.: "The 'double track' policy for donor anonymity", *Human Reproduction*, vol. 12, 1998, núm. 12, pp. 2839-2834.

PUREWAL, S. y VAN DEN AKKER, O.: "Systematic review of oocyte donation: investigating attitudes, motivations and experiences" *Human Reproduction Update*, 2009, núm. 15, pp. 499-515.

RAPOSO, V.L.: "Contratos de donación de gametos: ¿regalo de vida o venta de material genético?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2012, núm. 37, pp. 93-122.

RAES, I., RAVELINGIEN, A. y PENNINGS, G.: "The right of the donor to information about children conceived from his or her gametes", *Human Reproduction*, 2013, vol. 28, núm. 3, pp. 560-565.

SHENFIELD, F. et al.: "ESHRE's good practice guide for cross-border reproductive care for centers and practitioners", *Human Reproduction*, vol. 26, núm. 7, julio 2011, pp. 1625-1627.

SHENFIELD, F. et al.: "Cross border reproductive care in six European countries", *Human Reproduction* 2010, vol. 25, núm. 6, pp. 1361-1368.

THORN, P., KATZORKE, T. y DANIELS, K.: "Semen donors in Germany: a study exploring motivations and attitudes", *Human Reproduction*, 2008, vol. 23, pp. 2415-2420.

THÉRY, I.: *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, 2015, éditions Ehes.

VAN BEERS, B.: "Is Europe 'Giving in to Baby Markets?' Reproductive tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets", *Medical Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2015, pp. 103-134.

VAN HOOF, W. y PENNING, G.: "Extraterritorial laws for cross-border reproductive care: the issue of legal diversity", *European Journal of Health Law*, núm. 19, 2012, pp. 187-200.

VIGNEAU, D.: "Droit de l'enfant à connaître ses origines contre anonymat du don de gamètes avant 2021 : la position de la Cour européenne des droits de l'homme", *Éditions législatives*, Lefebvre Dalloz, del 27 de septiembre de 2023 (online).

