



**universidad
de león**



**GRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2013/2014**

**EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES
BIOLÓGICOS EN LOS SUPUESTOS DE
ADOPCIÓN Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
HUMANA ASISTIDA.**

**(The right to know the biological origins in cases of
adoption and assisted human reproduction techniques)**

Realizado por la alumna Dña. Rocío Redondo Delgado.

Tutorizado por la Profesora Dra. Dña. Helena Díez García.

ÍNDICE

ABSTRACT O RESUMEN DEL TRABAJO.....	7
INTRODUCCIÓN. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA UTILIZADA.....	8
CAPÍTULO 1 – EL DERECHO A LA IDENTIDAD.....	9
I. CONSIDERACIONES GENERALES.	9
II. LA IDENTIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	10
1. Identidad como objeto de un derecho fundamental.....	10
2. Relación del derecho a la identidad con otros derechos constitucionales.	11
III. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.	14
1. Conflictos entre derechos y existencia de límites.	15
2. Protección del derecho a la identidad en la Convención sobre los Derechos del Niño.....	16
3. Jurisprudencia del TEDH.	17
4. Protección del Derecho a la identidad en situaciones concretas.	20
V. LA VIGENCIA DE LA VERDAD BIOLÓGICA FRENE A LA AUTONOMÍA DE LOS PARTICULARES.....	22
1. Aproximación histórica del principio de verdad biológica y caracteres esenciales.....	22
2. Verdad biológica y autonomía de la voluntad.....	25
CAPÍTULO 2 - EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA ADOPCIÓN.....	27
I. CONSIDERACIONES GENERALES.	27
II. REGULACIÓN.....	28
1. Estado de la cuestión en España antes de la Ley de Adopción Internacional. ...	28
A. Convenios internacionales.....	29
<i>a. Convenio de la Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de 20 de mayo de 1993.....</i>	<i>29</i>
<i>b. Convenio de las Naciones Unidas, sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.</i>	<i>31</i>
<i>c. Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.</i>	<i>32</i>
B. Ámbito europeo.	33
C. Constitución Española.	34

D. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor.....	34
E. Código Civil y legislación.	35
2. Estado de la cuestión en España tras de la Ley de Adopción Internacional.	38
A. La incidencia de la Ley de Adopción Internacional en el reconocimiento del derecho a investigar los orígenes biológicos.....	38
B. Convenio Europeo en materia de adopción de menores.....	40
III. EL SECRETO EN LA ADOPCIÓN.....	41
1. La determinación de la maternidad.	44
A. La incidencia de la voluntariedad en la determinación de la maternidad en el sistema español.....	45
B. La incidencia de la voluntariedad en la determinación de la maternidad en el Derecho comparado.....	46
<i>a. En el sistema francés.</i>	47
<i>b. En la legislación italiana.</i>	50
2. La voluntad en la determinación de la paternidad.....	52
A. Introducción.....	52
B. Los reconocimientos de complacencia.	53
IV. DÓNDE Y CÓMO INVESTIGAR.....	56
1. Introducción.....	56
2. La investigación en el Registro Civil español.	58
A. Inscripción.	58
<i>a. La incidencia de la STS de 21 de septiembre de 1999.</i>	59
<i>b. Forma de la inscripción.</i>	61
B. Acceso a los asientos del Registro Civil. La publicidad restringida en los supuestos de adopción.	63
2. Inscripción y acceso a los datos en el Derecho comparado.	65
A. Francia.	65
B. Italia.	66
C. Reino Unido.....	67
CAPÍTULO 3 - DERECHO A LA IDENTIDAD EN LOS CASOS DE HIJOS NACIDOS POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.	68
I. ASPECTOS BÁSICOS DE LAS TRHA.....	68
II. REGULACIÓN.....	69

1. La legislación española sobre TRHA.....	69
A. Constitución española.....	69
B. Especial referencia a la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y el nuevo enfoque.	70
2. Derecho comparado.....	72
A. Legislación de Suecia.....	73
B. Legislación alemana.	73
C. Legislación de Austria.....	74
D. Legislación de Francia.....	74
III. EL ANONIMATO EN LA DONACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES.....	74
1. El anonimato del donante en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.....	74
A. Posibilidad de acceso a los datos que no revelen la identidad del donante... ..	76
B. La revelación de la identidad de los donantes.....	77
2. ¿Inconstitucionalidad de la regulación tendente al anonimato del donante en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida?.....	78
3. Tratamiento de los datos de los donantes.....	80
A. Registros de donantes en España.....	80
B. Reproducción asistida y Registro Civil.....	81
<i>a. Datos sobre el origen en el Registro Civil.....</i>	<i>81</i>
<i>b. Acceso al Registro Civil de las filiaciones derivadas de reproducción asistida practicada en el extranjero.....</i>	<i>82</i>
CONCLUSIONES ALCANZADAS	84
BIBLIOGRAFÍA.....	88

ABSTRACT O RESUMEN DEL TRABAJO

Resumen:

