

EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS  
EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

*THE RIGHT TO KNOW BIOLOGICAL ORIGINS IN ASSISTED  
REPRODUCTION*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 586-613*

Fuensanta  
RABADÁN  
SÁNCHEZ-  
LAFUENTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

**RESUMEN:** En España, se niega el derecho a conocer sus orígenes biológicos a los nacidos por reproducción asistida con aportación de donante siguiendo al art. 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana asistida, que establece el criterio del anonimato del donante. Aunque el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre el anonimato del donante en la sentencia 116/1999, de 17 de junio, concluyendo que no era contrario a la Constitución española, la conveniencia de este criterio siempre ha generado opiniones encontradas. En este sentido, el ordenamiento jurídico español se aleja de otros ordenamientos europeos que sí reconocen el derecho a conocer sus orígenes biológicos a los nacidos por reproducción asistida o que han tomado conciencia de la importancia de este derecho para estas personas, pasando de admitir el anonimato del donante en sus legislaciones a rechazar este criterio. Por ello, el debate acerca del establecimiento del criterio del anonimato del donante en la legislación española y su consecuente negación del derecho a conocer los propios orígenes biológicos vuelve a estar sobre la mesa. Y en este sentido, hay que revisar y discutir las razones que fundamentan la fijación de este criterio.

**PALABRAS CLAVE:** Orígenes biológicos; reproducción asistida; anonimato del donante.

**ABSTRACT:** *The Spanish Law 14/2006, of May 26, on Assisted Human Reproduction Techniques establishes the anonymity of donor. This rule denied the right to know his/her biological origins to the person born by assisted reproduction with donor contribution. In the sentence 116/1999, of June 17, the Spanish Constitutional Court has concluded that the anonymity of the donor was not contrary to the Spanish Constitution. However the convenience of this rule has always generated conflicting opinions. In this sense, the Spanish legal system moves away from other European systems that recognize the right to know his/her biological origins on assisted reproduction or that have become aware of the importance of this right, going from admitting anonymity of the donor in their legislations to reject it. Therefore, it is required to keep on debating about the establishment of the rule of the anonymity of the donor in Spanish legislation and its consequent denial of the right to know own biological origins. And in this sense, it is required to review and discuss the reasons that support the setting of this rule.*

**KEY WORDS:** *Biological origins; assisted reproduction; anonymity of the donor.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS.- I. Concepto y contenido.-2. Reconocimiento y protección a nivel internacional.- 3. Reconocimiento y protección en España.- III. EL ANONIMATO DEL DONANTE Y SU COLISIÓN CON EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS.- IV. PROBLEMÁTICA DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- V. CONCLUSIONES.**

---

## I. INTRODUCCIÓN

La filiación legal no siempre coincide con la filiación biológica, es decir, es posible que se determine legalmente que una persona es hija de otra u otras de las que no desciende, que no son sus progenitores, con las que no guarda vínculo biológico alguno, pero que a todos los efectos legales son sus padres<sup>1</sup>. El ejemplo más claro es el de la adopción.

Esa disociación entre lo legal y lo biológico se da también en las filiaciones derivadas de técnicas de reproducción asistida con aportación de donante (de óvulos, espermatozoides o preembriones)<sup>2</sup>. Habría que incluir a la gestación subrogada o por sustitución como una modalidad o práctica dentro de las técnicas de reproducción asistida, en la que igualmente cabe que un donante aporte su material genético; y en la que son mujeres distintas la que gesta, la que aporta su material genético y la que por ley es madre.

En estos casos en los que la filiación biológica no coincide con la filiación determinada legalmente, urge o aparece el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos.

---

1 LASARTE, C.: *Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 264, señala que “la filiación que importa a efectos legales es la filiación que está determinada legalmente, por ello, es posible que haya personas sin filiación legal (a pesar de que desde el punto de vista biológico filiación siempre existe, pues siempre provenimos de un padre y de una madre)”.

2 ORDÁS ALONSO, M.: “El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, núm. 1, BIB 2015/18278, p. 14, señala que sería más adecuado emplear el término de “reproducción médica asistida” que englobaría tanto a las técnicas de reproducción asistida (fecundación *in vitro*, transferencia de embriones, transferencia intratubárica de gametos, gestación subrogada, entre otras) como a la inseminación artificial, de acuerdo con el Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 2010.

En España, la regulación de las técnicas de reproducción asistida se lleva a cabo en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA), incluyendo la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones, y la transferencia intratubárica de gametos<sup>3</sup>. Se contempla la posibilidad de que estas técnicas se lleven a cabo con contribución de donante –arts. 5, 6.5 y 11.4. c) de la LTRHA-. Además, de acuerdo con los arts. 7 y 8 de la LTRHA<sup>4</sup>, que regulan respectivamente la filiación de los hijos nacidos mediante reproducción asistida y la determinación legal de la filiación, se producirían situaciones de disociación entre la realidad biológica y la filiación legalmente reconocida cuando estas técnicas se lleven a cabo con contribución de un donante. Así, por citar algunos supuestos a modo de ejemplo, si una pareja heterosexual (casada o no) recurre a alguna de estas técnicas de reproducción asistida para tener un hijo, y en lugar de emplearse el material genético de la pareja, se emplea el material genético de un donante. Si se emplea espermatozoides de un donante, el nacido será legalmente hijo de la mujer y de su marido o pareja varón, aunque biológicamente no exista vínculo entre éste y el nacido. Lo mismo ocurre en los casos en los que se utiliza espermatozoides del marido o pareja de la mujer, pero ésta no aporta sus óvulos, sino que se emplean los óvulos de una donante. Si bien, el nacido es hijo del varón y de la mujer (que gesta y pare), genéticamente no existe vínculo entre ésta y el nacido. Igualmente, en el caso de un matrimonio de mujeres que recurran a la reproducción asistida, que requiere la aportación de espermatozoides de un donante. Aunque la filiación pueda reconocerse legalmente a favor de las dos, sólo una de ellas es genéticamente madre del nacido<sup>5</sup>. Como hemos visto, en estas situaciones en las que la filiación biológica y la legal no coinciden, surge el derecho a conocer los propios orígenes biológicos. No obstante, hay que tener en cuenta que la LTRHA dispone en el art. 5.5 el carácter anónimo de estas donaciones y ello imposibilita al hijo conocer la identidad de sus progenitores, razón por la cual, en el ámbito de la reproducción asistida, el estudio de este derecho hace necesario analizar el criterio del anonimato del donante y su colisión con el mismo.

Respecto a la gestación subrogada, esta se prohíbe en el art. 10 de la LTRHA. Pese a esta prohibición, es necesario tener en cuenta que son cada vez más

3 Vid. Anexo de la LTRHA. Observamos que en nuestro ordenamiento la LTRHA incluye la inseminación artificial en las técnicas de reproducción asistida, y que la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, igualmente regulaba la inseminación artificial. Por esta razón, emplearé el término "técnicas de reproducción asistida" y con él me estaré también refiriendo a la inseminación señalado anteriormente sería más conveniente la expresión "reproducción médica asistida".

4 Vid. también los arts. 235-8 y 235-13 del Código Civil de Cataluña.

5 LASARTE, C.: *Derecho de*, cit., pp. 310 a 315. Para un estudio más detenido de la cuestión, Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia", *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, 2018, núm. IV, 1, pp. 315 a 329.

frecuentes los casos de españoles que acuden al extranjero para poder tener un hijo por gestación subrogada y que luego pretenden el reconocimiento de esta filiación en el Registro Civil español, generando toda una problemática dentro de la que cabe incluir el análisis del derecho a conocer los orígenes biológicos de los nacidos por esta vía.

## II. EL DERECHO A CONOCER LOS PROPIOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

### I. Concepto y contenido

Como hemos señalado, el derecho a conocer los propios orígenes biológicos se presenta en aquellos supuestos en los que existe una disociación entre la realidad biológica y la filiación determinada legalmente como en la adopción, en la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida con intervención de donante o en la gestación subrogada. Por otro lado, aunque no se dé esta disociación, también cabe hablar del derecho a conocer los propios orígenes en los supuestos en los que solo se determinó la filiación con respecto a uno de los progenitores (ejemplo, el hijo de madre soltera)<sup>6</sup>.

Una vez señalado el ámbito donde puede presentarse este derecho, es necesario concretar su definición y contenido.