El derecho a conocer los orígenes biológicos en aquellos supuestos más problemáticos, es decir, por parte de los hijos adoptados o aquellos habidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, ha sufrido numerosas modificaciones en los últimos tiempos a raíz de los cambios legislativos acaecidos. La mayor proliferación del ya conocido instituto de la adopción acompañado del avance en la ciencia que ha dado lugar a la expansión de la figura de las técnicas de reproducción humana asistida ha llevado a la necesidad de regular con mayor detalle esta materia, dando lugar a nuevas leyes que han abordado con diferente solución y detalle el derecho a conocer los datos sobre la generación. A esta corriente legislativa, jurisprudencial y doctrinal se suma el estudio que sigue y a través del cual se pretende hacer eco de las posibilidades de acceso a dicha información y la forma en que, en su caso, dicho acceso debería llevarse a cabo.

Abstract:

The right to know the biological origins has been modified several times in the latest years due to the legislative changes, mostly in case of adoption and people who were born by assisted human reproduction techniques.

The increase in the awareness about adoption along with the remarkable developments of assisted human reproduction techniques have lead to the need to regulate these topics, resulting into the birth of new laws which have dealt, to a greater or lesser extent, with the right to know the biological origins.

Besides the ideas of this legislative, jurisprudential and doctrinal trend, the study being developed in the following pages intends to show the accessibility to this information and how this access must be accomplished.

Palabras clave: Adopción, técnicas de reproducción humana asistida, orígenes biológicos, derecho a la identidad.

Key words: adoption, assisted human reproduction techniques, biological origins, right to identity.

OBJETIVOS Y METODOLOGÍA UTILIZADA.

La especial problemática que plantea el conocimiento de los orígenes biológicos para los hijos adoptados o aquellos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida nos lleva al estudio de esta materia tan interesante y a la vez compleja por la gran cantidad de derechos e intereses que se encuentran involucrados. La confrontación entre los derechos de los padres a preservar su identidad al amparo de - entre otros - el derecho a la intimidad, contrasta de forma problemática con las posibilidades de acceso a esta información por parte de los hijos. Por tanto, el objetivo principal que se pretende es el estudio de las posibilidades de acceso a dicha información y la forma en que, en su caso, dicho acceso debería llevarse a cabo.

Al cumplimiento de estos objetivos está destinada la investigación que se lleva a cabo en las páginas que siguen. Para ello, partimos del análisis del derecho a la identidad - en tanto manifestación del derecho al conocimiento de los propios orígenes - en relación con los supuestos más problemáticos que serían los casos de hijos adoptados y de aquellos habidos mediante técnicas de reproducción humana asistida.

Principalmente la metodología empleada para abordar los objetivos propuestos ha sido el análisis doctrinal y jurisprudencial, tanto en el ámbito del derecho español como en el derecho comparado. Todo ello nos ha llevado a la necesidad de analizar jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, pero también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la materia. Igualmente, sucesivas leyes y convenios han abordado la temática, aunque en ocasiones de forma poco profunda como sería el caso de la Constitución que si bien es cierto que se puede concluir que reconoce el derecho al conocimiento del propio origen no lo hace de una forma expresa que disipe cualquier posible duda.

Como ya hemos mencionado con anterioridad una importante fuente de análisis ha sido la aportación doctrinal que sin embargo ha sido objeto de unificación y actualización en el presente estudio, pues no existe por el momento ninguna investigación dedicada de forma exclusiva al análisis de la materia al haber quedado obras muy completas en desuso tras las diversas reformas legislativas posteriores.

CAPÍTULO 1 – EL DERECHO A LA IDENTIDAD.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

De forma relativamente reciente, y con mayor importancia tras la Convención de Derechos del Niño de 1989, se introduce una referencia al derecho a la identidad como el derecho a buscar los orígenes propios en situaciones claramente diferenciadas a las contempladas tradicionalmente por las acciones de reclamación e impugnación de la maternidad y la paternidad, haciéndose especial referencia a los casos de adopción nacional e internacional y a los casos de hijos habidos por TRHA. Ahora bien, aunque la denominación concreta del derecho a la identidad es reciente, el objeto de protección que el mismo garantiza no es nuevo y ha sido históricamente regulado al amparo de otros institutos del Derecho.

El derecho a la identidad ha sido definido como el conjunto de caracteres por los cuales el individuo define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes¹ y que es una de las manifestaciones de la personalidad, una de las razones que justifican la búsqueda de la maternidad y la paternidad y además, el amparo legal a la indagación. Se trata, en definitiva, de que el hijo conozca su historia personal para lo cual es evidente que necesita saber quiénes son sus progenitores que son quienes constituyen la base de esa historia personal, por lo que puede resumirse en la respuesta a tres preguntas: ¿quién soy?, ¿de dónde vengo? y ¿hacia adónde voy?².

La cuestión relativa a si una persona tiene o no derecho a conocer sus orígenes biológicos y genéticos es una de los paradigmas más importantes del Derecho de los últimos tiempos, aceptándose hoy en día que todos los menores cuya filiación se encuentre dividida entre biológica y social poseen un interés legítimo en identificar los elementos relacionados con su ascendencia, como sucedería en el caso de las personas adoptadas o aquellos concebidos mediante donación de gametos. Esta posición tiene su fundamentación en la idea de que el conocimiento o incertidumbre sobre el origen genético influye de manera decisiva en el desarrollo de la personalidad.

¹ GARRIGA GORINA, M. *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2000 (pág. 248).

² ALES URÍA ACEVEDO, M.M. *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (pág. 407).

II. LA IDENTIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1. Identidad como objeto de un derecho fundamental.

El derecho a la identidad genética no se encuentra reconocido de forma expresa en la Constitución española de 1978, a pesar de lo cual existen argumentos que nos permiten considerar que puede ampararse en ella, especialmente en el respeto a la dignidad de la persona que proclama el artículo 10 del texto constitucional.

Este precepto, regulador del derecho al respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, no se puede considerar en sentido estricto un resumen de los derechos, sino más bien una cláusula de reintegración que permite adaptar la Constitución Española a las nuevas necesidades sociales. Además, en virtud del principio expansivo y la interpretación más favorecedora a la libertad, sumado a la importancia del respeto por la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, en ocasiones se extiende la protección constitucional a derechos no enumerados expresamente, pero que pueden quedar incluidos de forma implícita dentro de los fundamentales del orden constitucional. En este sentido y sirviendo a modo de ilustración, la Sentencia del TC núm. 117/1994 de 25 de abril de 1994 (RTC 1994\117) se pronunció de la siguiente forma al analizar el derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen:

“El derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución a la par que los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible de toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de actuaciones de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que haya de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz (...)”

La dignidad es la superioridad o importancia que se le concede a un ser con independencia de la forma como se comporte³ y supone el respeto a la persona y la característica propia de la misma en virtud de su racionalidad, que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de su propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes⁴. La historia particular de cada uno comienza con su generación, con la unión de los gametos de sus progenitores, por lo que al ser humano le resulta esencial reflexionar sobre su propia historia personal al objeto de conocer sus orígenes biológicos, motivo que sumado a los expuestos con anterioridad da lugar a que comparta la idea de gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia⁵ de incluir entre estos derechos inherentes a la personalidad el derecho a la identidad, que, como ya se ha mencionado con anterioridad, podemos definir como el “conjunto de caracteres por los cuales el individuo define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes”⁶, por lo que privar a una persona del conocimiento sobre su origen supone negarle uno de los elementos fundamentales que constituyen su identidad a partir del cual se individualiza y distingue de los demás, basándose así la relación con el derecho a la identidad genética en que una persona que no conozca sus orígenes no podrá desarrollarse como persona ni expandir su personalidad que se encuentran en periodo de crecimiento mientras el menor no alcance la mayoría de edad.

2. Relación del derecho a la identidad con otros derechos constitucionales.

Ya que, tal y como hemos expuesto con anterioridad, podemos afirmar que el derecho al conocimiento de la verdadera ascendencia entraña la realización de

³ GARRIGA GORINA, M. *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2000 (pág. 247).

⁴ GARRIGA GORINA, M. *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2000 (pág. 248).

⁵ Como por ejemplo la STS núm. 516/2000 de 22 de mayo de 2000 (RJ 2000\3492), que establece que “es que el derecho a conocer la propia filiación biológica, incluso con independencia de la jurídica, se erige como un derecho de la personalidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscarlo en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE)”.

⁶ GARRIGA GORINA, M. *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2000 (pag. 248).

principios constitucionales fundamentales, puesto que dignifica a la persona y contribuye a lograr el libre desarrollo de la personalidad, este derecho a la identidad puede entrar en relación con otros derechos constitucionales de los que merecen especial mención los que vamos a desarrollar a continuación.

- Derecho a la integridad física y moral.

Se regula en el artículo 15 de la Constitución y puede este derecho quedar vulnerado si se le niega a una persona información sobre su origen en cuanto dicha falta de información puede interponerse en ciertos casos al correcto desarrollo de la protección de la salud, dificultando tratamientos médicos o dando lugar a problemas psicológicos.

Tiene además una relación directa a la hora de determinar impedimentos matrimoniales o evitar relaciones incestuosas, sin olvidar la necesaria mención a los problemas psicológicos que puede acarrear para una persona el desconocimiento de su origen, de donde proviene y en definitiva, quién son sus padres.

- Derecho a la protección integral de los hijos.