El derecho a conocer los orígenes biológicos sería una parte o aspecto del derecho a la identidad<sup>7</sup>. Tener y desarrollar nuestra propia identidad, nuestra personalidad, aquello que nos individualiza y nos diferencia de otros responde a un interés natural y existencial que debe ser protegido por el derecho, por lo que todo ser humano tiene derecho a la identidad personal<sup>8</sup>. En la elaboración de la propia identidad, necesitamos conocer cuál es nuestro origen, responder a la pregunta ¿de dónde vengo? -¿o de quién?- que guarda relación con nuestra concepción y nacimiento, y también con nuestros progenitores o padres biológicos<sup>9</sup>. El origen biológico engloba también el dato u origen genético, que junto con el nombre y los rasgos físicos constituyen la vertiente estática de nuestra identidad personal<sup>10</sup>.

6 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R.: "Derecho a conocer el origen biológico", en AA.VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* (dir. por C.M ROMEO CASABONA), p. 2. Disponible en <http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/242> [Consulta: 8 marzo 2018].

7 GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a la identidad y filiación: Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 49, 50, 66 y 67. IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos", *Derechos y Libertades*, 2014, núm. 31, p. 228. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R.: "Derecho a", cit., p. 4.

8 FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: "Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI", *Persona, Revista electrónica de derechos existenciales*, 2003, núm. 24, pp. 7, 8, 9 y 12. Disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona24/24FernandezSessarego.htm> [Consulta: 9 mayo 2018].

9 GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Derecho a*, cit., pp. 29 y 33. ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., p. 2.

10 FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: "Persona, personalidad", cit., pp. 7 y 8, distingue en la identidad una vertiente estática, cuyos datos salvo excepciones no varían en el tiempo, y una vertiente dinámica que se despliega

El origen biológico sería así un concepto más amplio, que incluiría, además del patrimonio o herencia genética (origen genético), otros aspectos referidos a los progenitores e incluso a otros parientes biológicos (hermanos, abuelos)<sup>11</sup>. La filosofía y principalmente la psicología han subrayado reiteradamente la importancia de conocer nuestros orígenes biológicos o genéticos en la conformación de nuestra identidad propia<sup>12</sup>. Esa trascendencia no debe llevar a sostener un determinismo biológico o genético, pues en la elaboración de la identidad personal influyen las circunstancias que nos van rodeando a lo largo de nuestra existencia, como la educación recibida, el contexto histórico o social, las personas con las que nos relacionamos, entre otras<sup>13</sup>. Pero la importancia de conocer los propios orígenes no puede negarse, es más, imposibilitar su búsqueda puede conllevar sentimientos negativos (bajo autoestima, vergüenza) o perjuicios en el equilibrio psicológico o emocional de aquellas personas que desconocen ciertos aspectos de su origen biológico, o tener otras consecuencias en su salud, pues a veces es necesario conocer el dato genético para tratar una enfermedad<sup>14</sup>.

Por otro lado, este derecho a conocer los orígenes biológicos comprendería la posibilidad para el hijo de conocer la realidad acerca de su concepción, gestación o nacimiento (si es extramatrimonial, adoptado, si se aplicaron técnicas de reproducción asistida con intervención de donante, etc.), así como la identidad de sus progenitores o padres biológicos<sup>15</sup>. Este segundo aspecto no implica que el hijo tenga que ir a la búsqueda de sus progenitores para necesariamente retomar ese vínculo perdido o entablar una amistad con los mismos. En muchas ocasiones, el hijo lo que busca es información, respuestas acerca de su realidad, de su origen, ver a quien se parece, saber las razones de un abandono, etc., dependiendo del caso<sup>16</sup>. Incluso es posible que al hijo no le interese siquiera saber quién es su progenitor una vez que conoce la verdad sobre su filiación. En todo caso, tenemos que tener presente que se trata de un derecho del hijo y no de una obligación a conocer o buscar sus orígenes<sup>17</sup>. Asimismo, hay que tener en cuenta que en esa búsqueda es posible que sea el progenitor o padre biológico el que no quiere encontrarse con

---

en el tiempo. Esa vertiente dinámica está constituida por numerosos aspectos que expresan el patrimonio ideológico-cultural de cada persona (opiniones, creencias, carácter, etc.).

- 11 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R.: "Derecho a", cit., p. 1.
- 12 GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., pp. 33 a 35, y 355. ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., pp. 2 y 3. DE TORRES SOTO, M.: "La necesidad de revisión y desarrollo equilibrado del artículo 39.2 de la Constitución española", en AA.VV., *La Reforma Constitucional: Propuestas y Desafíos* (coord. por J. LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA y E. PASCUCCI DE PONTE), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, BIB 2018\95, p. 7.
- 13 FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: "Persona, personalidad", cit., p. 8. GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., pp. 28 a 33.
- 14 GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., pp. 35, 47 y 355. IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "El derecho", cit., pp. 228 y 244. ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., pp. 2 y 3. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R.: "Derecho a", cit., pp. 1 y 2.
- 15 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R.: "Derecho a", cit., p. 2.
- 16 GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., pp. 37, 38 y 48. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R.: "Derecho a", cit., pp. 10 y 13.
- 17 IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "El derecho a", cit., p. 244.

su hijo, entablar un vínculo amistoso o revelar cierta información. No obstante, este derecho nos hace plantearnos si existiría un correlativo deber de los que legalmente son padres a dar a conocer al hijo la verdad sobre su filiación. Es decir, si por ejemplo, los padres tienen obligación de informar a su hijo que es adoptado, o que recurrieron a técnicas de reproducción asistida con intervención de donante o de una madre gestante, o si la madre soltera tiene obligación de revelar al hijo la identidad de su padre<sup>18</sup>, etc. Entiendo que, en el plano legal, este deber de los padres de revelar al hijo la verdad sobre sus orígenes depende en gran medida de la regulación que exista del derecho del hijo a conocer sus propios orígenes biológicos. Si la ley reconoce ese derecho del hijo, implícitamente existe ese correlativo deber de los que legalmente son padres de revelar al hijo la realidad sobre su concepción o su nacimiento, aunque la ley no regule o se refiera a ese deber de forma expresa.

Asimismo, hay que tener presente que el derecho a conocer los orígenes biológicos no comprende un derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación con los progenitores (ni tampoco a modificar los ya existentes)<sup>19</sup>. Otra cuestión es que el ejercicio de estas acciones de filiación por el hijo suponga que previamente ha debido conocer la realidad sobre su origen biológico o que dé lugar a la práctica de pruebas biológicas en el seno de un proceso judicial para aclarar si una persona es biológicamente su padre. Por ello, el ejercicio de estas acciones por el hijo sí tiene como presupuesto el derecho a conocer los orígenes, pero el derecho a los orígenes no conlleva ineludiblemente el ejercicio de estas acciones de filiación porque no comprende el derecho a establecer o modificar vínculos de filiación<sup>20</sup>.

## 2. Reconocimiento y protección a nivel internacional

Teniendo en cuenta la trascendencia que el conocimiento de sus orígenes biológicos tiene en la conformación de la identidad y en la salud emocional, psíquica o física de las personas cuya filiación legal y biológica se presenta disociada o bien de las personas que desconocen aspectos de su filiación biológica, se puede asimismo afirmar la necesidad de reconocer y proteger este derecho tanto en normas internacionales como en leyes estatales.

En lo que respecta al reconocimiento y protección en textos internacionales de este derecho a conocer los orígenes biológicos, o bien del derecho a la identidad al que resulta ligado, hay que señalar a la Convención sobre los Derechos del Niño,

18 Al no mencionarse expresamente en las leyes el deber de la madre de revelar al hijo la identidad del padre biológico extramatrimonial, surge el interrogante acerca de si puede ser obligada a dar a conocer esa información o prevalece su intimidad. En la jurisprudencia alemana, encontramos ejemplos en los que las manifestaciones de los Tribunales, permiten extraer como consecuencia práctica la posibilidad de constreñir a la mujer a cumplir con este deber. Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R.: "Derecho a", cit., p. 9.

19 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R.: "Derecho a", cit., p. 6. Asimismo, ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., p. 2.