En el art. 39.2 CE se pone de manifiesto que los poderes públicos han de asegurar la protección integral de los hijos, siendo éstos iguales ante la Ley con independencia de su filiación, posibilitando la Ley además la investigación de la paternidad. El derecho a conocer la filiación de origen se ha considerado como un derecho fundamental de la persona que no puede ser negado a nadie⁷ y que va más allá de la libre investigación de la paternidad regulada en el artículo 39 CE orientándose a la solución de una problemática histórica surgida a partir de la falta de certeza en la paternidad que permitía la desprotección de los hijos no matrimoniales cuando el varón se negaba a reconocerlos, pues podemos extenderlo hasta el punto de incluir el derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado y de los hijos habidos por TRHA.

Así, se faculta en este precepto a todos los hijos sin excepción alguna al acceso a los datos necesarios para determinar su filiación de origen al amparo del derecho a la

⁷ SAP de Zaragoza núm. 308/2005, de 27 de mayo de 2005 (JUR 2005/133555). “ *el derecho a conocer el propio origen se ha considerado como un derecho fundamental, y así si se considera ese derecho como afectante a la dignidad personal, encontrará su apoyo en el art. 10.1 CE. Por otra parte, la negación al conocimiento del origen biológico supone la privación del goce de la propia entidad, lo que conculcaría el artículo 15 CE que consagra el derecho a la integridad moral de la persona*”.

identidad genética, pues todas las personas tienen derecho a una vida digna, y esta dignidad es difícil de alcanzar cuando no se sabe de dónde se proviene⁸.

- Derecho a la igualdad.

Muy relacionado con el anterior por el que se concede acceso a los datos a todos los hijos sin posibilidad de discriminación alguna, en virtud del derecho a la igualdad ante la ley regulado en el artículo 14 de la Constitución Española, y al tratarse de una manifestación de la personalidad, el derecho a conocer el propio origen no puede ser negado a determinadas personas por razón de nacionalidad, condición o ciertas circunstancias personales o sociales sin quebrantar el derecho a la igualdad, pues debe reconocerse a todos por igual.

- Derecho a la intimidad.

El artículo 18 CE reconoce el derecho a la intimidad, que se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a conocer los orígenes biológicos, gozando de una doble vertiente, positiva y negativa.

La intimidad es entendida en su vertiente positiva como la facultad que se otorga al individuo de ejercer un control sobre la información acerca de sí mismo, por lo que este derecho viene a significar la limitación de la información que llega a una persona, es decir, el derecho a decidir sobre la conveniencia o no para uno mismo del conocimiento de datos tan íntimos y personales como los relativos al propio origen.

Por su parte, el derecho a la intimidad se define en un sentido negativo como el derecho a la reserva o a la posibilidad de excluir de la vida privada de una persona a aquellas personas que ésta quiere que no formen parte de la misma, por lo que merece una especial referencia la vertiente negativa del derecho a la intimidad que se manifiesta en el ámbito que aquí nos atañe, es decir, en la voluntad de los progenitores de mantener el anonimato, que también tiene una clara relación con el derecho a la identidad, puesto que en este caso entran en conflicto este derecho a la intimidad de los padres, con el derecho de los hijos a conocer sus orígenes biológicos, en cuyo caso habrá que decidir cuál de los dos derechos debe primar en cada supuesto concreto a la luz de sus características particulares.

⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J., “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2010, N.º. 7526, págs. 1768 – 1778 . ISBN 1138-9907. (pág. 1769).

III. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.

Debemos partir de la idea de que el derecho a la identidad, como derecho fundamental que es al formar parte del libre desarrollo de la personalidad, conlleva la igualdad de todos con independencia del nacimiento, por lo que su protección es de titularidad de todas las personas.

La protección de derecho a la identidad posee dos vertientes, una negativa y otra positiva. El derecho a la identidad obliga principalmente al Estado que es quien tiene en su poder los datos referidos a la filiación genética y biológica al ser los entes administrativos quienes custodian la información como sería la obrante en los Registros de donantes en la TRHA, los certificados de nacimiento originarios en los supuestos de adopción, o los datos referidos a la identidad de la madre en los supuestos del parto anónimo italiano y francés. Con ello, el Estado debe abstenerse de interferir en la voluntad de las personas de conocer y a su vez protegerles de posibles violaciones de su intimidad, de ahí la doble concepción positiva y negativa. Así, el derecho a conocer el propio origen, como parte integrante del derecho más amplio a conocer y proteger la propia identidad se garantiza por una parte como un derecho negativo que protege al individuo de violaciones por parte de las autoridades estatales. Todo ello posee una contraparte positiva que consiste en la protección a la persona de las omisiones del Estado en proporcionarle información sobre su concepción y nacimiento, con lo que el Estado está obligado a no suprimir datos referidos al origen de las personas debiendo permitirles el acceso a los datos que les conciernan.

El alcance las obligaciones positivas es más difícil de determinar que el de las negativas, y su regulación está sujeta a los límites que puedan derivarse de la protección de otros derechos e intereses, pues como sucede con todo derecho fundamental y tal y como se explicará con mayor detalle con posterioridad, el respeto por el derecho a la identidad puede entrar en colisión con otros como podría ser el respeto a la intimidad y privacidad de la madre biológica en los supuestos de adopción, el respeto a la vida familiar de los adoptantes o la intimidad del varón donante de semen, entre otros. La ponderación en cada caso concreto está regida por el principio de mejor interés del menor.