20 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R.: "Derecho a", cit., p. 6.

adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>21</sup>, que establece en el art. 7.I "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" y en el art. 8.I "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". La interpretación de estos artículos es objeto de debate, en concreto la expresión "en la medida de lo posible" del art. 7.I que puede estar referida a una imposibilidad material (por ejemplo, en caso de falta de datos sobre su identidad o de abandono del niño sin que la madre dejase algún rastro) o una imposibilidad jurídica, en la medida que los Estados pueden limitar el acceso a dicho conocimiento (como ocurre en algunos Estados cuyas leyes permiten el secreto con respecto a estos asuntos, así los que admiten las adopciones secretas, el anonimato del parto o el anonimato del donante en la reproducción asistida)<sup>22</sup>. Teniendo presente esta segunda interpretación, se considera que el reconocimiento de estos derechos por la Convención sobre los Derechos del Niño es puramente formal, vacío y proporciona una protección bastante ineficaz, o incluso se cuestiona que recoja un derecho a la identidad biológica sosteniendo que no es todo lo claro que debería en orden al establecimiento de un derecho del niño a conocer sus orígenes desvinculado de la filiación<sup>23</sup>.

Asimismo, hay que destacar el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993<sup>24</sup> (en adelante Convenio de la Haya sobre adopción internacional), que dispone en el art. 30: "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 a 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".

Por otro lado, en el ámbito europeo, no hay mención del derecho a conocer los orígenes biológico -o del derecho a la identidad-, en el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>25</sup> (en adelante Convenio). No obstante, ello no ha impedido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncie

21 Ratificado por España el 30 de noviembre de 1990.

22 GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., pp. 52 y 53. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R.: "Derecho a", cit., pp. 2 y 3. También IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "El derecho a", cit., pp. 228 y 229.

23 GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., p. 53. ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., p. 4.

24 Ratificado por España el 30 de junio de 1995.

25 Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979.



sobre estos derechos en distintas sentencias sosteniendo su existencia como una derivación del derecho a la vida privada del art. 8.1 del Convenio. Así, por ejemplo, en la sentencia de 7 de febrero de 2002, caso Mikulic contra Croacia, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos dio la razón a la demandante, la cual consideraba que la duración excesiva del procedimiento de demanda de paternidad que había iniciado ante los tribunales de Croacia había vulnerado su derecho a la vida privada, al haberla mantenido durante todo ese tiempo en una situación de incertidumbre sobre su identidad personal. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos consideró que la 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” y que “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”. Por último, el Tribunal Europeo señaló que “las personas en la situación de la demandante tienen un interés vital, protegido por el Convenio, de recibir la información necesaria para descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal”. Estos mismos argumentos se repitieron por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 13 de julio de 2006, caso Jäggi contra Suiza, y en la sentencia de 6 de julio de 2010, caso Backlund contra Finlandia, que trataban igualmente sobre procesos de reclamación de paternidad, iniciados por los hijos.

En todos estos casos, el derecho a los orígenes y el derecho a la identidad van parejos a procesos de reclamación de la paternidad que pretenden el establecimiento de vínculos de filiación entre el hijo y el progenitor, pero también encontramos jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que reconoce el derecho a los orígenes como parte del derecho a la vida privada al margen de estos procesos de filiación. Así, en la sentencia de 25 de septiembre de 2012, caso Godelli contra Italia, la demandante (adoptada en su niñez) consideraba que se había vulnerado su derecho a la vida privada al habersele negado información sobre sus orígenes, en virtud de la legislación italiana que protege la voluntad manifestada en el parto por la madre biológica de mantener en secreto su identidad. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que “el deseo de la demandante no es poner en cuestión su filiación adoptiva sino conocer las circunstancias de su nacimiento y de su abandono incluyendo la identidad de sus padres biológicos” y que “el derecho a conocer su ascendencia se encuentra en el campo de aplicación de “vida privada”, que engloba aspectos importantes de la identidad personal, entre los que la identidad de los progenitores es una parte”. También recordaba que el “artículo 8 protege un derecho a la identidad y al desarrollo personal y a establecer y desarrollar vínculos con sus semejantes y con el mundo exterior” y que “A este desarrollo contribuyen el establecimiento de detalles de su identidad como ser humano y el interés vital, protegido por

el Convenio, a obtener las informaciones necesarias para descubrir la verdad en relación a un aspecto importante de su identidad personal, por ejemplo, la identidad de sus progenitores". Por último, el Tribunal Europeo concluyó que se había vulnerado el derecho a la vida privada de la demandante porque la legislación italiana no había conseguido un equilibrio y proporcionalidad entre los intereses de las partes en conflicto (derecho a los orígenes de la hija y anonimato de la madre biológica). No obstante, observamos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no rechazó el criterio del parto anónimo sino la regulación que a este respecto había llevado a cabo la legislación italiana que en opinión del Tribunal Europeo era demasiado restrictiva pues no ofrecía al adoptado la posibilidad de conocer información alguna sobre sus orígenes, incluso aquella que no revelara la identidad de los progenitores, y tampoco permitía la reversibilidad del secreto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tampoco rechazó el parto anónimo en la sentencia de 13 de febrero de 2003, caso Odièvre contra Francia, en la que además consideró que la legislación francesa había conseguido equilibrar los distintos intereses encontrados (derecho a los orígenes de la hija, anonimato de la madre biológica, e intereses de la familia biológica y la de adopción) en la medida que permitía a la hija adoptada conocer datos sobre su origen biológico, si bien aquellos que no fueran reveladores de la identidad de la madre y la familia biológica, y contemplaba la reversibilidad del secreto de la identidad de la madre, siempre con el consentimiento de ésta.

A la vista de estas sentencias, podemos concluir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho a los orígenes biológicos como parte del derecho a la vida privada del art. 8.1 de la Convención pero también reconoce que, en aquellas situaciones en las que el derecho a los orígenes entra en conflicto con otros derechos o intereses igualmente protegibles, los Estados disponen de un margen discrecional para regular esa situación, siempre que lo hagan de forma equitativa y proporcionada, en virtud del art. 8.2 del Convenio<sup>26</sup>. Es decir, los Estados tienen que regular ese choque de intereses, para lo que disponen de cierto margen de libertad, y eso se traduce, en la posibilidad de establecer límites al derecho a los orígenes cuando entra en colisión con otros derechos protegibles, siempre que lo hagan de forma equilibrada y proporcionada. El interrogante que me surge al respecto es cuándo ese límite está realmente justificado y cuándo supone una exclusión de este derecho. En mi opinión, el criterio del anonimato en el parto implica una negación injustificada del derecho a los orígenes biológicos, en la medida que imposibilita conocer la identidad de los progenitores (contenido fundamental de este derecho), que otorga preeminencia a la voluntad de la

26 En referencia al derecho a la vida privada y familiar, el art. 8.2 del Convenio "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 del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

progenitora (que se impone a la del hijo de forma unilateral y no equilibrada), y que contradice los acuerdos internacionales, como el Convenio de la Haya sobre adopción internacional<sup>27</sup>.

Tampoco existe mención a estos derechos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007<sup>28</sup>. Por el contrario, hay que destacar la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992 que recoge en el art. 8.10 "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".

### 3. Reconocimiento y protección en España

En primer lugar, hay que tener en cuenta que los convenios citados en el anterior apartado han sido ratificados por España, por lo que forman parte de su ordenamiento jurídico, y en la medida que reconocen el derecho a la identidad o a los orígenes biológicos, está obligado nuestro país a respetar estos derechos, si bien, como hemos visto, dispone de un margen de discrecionalidad a la hora de regularlos.

En lo que respecta a la Constitución española de 1978 (en adelante CE), esta no menciona el derecho a conocer los orígenes biológicos. No obstante, la doctrina considera que la búsqueda de los orígenes puede inferirse de otros principios y derechos que sí recoge la CE como son la dignidad (art. 10.1), el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), la integridad física y moral (art. 15), la intimidad (art. 18) o la investigación de la paternidad (art. 39.2)<sup>29</sup>. Sostener que el derecho a conocer los orígenes biológicos deriva de uno u otro tiene su trascendencia, pues con ello se plantea la posibilidad de que pueda ser objeto de protección a través del recurso de amparo. A este interrogante se le da una respuesta distinta dependiendo de que se entienda que el mismo deriva -o no- de uno de los derechos a los que la

27 En sentido similar se manifestaron los jueces disidentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Odièvre, para quienes la legislación francesa sobre parto anónimo no equilibraba los intereses en conflicto, vulnerando el derecho a conocer los orígenes biológicos de la demandante. En contra del parto anónimo y de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Odièvre, Vid. GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., p. 60.

28 Tampoco lo hacía la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, ya derogada.

29 Por todos, Vid. GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., pp. 64 y ss.; JARUFE CONTRERAS, D.: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción "versus" técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 322, y ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., pp. 8 y 9.

CE otorga la protección del recurso de amparo (art.53.2), es decir, los reconocidos en los arts. 14 a 29 de la CE, más la objeción de conciencia del art. 30 de la CE. Así, la tutela del derecho a los orígenes se podría recabar a través del recurso de amparo si afirmamos que deriva del derecho a la integridad (art. 15), pero no sería posible su tutela a través de este recurso si sostenemos que deriva del principio a la dignidad (art. 10.1), aunque siempre quedaría la tutela ante los tribunales ordinarios<sup>30</sup>. Considero que el derecho a conocer los propios orígenes biológicos puede inferirse de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE)<sup>31</sup>, ya que, según hemos señalado anteriormente, el conocimiento de los orígenes es un aspecto del derecho a la identidad y tener y desarrollar nuestra identidad, nuestra personalidad, aquello que nos individualiza responde a un interés natural y existencial que encaja en la esfera de los mencionados principios del art. 10.1 de la CE. Asimismo, según hemos estudiado, impedir la búsqueda de sus orígenes biológicos puede implicar consecuencias perjudiciales para la salud emocional, psíquica o física de determinadas personas, lo que podría considerarse contrario a su derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la CE) y en este caso, cabría que el perjudicado en su integridad por esa negativa a su derecho a conocer los orígenes biológicos pudiera recabar la protección del recurso de amparo<sup>32</sup>.

Por el contrario, sí se recoge de forma expresa el derecho a conocer los orígenes biológicos, pero referido sólo al ámbito de la adopción, en el art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional—"Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores"- y en el art. 180.6 del Código Civil -"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"<sup>33</sup>. Hay que subrayar que el derecho del adoptado a conocer su origen biológico no

30 Teniendo en cuenta que Tribunal Constitucional excluye de la protección del recurso de amparo al art. 10 de la CE. Vid. STC 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 57) y STC 233/1993, de 12 de julio, (RTC 1993, 233). Para un estudio más detenido de la cuestión, Vid. GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., pp. 68 a 70. ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., pp. 8 y 10, considera que el derecho a conocer los orígenes biológicos no tiene anclaje en otros derechos, fuera de la dignidad y el desarrollo de la personalidad del art. 10.1 del CE, por eso, en su opinión, no cabe el recurso de amparo.

31 En este sentido, se pronuncia la STS 21 septiembre 1999 (RAJ 1999, 6944), que también señala al art. 39.2 de la CE. En doctrina, entre otros, Vid. GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., p. 67; JARUFE CONTRERAS, D.: *Tratamiento legal*, cit. p. 331 y ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., p. 10.

32 GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., pp. 66 y 99, sostiene que, en determinados supuestos, existe un nexo entre el conocimiento de los orígenes biológicos y el derecho a la integridad física y moral. En contra, Vid. ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., p. 10.

33 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional modificó el art. 180 del Código Civil añadiendo el apartado 5 que reconocía expresamente el derecho a los orígenes del adoptado. El art. 180 ha vuelto a ser objeto de reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio de 2015, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pasando a reconocerse este derecho en el apartado 6.

afecta a su filiación adoptiva ya establecida, pues de acuerdo con el art. 180.4 del Código Civil “La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”<sup>34</sup>. En el ámbito autonómico, hay que destacar el Código Civil de Cataluña que recoge este derecho en el art. 235-49 -“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, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar la identidad de sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva”-. También aquí resaltamos que la filiación adoptiva no resulta afectada por el derecho a los orígenes. Además, el art. 235-50 del Código Civil de Cataluña recoge expresamente la obligación de los padres adoptivos de informar al hijo que lo adoptaron “tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor”.

A este respecto, considero que el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en la norma catalana, no se recoja en el Código Civil de forma expresa el deber de los padres adoptivos de revelar al hijo la realidad sobre sus orígenes biológicos no ha de entenderse como una negación de este deber. Si se reconoce el derecho del adoptado a conocer datos de sus orígenes biológicos y se señala la obligación de las Entidades públicas, así como cualquier entidad pública y privada, de suministrar información al respecto en la medida que disponen de la misma –arts. 180.5 y 6 del CC-, ¿cómo no se va a entender que existe un deber correlativo de los padres adoptivos de informar al hijo que es adoptado? Además, hay que suponer que previamente a esa búsqueda o consulta de los datos, el interesado habrá tenido que conocer que es adoptado, ¿y quién le habrá revelado esa realidad?, ¿quién mejor que sus padres adoptivos? Por supuesto, los padres adoptivos no están obligados a informar de aquello que no sepan, pues hay datos sobre los orígenes que tienen una publicidad restringida, salvo para el interesado, o que solo los progenitores o padres biológicos pueden aclarar, como, por ejemplo, las razones que les llevaron a darlo en adopción. Pero los que legalmente son padres sí tienen el deber de darle a conocer la realidad sobre su filiación y no obstaculizar la búsqueda de esos orígenes. Hay que tener en cuenta también que el Código Civil reconoce ese derecho también al adoptado menor de edad que podrá actuar a través de sus representantes legales, que en la gran mayoría de los casos serán sus padres adoptivos, lo que implica la necesaria colaboración de estos. El cuándo y cómo deberán cumplir los padres adoptivos, al no recogerse ese deber de forma expresa en el Código Civil, tampoco se especifica. Por el contrario, la norma catalana sí contiene un criterio al respecto: los padres adoptivos deberán informar al hijo de su condición de adoptado tan pronto como este tenga suficiente madurez

34 JARUFE CONTRERAS, D.: *Tratamiento legal*, cit. p. 337, señala que “ni el ejercicio de la acción, ni el mero conocimiento de los datos de origen del adoptado, significan la asunción ni de la paternidad ni de responsabilidad alguna por parte de los padres biológicos así determinados y conocidos; y no se afectará, en ninguno de los casos la adopción constituida”.

o como máximo cuando haya cumplido los 12 años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor. ¿Significa esto que el niño hasta los 12 años podría permanecer ignorante de esta realidad? ¿Es esto lo más conveniente a los intereses del menor? Considero que hubiese sido más acertado no incluir este criterio y en su lugar establecer que los padres adoptivos deben cumplir con ese deber de la forma más beneficiosa para los intereses del menor<sup>35</sup>. Por último, en algunos casos, es innecesario revelarle que es adoptado porque las diferencias raciales entre padres e hijos ya lo habrán evidenciado<sup>36</sup>.

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre en la adopción, en el ámbito de las filiaciones derivadas de las técnicas de reproducción humana asistida con intervención de donante se excluye este derecho a conocer los orígenes biológicos, teniendo presente que el párrafo 1º del art. 5.5 de la LTRHA establece el anonimato del donante –“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”-. Sí es posible para el hijo nacido obtener información general de los donantes que no incluya su identidad –párrafo 2º del art. 5.5 de la LTRHA-, y “sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”– párrafo 3º del art. 5.5 de la LTRHA-. Hay que tener en cuenta que de acuerdo con el art. 8.3 de la LTRHA “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”. Es decir, que una vez revelada la identidad del donante en algunos de los supuestos previstos en el art. 5.5 de la LTRHA, no cabe el ejercicio de acciones tendentes al establecimiento de un vínculo jurídico de filiación entre el hijo y el donante, aunque este sea su progenitor.

En lo que respecta a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el derecho de los orígenes en varias sentencias, destacando la STS 21

35 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R.: “Derecho a”, cit., p. 11, considera que generalmente es beneficioso para el niño saber su condición de adoptado a cualquier edad, pero que, en cambio, conocer la identidad de los progenitores sí exige una cierta madurez. También señala que son los padres adoptivos quienes están en mejores condiciones de concluir cuándo la madurez se ha alcanzado, teniendo esta discrecionalidad de los padres el límite de interés superior del menor.