El derecho a conocer el propio origen no decae con el paso de los años, sino que se reconoce a lo largo de toda la vida del individuo a pesar de que su especial regulación a nivel internacional en el Convención sobre los Derechos del Niño pueda dar a entender

otra cosa, pues por el contrario la inquietud de conocer de dónde se proviene y cuál son las circunstancias del comienzo de la existencia aumenta con el paso de los años teniendo lugar su momento de mayor intensidad a partir de la adolescencia.

El también importante destacar que el derecho a conocer el propio origen no implica el derecho a estar con los propios progenitores si mantener relación familiar alguna con ellos puesto que el deber de los padres de velar por los hijos no surge al amparo del derecho a la identidad sino que se sustenta en el mejor interés del menor, pudiendo este en ocasiones requerir que incluso los progenitores y su hijo no tengan contacto alguno. Esto es así puesto que en caso de que se adoptase una interpretación que relacionase de forma automática el conocimiento del propio origen con la determinación de la filiación iría en contra de los postulados de la fijación de la filiación en los casos de adopción y TRHA.

1. Conflictos entre derechos y existencia de límites.

El constituyente español además de establecer como fundamento del sistema constitucional los derechos la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, previó la posibilidad de conflictos entre los diferentes derechos y la existencia de límites.

Decir que los derechos son limitados no implica que toda restricción esté justificada, sino que las limitaciones son aceptables solamente cuando son impuestas para la defensa de otros derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento, o en el caso de que estas restricciones sean necesarias para el mantenimiento del orden de la comunidad y la continuidad del Estado democrático. En caso de colisión entre derechos y la consiguiente decisión sobre la prevalencia de uno u otro es importante destacar que en todo caso se debe respetar el contenido esencial de los mismos no pudiendo éste, por tanto, verse alterado por la existencia de dichos límites. En este sentido debemos considerar que el contenido esencial del derecho se encuentra alterado cuando se imponen ciertas condiciones o limitaciones que lo hacen impracticable.

Por consiguiente y a modo de concreción, la libertad es la regla general en un Estado de Derecho, con lo que la limitación sería en todo caso la excepción a la regla general, debiendo por ello estar suficientemente justificada y respetar en todo caso el contenido esencial del derecho. Esta necesidad se torna aún más acusada en los supuestos de colisión entre derechos constitucionalmente reconocidos.

La relación regla general y excepción nos lleva a determinar que los preceptos reconocedores de derechos deben ser interpretados extensivamente y los que los limitan lo serán de forma restrictiva.

2. Protección del derecho a la identidad en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como ya hemos anunciado con anterioridad, el derecho a la identidad no ha sido plasmado de forma directa en el ordenamiento español ni generalmente tampoco de manera explícita en el Derecho Comparado y en el Derecho Internacional. Incluso la propia Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) obvió llevar a cabo en su texto inclusión alguna del derecho a la identidad o del derecho al nombre, que solo pueden considerarse amparados por ella si se interpreta de manera expansiva en artículo 1 de la misma en la medida en que reconoce la dignidad innata del ser humano y con ello todo derecho que sea fundamental y derivado de ella. Si bien es cierto que los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos fueron ampliados con posterioridad por instrumentos más especializados, entre los que destaca el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que recoge el derecho de todo niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y a tener un nombre, aunque sin garantizar el derecho a conocer el propio origen de manera expresa.

Ya en el ámbito europeo, el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos protege la vida privada y familiar abarcando circunstancias tales como el nacimiento, el acceso a datos referentes a la propia infancia y la determinación de la paternidad, entendiéndose incluso que el parto anónimo no violenta este derecho.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en el año 1989 en su artículo 8 el derecho de todo niño a preservar su identidad incluyendo según el art. 7 de la misma el derecho al nombre, con lo que pasa a ser el primer instrumento internacional que consagra de manera explícita el derecho del niño a conocer sus orígenes. Si bien es cierto que el ámbito de aplicación de esta carta de derechos queda restringido a los menores de 18 años, a partir de la misma surge el reconocimiento del derecho a la identidad como derecho autónomo, sustantivo e independiente por lo que se extiende durante toda la vida del ser humano. La identidad en la concepción de la CDN abarca la nacionalidad, nombre y relaciones familiares.

Con posterioridad, mediante Resolución del día 8 de julio de 1992, el Parlamento Europeo aprobó la Carta Europea de Derechos del Niño (CEDN), que sigue el esquema de la Convención de Derechos del Niño de 1989. En la misma se establecen ciertos principios mínimos entre los que se incluye que “todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las cuales se otorgarán al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos, así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros”, tal y como establece el artículo 8.10 CEDN.