36 A este respecto, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R.: “Derecho a”, cit., p. 2, señala que “un niño proveniente de un país africano de piel negra, que ve a su papá y a su mamá suecos, de piel blanca, no necesitará demasiadas explicaciones para conocer que él es una persona adoptada; pero saber que es una persona adoptada no es lo mismo que identificar concretamente a las personas que lo engendraron”.

septiembre 1999<sup>37</sup>, en la que sostenía que las normas registrales<sup>38</sup> que posibilitaban ocultar la identidad de la madre biológica soltera por su propia decisión eran contrarias a la Constitución española, por pugnar “con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39.2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24.1 en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión”. Y añadía que estas normas daban lugar a que el hijo biológico perdiese por completo “el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes”, lo que no era admisible teniendo en cuenta que “cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”<sup>39</sup>. Por lo tanto, a la vista de esta sentencia, podemos concluir que, además de posicionarse en contra del parto anónimo, el Tribunal Supremo parece relacionar el derecho a conocer los orígenes biológicos con los arts. 10 y 39.2 de la CE.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional interpreta el principio de investigación de la paternidad del art. 39.2 de la CE como forma de protección al hijo en el ATC 221/1990, de 31 de mayo; STC 7/1994, de 17 de enero; y STC 273/2005, de 27 de octubre<sup>40</sup>. Aunque en la STC 138/2005, de 26 de mayo<sup>41</sup>, y en la citada STC 273/2005, de 27 de octubre, el Tribunal Constitucional también señala la relación del principio de investigación de la paternidad con la dignidad de la persona del art. 10.1 de la CE y el derecho del hijo a conocer su identidad, pone el acento en que la finalidad de este principio es posibilitar la protección del hijo.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el criterio del anonimato del donante y su relación con el principio de investigación de la paternidad, cuestión esta que analizo en el apartado siguiente de forma más detallada por implicar, en definitiva, al derecho a conocer los orígenes biológicos de los nacidos por técnicas de reproducción asistida.

iii. el anonimato del donante y su colisión con el derecho a conocer los orígenes biológicos

37 STS 21 septiembre 1999 (RAJ 1999, 6944).

38 Se trataba del art. 47 de la Ley de 8 de junio 1957 del Registro Civil y de los arts. 167, 182 y concordantes del Reglamento del Registro Civil.

39 Sobre el anonimato del parto se pronuncia en sentido contrario el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en la sentencia de 13 de febrero de 2003, caso Odièvre contra Francia.

40 ATC 221/1990, de 31 de mayo (RTC 1990, 221); STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994,7); y STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273).

41 STC 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005, 138).

Respecto al criterio del anonimato del donante se pronunció el Tribunal Constitucional en la STC 116/1999, de 17 de junio<sup>42</sup>, con ocasión del recurso de constitucionalidad promovido contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (en adelante Ley 35/1988). La hoy derogada Ley 35/1988 establecía en su art. 5.5 que la donación sería anónima salvo en los casos de peligro para la vida del hijo o aquellos en los que procediese con arreglo a las leyes procesales penales revelar la identidad del donante. En el recurso de constitucionalidad presentado se sostenía la incompatibilidad del anonimato del donante con el principio de investigación de la paternidad del art. 39.2 de la CE. El Tribunal Constitucional rechaza la inconstitucionalidad del art. 5.5 de la Ley 35/1988 esgrimiendo el siguiente argumento: "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 justificativas 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 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 a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución". Es decir, el Tribunal Constitucional considera que el anonimato del donante no constituye una causa injustificada de limitación de la investigación de la paternidad, teniendo presente que la revelación de la identidad del donante atiende a una finalidad distinta de la perseguida por la acción de reclamación o investigación de la paternidad. De ello cabe concluirse que si la revelación de la identidad del donante no tiene lugar (anonimato del donante) no se atenta contra el fin perseguido por el principio de investigación de la paternidad. Además el Tribunal Constitucional señala que "el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad", teniendo en cuenta las excepciones establecidas en caso de peligro para la vida del hijo o de exigencia de las leyes procesales penales, y la posibilidad para los

42 STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999, 116).



hijos nacidos mediante esta técnicas de obtener información general sobre 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”. Por todo ello afirma que, al preservar la identidad de los donantes, la regulación legal no ocasiona consecuencias perjudiciales para los hijos. Por último, el Tribunal Constitucional añade que “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 que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones -desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación- puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo”. Es decir, considera que el anonimato del donante es una limitación que se justifica en la medida que favorece la puesta en práctica de las técnicas de reproducción asistida.

Como hemos indicado la Ley 35/1988 fue derogada, concretamente por la LTRHA de 2006, pero, en lo que se refiere al anonimato del donante y sus posibles excepciones, la regulación de ambas es coincidente, razón por la cual son trasladables a la actualidad las consideraciones mantenidas por el Tribunal Constitucional en la citada STC116/1999, de 17 de junio. En este sentido, siguiendo la opinión del Tribunal Constitucional, se podría afirmar que el criterio del anonimato del donante establecido por la vigente LTRHA no contradice la Constitución española<sup>43</sup>.

Como hemos visto, el principio de investigación de la paternidad del art. 39.2 del CE implica el ejercicio de acciones de filiación que buscan constituir un vínculo jurídico “comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial”<sup>44</sup>. Al sostenerla distinción entre la finalidad perseguida con el ejercicio de las acciones de reclamación o investigación de la

43 Sobre el criterio del anonimato del donante y su posible inconstitucionalidad, se han distinguido en la doctrina tres corrientes: la maximalista, que defiende la incompatibilidad del anonimato del donante con los arts. 10, 14, 15, 18, 39.2 y 39.3 de la CE, llegando algunos autores a sostener la posibilidad de establecer vínculos jurídicos de filiación entre el donante y el hijo; la minimalista, que sostiene la constitucionalidad de este criterio, coincidiendo con la opinión del Tribunal Constitucional; y la intermedia, que considera el criterio del anonimato del donante inconstitucional pero que, a diferencia de la maximalista, sostiene que la revelación de la identidad del donante no debe conllevar la atribución de vínculos jurídicos de filiación. Para un estudio más detenido de la cuestión, Vid. GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a, cit.*, pp. 194 a 201; y JARUFE CONTRERAS, D.: *Tratamiento legal*, cit. p. 342 a 350.

44 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La filiación”, pp. 307, opina que “el alcance que el Tribunal Constitucional atribuye a la acción de investigación de la paternidad es excesivamente restringido, al considerarla, exclusivamente, como un medio para determinar la relación paterno-filial, ignorando la extraordinaria

paternidad de la pretendida con la revelación de la identidad del donante, el Tribunal Constitucional afirma que el criterio del anonimato del donante no contradice al principio de investigación de la paternidad del art. 39.2 de la CE<sup>45</sup>. Ahora bien, el derecho a conocer los orígenes biológicos no comprende la atribución de un vínculo jurídico de filiación con el progenitor; como anteriormente se ha dicho, pero las acciones de reclamación de la paternidad ejercidas por el hijo implican que haya indagado o conocido previamente su origen biológico o bien pueden conllevar la práctica de pruebas biológicas en el seno de un proceso de filiación para aclarar su origen biológico. Por ello, considero que el derecho a conocer los orígenes es presupuesto del ejercicio de estas acciones y que guarda relación con el principio de investigación de la paternidad. Además, ya hemos visto antes, que el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos comprende la realidad acerca de su concepción y nacimiento y la identidad de sus progenitores. Si, en el ámbito de la reproducción asistida, la revelación de la identidad del donante pretende dar a conocer al hijo quien es su progenitor, el no posibilitar la revelación de esa identidad del donante (anonimato) se opone al derecho a conocer los orígenes biológicos. Otra cuestión es que esa limitación del derecho a conocer los orígenes biológicos esté justificada.

Uno de los argumentos que se utiliza para justificar el criterio del anonimato del donante es la protección de la intimidad del donante y de los que legalmente son padres<sup>46</sup>. En lo que respecta a estos últimos, se busca salvaguardar su intimidad, para que no se vean obligados a tener que revelar a su hijo aspectos como la esterilidad de uno de ellos o las razones muy personales o íntimas que les llevaron a recurrir a esta vía para tenerlo o bien para que esa revelación no altere la paz y estabilidad familiar<sup>47</sup>. En la adopción, esa misma intimidad existe para los padres adoptivos, pero no prevalece sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos del hijo adoptado, por la importancia y el beneficio que el conocer sus orígenes biológicos aporta para el hijo adoptado. La misma importancia y beneficio que se ha señalado conlleva para el hijo nacido por reproducción asistida<sup>48</sup>. En mi opinión, esa diferencia de trato no tiene razón de ser y por ello, no cabe defender la conveniencia del criterio del anonimato del donante basándose en la protección de la intimidad de los que legalmente son padres. En lo que respecta al donante, la

---

importancia que el conocimiento de los orígenes biológicos de una persona pueda tener en orden a la determinación de su identidad como ser humano individual (...).

45 A este respecto, cabe cuestionarse si el anonimato del donante vulneraría el art. 39.2 de la CE en los supuestos en los que la mujer soltera y sin pareja tiene un hijo acudiendo a estas técnicas de reproducción asistida, teniendo en cuenta que el anonimato del donante varón impide al hijo ejercer acciones con el fin de determinar legalmente esa paternidad. Vid. GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., pp. 196 y 201; JARUFE CONTRERAS, D.: *Tratamiento legal*, cit. pp. 351 y 352; y SM.O.: "Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2016, núm. 34, p. 302.

46 ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., p. 21; y SM.O.: "Los orígenes", p. 310.

47 IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "El derecho a", cit., pp. 236 y 237; ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., p. 21; y SM.O.: "Los orígenes", p. 310.

48 IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "El derecho a", cit., pp. 241 a 245.

protección de su intimidad puede llevarse a cabo garantizando que la revelación de su identidad tenga carácter restringido (que tenga acceso el hijo como interesado o bien sus representantes legales en el caso que fuese necesario) y no implique en ningún caso su publicidad, de la misma forma que ya lo establece el párrafo 3º del art. 5.5 de la LTRHA para los casos excepcionales en los que tiene lugar esa revelación de la identidad. Y de manera similar a la filiación adoptiva, donde los datos que figuran en el Registro Civil tienen una publicidad restringida -arts. 44. 4 párrafo 2º, 83 y 84 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil- y entre los que figuraría la identidad de la madre biológica teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento no ampara el parto anónimo<sup>49</sup>. Por todo ello, considero que el criterio del anonimato del donante no se justifica en la salvaguarda de la intimidad del donante. Además, la revelación de esa identidad puede llevarse a cabo sin que implique el establecimiento de un vínculo jurídico de filiación entre el hijo y el donante, es decir, sin que suponga para el donante la atribución de los deberes o responsabilidades derivadas de una filiación, al igual que ya prevé el art. 8.3 de la LTRHA para los supuestos excepcionales del art. 5.5 de la LTRHA en los que se dé a conocer la identidad del donante, y de igual modo que hemos visto ocurre en la adopción, de acuerdo con el art. 180.4 del CC y el art. 235-49.2 del Código Civil de Cataluña<sup>50</sup>. Y ello, como ya hemos explicado, porque el derecho a conocer los orígenes no comprende un derecho a establecer vínculos legales de filiación.

Otros de los argumentos que se emplea para sostener el anonimato del donante es que favorece la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida pues de lo contrario, y así lo pone de relieve la STC 116/1999, de 17 de junio, resultaría muy dificultoso la obtención del material genético necesario para realizarlas<sup>51</sup>. Al respecto me surgen los siguientes interrogantes: la limitación de un derecho como la búsqueda de los orígenes, tan importante en la conformación de la identidad personal, cuestión esta básica en cualquier ser humano, se justifica para favorecer ¿a quiénes tienen problemas para concebir un hijo biológico?<sup>52</sup>, o más bien, ¿a determinadas clínicas de reproducción asistida que de esta forma no ven reducida su potencial clientela?, o tal vez, ¿al llamado turismo reproductivo y quiénes se benefician económicamente del mismo?<sup>53</sup> ¿A quién o a qué se favorece realmente con el mantenimiento del anonimato del donante?

---

49 SM.O.: "Los orígenes", p. 311.

50 En este sentido, Vid. JARUFE CONTRERAS, D.: *Tratamiento legal*, cit. pp. 355, 356, 374 y 375.

51 A favor de este argumento, ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., p. 23 y 24.

52 GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., p.201, considera que no existe un derecho a ser padres que justifique este argumento. Vid. también DE TORRES SOTO, M.: "La necesidad", cit., p. 20. En contra, Vid. ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., pp. 24 y ss.

53 IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "El derecho a", cit., p. 239, señala que las técnicas de reproducción asistida tienen una dimensión económica y que se han convertido en el negocio de la esterilidad, que mueve a su alrededor mucho dinero y prestigio. En este sentido, el anonimato del donante resulta necesario para mantener este negocio. Sobre España como destino de este "turismo reproductivo", Vid. GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., p. 91 y ss.

Por último, con la posibilidad de dar a conocer la identidad del donante en casos excepcionales (grave peligro para la vida o la salud del hijo) no puede considerarse que se respeta el derecho a los orígenes biológicos del hijo por reproducción asistida. De esta forma se pretendería salvar su derecho a la salud, a la vida o a la integridad<sup>54</sup>.

Por todo ello, considero que el criterio del anonimato del donante supone una limitación injustificada del derecho a conocer los orígenes biológicos. Y si, de acuerdo con lo que hemos estudiado, este derecho se sustenta en el principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 de la CE, el anonimato del donante también podría considerarse contrario a la Constitución española. Es por esto que sería conveniente suprimir el carácter anónimo de las donaciones que se realizan en el ámbito de la reproducción asistida, para así respetar el derecho a conocer los orígenes biológicos de los nacidos por esta vía y hacer desaparecer las diferencias injustificadas que a este respecto se dan con la adopción<sup>55</sup>. Asimismo entiendo que la revelación de la identidad del donante debería hacerse con carácter restringido, al interesado, y sin publicidad respecto a terceros y que no habría de implicar la determinación de un vínculo legal de filiación entre el hijo y el donante y tampoco la modificación de la filiación ya establecida<sup>56</sup>.

De esta forma, el ordenamiento jurídico español se aproximaría al de otros países europeos que respetan el derecho a conocer los orígenes biológicos de los nacidos por reproducción asistida como es el caso de Suecia, Suiza, Austria o Alemania. Y seguiría el ejemplo de Reino Unido, que ha tomado conciencia de la importancia de este derecho también para los nacidos a consecuencia de estas técnicas y ha optado por eliminar este criterio de su legislación, cuando antes lo admitía<sup>57</sup>. O de Portugal, donde el Tribunal Constitucional portugués en la sentencia 225/2018, de 24 de abril, ha considerado contrarios a la Constitución portuguesa los artículos de la Ley nº 32/2006, de 26 de julio, de Reproducción Medicamentosa Asistida, que establecían el criterio del anonimato del donante y

54 En este sentido, *Vid. JARUFE CONTRERAS, D.: Tratamiento legal*, cit. p. 355. Y solamente en los casos de grave riesgo, por ello, GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., p. 200, opina que la imposibilidad de identificar al donante si no hay grave riesgo para la salud o la vida del hijo puede oponerse en algunos supuestos al art. 15 de la CE.

55 Se muestran a favor de la eliminación del criterio del anonimato del donante, GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., pp. 200 y 201; JARUFE CONTRERAS, D.: *Tratamiento legal*, cit. pp. 355, 356, 374 y 375; IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "El derecho a", cit., p. 249; y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación", cit., p. 208.

56 En este sentido, *Vid. JARUFE CONTRERAS, D.: Tratamiento legal*, cit. pp. 355, 356, 374 y 375, y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación", cit., p. 308. Cabe de nuevo interrogarse acerca de la posibilidad, cuando una mujer soltera y sin pareja tiene un hijo por reproducción asistida, de que el hijo pueda ejercer acciones con el fin de determinar legalmente su filiación con el donante varón, al igual que ocurre con el hijo de madre soltera concebido tras una relación sexual. En este sentido, *Vid. GÓMEZ BENGOCHEA, B.: Derecho a*, cit., p. 201. Entiendo que el debate no sería acerca del derecho a conocer los orígenes biológicos, pues con la revelación de la identidad del donante ya se está respetando el mismo, sino sobre el derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación.

57 GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a*, cit., p. 187; IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "El derecho a", cit., p. 231; ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., pp. 20, 23 y 40; y DE TORRES SOTO, M.: "La necesidad", cit., pp. 20, 24 y 25.

de la gestante<sup>58</sup>. En definitiva, se ha producido una evolución en el ámbito de la reproducción asistida, pues se ha pasado de la conveniencia del anonimato a sostener todo lo contrario en defensa del derecho a conocer los orígenes biológicos y por las consecuencias beneficiosas que esto implica para los nacidos por reproducción asistida<sup>59</sup>, a la que nuestro ordenamiento jurídico no debería permanecer ajeno.