3. Jurisprudencia del TEDH.

De los instrumentos internacionales que se refieren al derecho a la identidad, bien de forma directa, bien de forma indirecta, ni el PIDCP ni la CDN contienen criterios que sirvan de orientación a la hora de resolver conflictos entre este derecho y otros intereses protegidos.

La CDN aunque aparentemente opta por dar prioridad a los derechos del niño cuando entran en colisión con los del adulto, su propio artículo 7 establece que las limitaciones al derecho a conocer estarán prohibidas sólo cuando sean ilegales, otorgándose la garantía de conocimiento y cuidado por los padres “en la medida de lo posible”. Por tanto, no hay una obligación de los poderes públicos de facilitar el acceso a la información sobre el propio origen cuando la filiación legal y biológica han sido separadas a través de procedimientos o figuras previstas legalmente.

Por su parte, aunque la CEDH no se pronuncia de manera explícita sobre el derecho a la identidad, debe entenderse incluido implícitamente dentro del respeto a la vida privada y familiar de la persona. Aunque el TEDH ha determinado que el derecho a acceder a los datos que conforman la propia identidad no es un derecho absoluto, no ha establecido los límites concretos que lo configuran dejando un margen de apreciación bastante amplio para los Estados.

Así, el precedente se encuentra en el caso *Marckx c. Bélgica*⁹ en que el TEDH recuerda la protección que el artículo 8 del CEDH concedió al derecho a la identidad, considerando el mismo como el derecho de toda persona a que se respete su vida familiar y los lazos biológicos y sanguíneos con sus progenitores. Se afirmó algo tan importante como que el interés del Convenio es obtener las informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad en un aspecto tan importante como es la identidad de los progenitores.

En un momento posterior, en el asunto *Gaskin c. Reino Unido*¹⁰ el Tribunal debió resolver el caso planteado por el Sr. Gaskin, un ciudadano británico, contra el gobierno del Reino Unido por privarle del acceso a los documentos y registros obrantes en la Administración de su localidad que hacían referencia al tiempo en que permaneció bajo la tutela del Estado por perder a su madre al nacer y dada la falta de aptitud de su padre. El objeto de su petición se sustentaba en el hecho de que el Sr. Gaskin padecía diversas afecciones psíquicas pretendiendo a raíz de la investigación tener constancia de las posibles negligencias que hubieran llevado a cabo los Servicios Sociales y que poner en relación con sus problemas psíquicos, además claro esta, de desear formar un panorama claro y completo de su historia de vida.

La solicitud de Gaskin fue rechazada en todas las instancias nacionales del Reino Unido, por lo que formuló demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido afirmó el Tribunal que el expediente sobre guarda y acogida de una persona bajo tutela del Estado contenía información personal referida a la niñez y desarrollo del demandante constituyendo así una importante fuente de información acerca de su pasado, por lo que las cuestiones referidas al acceso a esos datos se encontraban amparadas bajo el ámbito de aplicación del art. 8 CEDH. Su importancia radica por tanto, en que se reconoce la existencia del derecho a conocer datos que hacen referencia a etapas iniciales de la vida propia, derecho que no se basa en el respeto a la vida familiar posiblemente inexistente en este supuesto, sino en el respeto a la vida privada.

No obstante, el Tribunal considera de igual forma que las restricciones al acceso a la información que pudieran establecer los Estados condicionando dicho acceso a la aceptación de los padres biológicos son admisibles siempre y cuando en caso de

⁹ Sentencia del TEDH de 13 de junio de 1979 (TEDH 1979\2).

¹⁰ Sentencia del TEDH de 7 de julio de 1989 (TEDH 1989\16).

negativa de los padres a que se revelen sus datos, exista una autoridad u organismo independiente que decida sobre el conflicto ¹¹.

Un tercer acercamiento a la cuestión ha tenido lugar en el seno del caso *Mikulic c. Croacia*¹² que versa sobre la alegación mantenida por la demandante referente a la violación del art. 8 CEDH por parte del Estado de Croacia, ante la demora en resolver su acción de reclamación de la paternidad - pues la demandante era hija no matrimonial y llevaba más de cuatro años al momento de la decisión del TEDH recorriendo los tribunales en busca de respuestas sobre su vínculo paterno - y la inexistencia en el Derecho croata de medidas procesales que permitan a los Tribunales obligar al padre a someterse a las pruebas de ADN ordenadas por los jueces. La prolongada falta de certeza en la determinación de la paternidad significaba en opinión de la demandante una violación de su derecho a la intimidad y del respeto a la vida privada y familiar por parte del Estado croata. El TEDH admitió el planteamiento de vulneración del artículo 8 del CEDH al entender que las acciones de reclamación e impugnación de la filiación se encuentran dentro de ese artículo y que involucraba a la vida privada, pero igualmente señaló que no era de aplicación el respeto a la vida familiar al no existir lazos familiares entre demandante y el presunto padre.