#### IV. PROBLEMÁTICA DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Hay que tener presente que la gestación por sustitución conlleva la práctica de una técnica de reproducción asistida<sup>60</sup> y que las variaciones puede ser muchas dependiendo de que los padres comitentes o intencionales sean una pareja heterosexual u homosexual, una mujer o un varón soltero, de que el material genético se aporte por los padres comitentes, por la madre gestante o incluso por un/a donante. Se encontrarían, a modo de ejemplo, las siguientes: a) Los padres comitentes son una pareja heterosexual que aporta su material genético y la madre gestante se compromete a prestar su útero, a llevar a cabo adelante el embarazo y parto; b) los padres comitentes son una pareja de varones homosexuales, uno de ellos aporta su material genético, y hay una madre gestante y una donante de óvulos; c) la madre comitente es una mujer soltera que aporta su material genético, hay madre gestante y un donante varón; d) el padre comitente es un varón soltero, que aporta su material genético, hay madre gestante y una donante de óvulos; e) los padres comitentes son una pareja (heterosexual u homosexual) que no aporta su material genético, por lo que hay una madre gestante, una donante de óvulos y un donante varón<sup>61</sup>. Por lo tanto, es posible que lleguen a intervenir hasta cinco personas distintas: los padres comitentes o intencionales, la madre gestante, la donante de óvulos (madre genética)<sup>62</sup> y el donante de esperma (progenitor o padre biológico). Aunque en la práctica ello dependerá de lo que permita la regulación existente en los distintos países (en algunos se prohíbe la gestación por sustitución a la mujer soltera, o a las parejas homosexuales, o bien no se permite

58 <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>

59 Vid. IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "El derecho a", cit., pp. 240 a 243.

60 Quizás sería más correcto decir que suele conllevar la práctica de una técnica de reproducción asistida, pues antes de la aparición de estas técnicas, también podía darse la gestación subrogada, y la doctrina señala como ejemplo supuestos narrados en la Biblia (así el de Abraham, su mujer Sara y la esclava Agar), en los que la esposa accede a que su marido tenga relaciones sexuales con una tercera mujer para concebir un niño, que una vez nacido se entregará y será hijo de los esposos. Vid. LASARTE, C.: *Derecho de*, cit., p. 321. Hoy día estaríamos ante un tráfico de niños, una "adopción" irregular o una alteración de la filiación lo que está prohibido y penado en nuestro ordenamiento – arts. 220 y 221 del Código Penal.

61 Para un estudio más detenido de algunos de estos supuestos, Vid. JARUFE CONTRERAS, D.: *Tratamiento legal*, cit. pp. 288 a 293, y 301 a 303.

62 Se utiliza el término madre genética para diferenciar a la mujer que aporta el material genético (óvulo) de la mujer que gesta y da a luz. Vid. JARUFE CONTRERAS, D.: *Tratamiento legal*, cit. pp. 263 y 264; y ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., p. 2.

a la mujer gestante aportar el material genético, etc.). En resumen, la gestación por sustitución implica situaciones de disociación entre la filiación determinada legalmente y la paternidad o maternidad biológica o genética, por lo que cabe que los nacidos por gestación subrogada quieran saber sobre su concepción o nacimiento, la identidad de la gestante o la de los donantes y progenitores, es decir, quieran conocer sus orígenes biológicos.

La gestación subrogada está prohibida en el ordenamiento jurídico español. La LTRHA establece en su art. 10 (gestación por sustitución), concretamente en el apartado 1, 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". A continuación, en el apartado 2 señala que "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto"; y en el último apartado "Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

Ahora bien, a pesar de esta prohibición, son cada vez más los españoles que para tener un hijo recurren a la gestación por sustitución en otros países que sí la permiten, para posteriormente, una vez nacido el niño, solicitar la inscripción del mismo en el Registro civil español. A este respecto hay que tener en cuenta la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que establece los requisitos para que la filiación de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida tenga acceso al Registro Civil español cuando al menos uno de los progenitores sea de nacionalidad española. La Instrucción establece como requisito previo la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial firme, dictada por el Tribunal competente en el país de origen, en la que se determine la filiación del nacido a favor de los padres comitentes o intencionales, siendo al menos uno de ellos español. Para proceder a la inscripción de esta filiación en el Registro civil español, es necesario además, en el caso de que la resolución judicial se haya dictado en un procedimiento contencioso, la obtención del exequátur conforme a las leyes procesales generales; y en el caso de que la resolución judicial se haya dictado en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, la constatación de una serie de requisitos señalados en la propia Instrucción<sup>63</sup>.

63 LASARTE, C.: *Derecho de*, cit., p. 319, señala que la Instrucción es contraria a la legislación vigente pues pretende admitir por vía reglamentaria aquello que por Ley se excluye. También se muestra crítico con esta Instrucción DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación", cit., pp. 315 a 325, que opina que la solución dispuesta por la Instrucción no es correcta porque da cobertura a un "turismo reproductivo" que busca evitar la aplicación del art. 10.1 de la LTRHA.

Por otro lado, hay que tener presente que también el Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de la inscripción de los niños nacidos por gestación subrogada en el Registro Civil español. Así, en la STS 6 febrero 2014 y en el ATS 2 febrero 2015<sup>64</sup> señala que no es posible inscribir la filiación de estos niños que se determina en una resolución de una autoridad extranjera a favor de los padres comitentes, de nacionalidad española. Y considera que no es posible porque para ello es necesario que la resolución no sea contraria al orden público español y en este caso se opone al mismo porque la filiación que determina y se pretende inscribir deriva de un contrato de gestación subrogada que es contrario a nuestro ordenamiento jurídico al ser una técnica de reproducción asistida que está prohibida en nuestra legislación. Añade que no puede justificarse la inscripción de esta filiación en la protección del menor, pues dicha protección del menor no puede basarse en una práctica que está prohibida. A este respecto, señala que la protección del menor habrá de llevarse a cabo por los cauces legales previstos en nuestro ordenamiento y que, en ese sentido, conforme al art. 10.3 de la LTRHA, cabe determinar la filiación paterna a favor de aquel de los comitentes que sea padre biológico, ejercitando las acciones de reclamación pertinentes. Además, señala que en nuestro ordenamiento existen figuras jurídicas como el acogimiento o la adopción que posibilitarían formalizar jurídicamente la integración de los menores en el núcleo familiar al que pertenecen de "facto". Así, se entiende que el cónyuge o pareja del padre biológico podría adoptar al menor nacido por gestación subrogada conforme al art. 176.2.2º del Código Civil.

A la vista de todo ello, nos encontramos con dos respuestas distintas, por un lado, la de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado; y por otro, la de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que provoca a una situación bastante imprecisa, pues las inscripciones practicadas siguiendo la citada Instrucción podrían impugnarse y anularse conforme a los criterios del Tribunal Supremo<sup>65</sup>.

A esta compleja situación, hay que añadir el interrogante sobre el derecho de los nacidos por gestación subrogada a conocer sus orígenes biológicos.

En lo que respecta a esta cuestión, partimos de que la gestación subrogada está prohibida en España, por lo que el contrato de gestación por sustitución se habrá realizado en un país extranjero que sí la autorice y siguiendo la normativa que dicho Estado haya establecido al respecto (requisitos, carácter oneroso o altruista del contrato, anonimato de la donación, etc.). Por lo tanto, para concluir si el nacido por gestación subrogada puede conocer la identidad de la madre gestante (que si aportó su material genético es además su progenitora) o la de los donantes

64 STS 6 febrero 2014 (RAJ 2014, 833); y ATS 2 febrero 2015 (JUR 2015, 47648).

65 En este sentido se pronuncia LASARTE, C.: *Derecho de*, cit., p. 321.

(de óvulos, esperma o preembriones) que hayan intervenido, será necesario atender a la regulación que el país donde se practicó dispone sobre los contratos de gestación subrogada. Cuando acogiéndose a la legislación existente en dicho país, el contrato de gestación subrogada disponga el secreto o confidencialidad acerca de la identidad de la madre gestante, la ruptura de vínculos con esta y el anonimato del donante, se estará imposibilitando al hijo conocer sus orígenes biológicos<sup>66</sup>. A modo de ejemplo, en algunos países que permiten el acceso a extranjeros a la gestación subrogada, como Ucrania, Grecia, Rusia y algunos Estados de EEUU (entre ellos el de California), se establece el carácter anónimo de las donaciones. En EEUU y Rusia se da también posibilidad de que el donante sea conocido<sup>67</sup>. En Portugal, el Tribunal Constitucional portugués en la sentencia 225/2018, de 24 de abril ha considerado contrarios a la Constitución portuguesa los artículos de la Ley nº 32/2006, de 26 de julio, de Reproducción Medicamente Asistida, que establecían el criterio del anonimato del donante y de la gestante, así como algunos otros aspectos relacionados con la gestación subrogada<sup>68</sup>. Entiendo que la opinión del Tribunal Constitucional portugués subraya la importancia que conocer los orígenes biológicos tiene también para los nacidos por gestación subrogada y que permitirá, tras una nueva regulación, que los nacidos por esta vía tengan la posibilidad de conocer sus orígenes biológicos cuando el contrato o proceso se haya llevado a cabo en Portugal.

La importancia que el derecho a conocer los orígenes biológicos tiene para los nacidos por gestación subrogada se ha puesto también de manifiesto por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Desde 2010, la Conferencia de la Haya ha realizado distintos informes y estudios acerca de la problemática que suscita la realización de contratos de gestación subrogada de carácter internacional, es decir, aquellos en los que las partes implicadas pertenecen a distintos países y que se pretende que desplieguen sus efectos en un país distinto de aquel en el que se llevó a cabo. Por ejemplo, en un contrato de gestación subrogada hecho en California (EEUU), cuando los padres comitentes pretenden el reconocimiento en España de la filiación del niño determinada a su favor. Estos supuestos son cada vez más numerosos tanto en España como en otros países que prohíben la gestación subrogada y generan una problemática de derecho internacional privado en lo que respecta al establecimiento y reconocimiento de la

66 L. GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: "Aproximación ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética XXIII*, 2012/2º, p. 264; y GARIBO PEYRÓ, A. P.: "El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 2017/2º, p. 257.

67 Esta información se facilita en webs sobre gestación subrogada como <https://www.babygest.es/paises/>

68 La Ley nº 25/2016, de 22 de agosto, reformó la Ley nº 32/2006, de 26 de julio, de Reproducción Medicamente Asistida dejando la gestación subrogada de estar prohibida en Portugal, y sin que se excluyese el acceso a extranjeros. Aunque el Tribunal Constitucional portugués no ha considerado inconstitucional la gestación subrogada y ha salvado los procesos de gestación subrogada ya iniciados, será necesaria una nueva regulación al haber señalado la inconstitucionalidad de algunos de los artículos que regulaban esta figura. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>



filiación de estos niños, que ya hemos referido antes, ante la que no ha permanecido ajena la Conferencia de la Haya. En uno de los informes realizados a este respecto, la Conferencia de la Haya ha señalado que, partiendo de la imposibilidad de uniformar las distintas legislaciones estatales en materia de gestación subrogada, es necesario establecer unos estándares mínimos que propicien la cooperación internacional en esta materia y la protección de los derechos de todas las partes. Uno de los estándares mínimos que se tendría que establecer es el que se refiere al bienestar del niño nacido por gestación subrogada y ello incluiría disposiciones sobre el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos. Asimismo se señala la necesidad de debatir más detenidamente sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos para poder determinar qué estándares mínimos podría conllevar teniendo en cuenta la diversidad de regulaciones estatales existentes respecto a este derecho y teniendo siempre presente los derechos humanos reconocidos internacionalmente<sup>69</sup>. Más recientemente, en un informe de febrero de 2019, un Grupo de Expertos convocado por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya ha vuelto a señalar la necesidad de crear unos estándares mínimos o garantías en materia de gestación subrogada para proteger los derechos de las partes implicadas y la importancia de continuar debatiendo sobre la preservación y el acceso a la información concerniente a los orígenes del niño<sup>70</sup>.

Por último, respecto al derecho de los orígenes y la gestación por sustitución cabe preguntarse si, en el caso de que dejase de estar prohibida en el art. 10 de la LTRHA<sup>71</sup>, se mantendría el criterio del anonimato del donante como en los demás supuestos de reproducción asistida con intervención de donante. En mi opinión, no habría razón para sostener un criterio distinto en la gestación subrogada<sup>72</sup>. Otra cuestión sería la conveniencia u oportunidad de revisar este criterio como ya he manifestado antes.

69 Vid. los apartados 37 y 63.4) del documento preliminar n°3 B de marzo de 2014 sobre “La conveniencia y viabilidad de seguir trabajando en un proyecto sobre filiación y maternidad subrogada” publicado por la Oficina Permanente de la Haya y que se puede consultar en la web, <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

70 Vid. apartados 17 y 20.b del informe de enero/febrero 2019 de la reunión del Grupo de Expertos en filiación y maternidad subrogada, en <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

71 El estudio de esta hipótesis no significa que esté a favor de que se permita o legalice la gestación subrogada en España.

72 El Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó una proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales Núm. 145-I, de 8 de septiembre de 2017. Esta proposición de Ley prevé, en la gestación subrogada, mantener el criterio del anonimato del donante y de la gestante, y revelar esa identidad del donante y/o la gestante en los supuestos excepcionales del art. 5.5 de la LTRHA y sin que conlleve atribución de la filiación, de acuerdo con el art. 8.3 de la LTRHA.

## V. CONCLUSIONES

La psicología ha señalado la importancia que el conocimiento de los propios orígenes biológicos tiene en la conformación de la identidad de las personas cuya filiación legal no coincide con la biológica, como ocurre con los nacidos por reproducción asistida con intervención de donante o por gestación subrogada. Esto no significa afirmar la existencia de un determinismo biológico pues en la elaboración de la identidad también influyen otros factores, como la educación recibida. Pero imposibilitar a estas personas la búsqueda de sus orígenes biológicos puede implicar consecuencias perjudiciales para su bienestar emocional y físico. De ahí que el derecho a conocer los propios orígenes biológicos se recoja y proteja en diversos convenios internacionales, si bien dando un margen demasiado flexible a los Estados a la hora de regularlo, lo que se traduce en la práctica en la posibilidad de limitar el derecho a los orígenes de forma no siempre justificada.

En España, el derecho a conocer los propios orígenes biológicos cabe inferirse del principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 de la CE. Además, existe un reconocimiento expreso del mismo en el ámbito de la adopción, donde se disocia del derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación con los progenitores, pero se niega en el ámbito de la reproducción asistida al disponerse el criterio del anonimato del donante.

Considero que el criterio del anonimato del donante es contrario a la Constitución en la medida que limita de forma injustificada el derecho a conocer sus orígenes biológicos a los nacidos por reproducción asistida. En primer lugar, porque prioriza la intimidad de los que legalmente son padres, lo que no ocurre en la filiación adoptiva, y sin que a este respecto existan diferencias que justifiquen ese trato distinto. En segundo lugar, porque prioriza la intimidad del donante que puede protegerse de forma más respetuosa con el derecho a los orígenes, por ejemplo, con el acceso restringido a los datos sobre su identidad. Y, en tercer lugar, porque no puede sostenerse en el argumento de que así se favorece la práctica de estas técnicas, pues de esta forma también se favorece que determinados sectores obtengan un beneficio económico en perjuicio del derecho de los nacidos por reproducción asistida.

Por estas razones, considero que debería suprimirse el criterio del anonimato del donante de nuestra legislación, tomando así conciencia de la importancia del derecho a conocer los orígenes biológicos en la reproducción asistida, como han hecho otros países europeos.

## BIBLIOGRAFÍA

DE TORRES SOTO, M.: "La necesidad de revisión y desarrollo equilibrado del artículo 39.2 de la Constitución española", en AA.VV., *La Reforma Constitucional: Propuestas y Desafíos* (coord. por J. LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA y E. PASCUCCI DE PONTE), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, BIB 2018\95.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia", *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, 2018, núm. IV, I, pp. 301 a 340.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: "Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI", *Persona, Revista electrónica de derechos existenciales*, 2003, núm. 24. Disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona24/24FernandezSessarego.htm> [Consulta: 9 mayo 2018].

GARIBO PEYRÓ, A. P.: "El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª, pp. 245 a 249.

GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a la identidad y filiación: Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Dykinson, Madrid, 2007.

IGAREDA GÓNZALEZ, N.: "El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos", *Derechos y Libertades*, 2014, núm. 31, pp. 227 a 249.

JARUFE CONTRERAS, D.: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción "versus" técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, 2013.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R.: "Derecho a conocer el origen biológico", en AA.VV.: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* (dir. por C.M. ROMEO CASABONA). Disponible en <http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/242> [Consulta: 8 marzo 2018].

LASARTE, C.: *Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: "Aproximación ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª, pp. 253 a 267.

ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, núm. 1, BIB 2015/18278.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O.: "Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2016, núm. 34, pp. 294 a 315.