El importantísimo caso *Odièvre c. Francia*¹³ supuso una ruptura con la tesis mantenida hasta la fecha por el Tribunal, ya que en este caso, por decisión mayoritaria del mismo, se permitió un margen de actuación muy amplio al Estado concediendo prioridad prácticamente de forma absoluta al derecho de la madre a mantener en secreto su identidad primando por tanto sobre el derecho del hijo a conocer su origen¹⁴.

En el caso *Jäggi c. Suiza*¹⁵ el TEDH vuelve de forma aparente a una línea más protectora de los derechos del hijo que la mantenida en el asunto anterior. El caso versa sobre la demanda presentada por el Sr. Jäggi contra la Confederación Suiza ante la imposibilidad de realizar un examen póstumo de ADN con el objeto de saber si aquél a quien creía su padre lo había sido realmente, pues el vínculo paterno nunca había sido

¹¹ GARCÍA VILLALUENGA, L.; LINACERO DE LA FUENTE, M., *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006. (pág 125).

¹² Sentencia del TEDH de 7 de febrero de 2002 (JUR 2002\78019).

¹³ Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2003 (TEDH 2003\8).

¹⁴ El caso *Odièvre c. Francia* aparece desarrollado con mayor detalle en la página 48 de esta misma obra.

¹⁵ Sentencia del TEDH de 13 de julio de 2006 (JUR 2006\210705).

fijado para el Derecho por oposición del presunto progenitor. En la demanda interpuesta ante el TEDH alega la violación del artículo 8 de CEDH al entender que la negativa a la práctica de las pruebas de ADN por las autoridades suizas significaba una interferencia con el derecho a la vida privada y familiar. En consecuencia el TEDH razonó que las cuestiones referidas al conocimiento de la paternidad están dentro de la esfera del artículo 8 del CEDH y que incluso en el caso de que no pudiera sustentarse en lazos familiares el conocimiento del propio origen cae dentro del contenido esencial del respeto a la vida privada, por lo que tratándose del contenido esencial de un derecho el margen de apreciación del Estado se reduce.

El caso *Jäggi c. Suiza* tiene una gran trascendencia al reconocer un derecho a la identidad conformado por el conocimiento de la verdad sobre los orígenes biológicos, derecho a la identidad que, al igual que en el caso *Gaskin c. Reino Unido* no se ubica en la esfera de protección del derecho a la vida familiar que exige relaciones afectivas y sociales entre las personas, sino en el respeto a la vida privada que no exige ninguna relación entre progenitor e hijo ni tampoco el nacimiento de ningún tipo de derecho a partir del conocimiento de la verdad.

4. Protección del Derecho a la identidad en situaciones concretas.

Aún en la actualidad es importante hacer referencia a determinadas áreas en las que no rige el pleno goce del derecho a la identidad y consecuentemente tampoco del conocimiento del propio origen por parte de los hijos. Con esta alusión queremos hacer referencia a ciertas figuras del área de la adopción, y por supuesto al anonimato de los donantes en las TRHA.

En materia de adopción, la figura del Registro es esencial para garantizar el derecho a la identidad ya que la inscripción registral del nacimiento de un niño es el primer elemento legal que da fe de su existencia. En este sentido cabe destacar la ausencia de asientos registrales relativos al nacimiento de muchos niños o el secreto en torno a algunos de los elementos obrantes en los mismos, circunstancias ambas que suponen obstáculos al conocimiento de datos sobre el propio origen. Igualmente constituyen una limitación al acceso a la información aquellos supuestos en que si bien existen datos obrantes en el Registro que aluden al propio origen, la Ley impide al hijo acceder a ella ya sea de forma absoluta o dejando la decisión bajo la voluntad de la madre como sería el caso de los países en que se admite el llamado parto anónimo.

Más trabas incluso encuentran los adoptados internacionalmente a la hora de conocer los datos relativos a su familia de origen, ya que los ordenamientos jurídicos de muchos países prevén la cancelación o supresión del asiento de nacimiento original y su remplazo por uno nuevo en que se refleje exclusivamente la filiación adoptiva sin hacer reenvío o alusión alguna al asiento cancelado, o incluso se obstaculiza el acceso a los datos en ciertos países en que la conservación de los asientos existentes es prácticamente imposible.

Por lo que se refiere a España, el legislador a través de la Ley de Adopción Internacional reconoce desde el año 2007 el derecho de los adoptados nacional e internacionalmente a saber cuales son los elementos de su primera identidad.

Volviendo al tema de las TRHA cabe destacar de un modo genérico que prima la concepción de que la identidad de quién aporta la mitad de la herencia genética de una persona en este caso no debe ser conocida por ésta, es decir, rige como regla general el secreto en materia de donación de gametos y embriones. El secreto se ha mantenido de manera predominante en las legislaciones de los países que contemplan estas figuras principalmente por dos razones, similares a las mantenidas durante los años en que la figura de la adopción era novedosa tal y como lo son ahora las TRHA: la primera de ellas sería el bienestar dentro de la familia, pues se busca proteger tanto a los hombres estériles de cualquier tipo de marginación social relacionada con su infertilidad y preservar la relación afectiva entre el niño y el padre social que podría verse afectada por el conocimiento del propio origen; y la segunda se refiere a los derechos del padre biológico a salvaguardar su intimidad y evitar quedar sujeto a cualquier acción de reclamación de la paternidad o consecuencias legales y patrimoniales.

No se ha adoptado, aunque prime la regla del secreto, una solución unánime en los distintos países puesto que algunas legislaciones - Reino Unido y Holanda - que primero optaron por el anonimato y la exención de consecuencias sobre la paternidad o maternidad de los donantes a raíz del conocimiento han sido reformadas permitiendo que salga a la luz la identidad de los donantes pero manteniendo en todo caso el principio de no determinación de la maternidad y paternidad. Así, en grandes rasgos se pueden distinguir dos corrientes legislativas que pretenden alcanzar el equilibrio entre el derecho a la identidad del hijo y el derecho a la intimidad del donante. La primera busca evitar conflictos entre paternidad y progenitura pero permite el acceso al hijo a los datos relativos a las personas donantes de gametos, y agrupa a países como

Alemania y Suecia junto con la reciente incorporación como ya hemos dicho de Holanda y Reino Unido. La segunda se caracteriza por evitar el conocimiento de la identidad de los progenitores garantizando, por tanto, el anonimato del donante, y proviene de países como España, Francia y Portugal, entre otros.

V. LA VIGENCIA DE LA VERDAD BIOLÓGICA FRENE A LA AUTONOMÍA DE LOS PARTICULARES.

1. Aproximación histórica del principio de verdad biológica y caracteres esenciales.

Como punto de partida es necesario hacer referencia a la clara diferenciación entre el derecho a la identidad y el principio de verdad biológica. La verdad biológica, como se explicará a continuación supone el ajustamiento entre la paternidad formal y la real, orientando la investigación de la paternidad para que el resultado alcanzado por la legislación y la actuación de los poderes del Estado suponga la concordancia entre las estas clases de paternidad. Por el contrario el derecho a la identidad es una potestad jurídica que se reconoce a cada individuo y se compone de elementos biológicos y culturales que hacen único a cada ser humano.

El principio de verdad biológica como cauce para estructurar el régimen de la determinación del vínculo paterno filial ha surgido de manera preponderante durante la segunda mitad del siglo XX, pues con anterioridad eran otros los criterios, como el de estabilidad de las relaciones familiares y estado civil y el de autonomía de la voluntad.

La Constitución de 1978 recoge el derecho a la libre búsqueda de la verdad biológica en el ordenamiento jurídico español desde una doble vertiente: por un lado en el art. 96.1 CE consagra la válida incorporación al ordenamiento interno de tratados internacionales válidamente celebrados, una vez sean publicados, como sería el caso del art. 7 de la Convención de Derecho del Niño de interés en la materia a tratar; y de otra parte, el reconocimiento en el art. 39 CE de la libre investigación de la paternidad y la obligación de proteger íntegramente a los hijos. Siguiendo estas directrices se ha reconocido el campo de acción de las personas para lograr la correcta determinación de su filiación materna y paterna, tanto en el Derecho común, mediante los correspondientes artículos del Código Civil, como en el derecho foral.

El principio de verdad biológica tiene como objetivo fundamental perseguir la adecuación del vínculo materno y paterno filial en la forma en que viene reconocido en

la ley y recogido en el Registro Civil, al hecho natural de la filiación, con lo que el primer paso es el permiso legal para perseguir la determinación de la filiación entendida como un vínculo formal y jurídico, y el segundo, que este vínculo responda a la realidad de la generación, siendo la obligación del legislador establecer los medios necesarios para que esto sea posible, pues incluso la normativa internacional que vincula al estado español le exige la creación de diversos mecanismos que posibiliten el reconocimiento por parte del menor de sus verdaderos progenitores.

El conocimiento de la verdad biológica de una persona responde a intereses tanto públicos como privados y genera una relación entre diversos derechos e intereses que en ciertas ocasiones aparecen como contrapuestos. Los intereses que confluyen en la órbita privada son los del hijo que desea saber sobre su origen y el de los progenitores que desean permanecer en el anonimato. En cuanto a los intereses públicos destacan el del Estado en la fijación del estado civil y la determinación de la patria potestad en cabeza de quienes corresponda, y el afianzamiento del Estado de Derecho conseguido a través del respeto de los distintos derechos fundamentales inherentes al conocimiento del propio origen, especialmente relevante en el acceso por los adoptados a datos sobre su filiación y los hijos habidos mediante TRHA.

Relacionado con el derecho a la verdad biológica se encuentra en primer lugar el principio de igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 CE, guiado por el principio de supremacía del interés del menor regulado en el artículo 39.2 CE, los cuales llevan a que, en principio, todo aquél que haya engendrado un hijo deba hacerse cargo de su existencia y necesidades. En este punto surge el principio de libre investigación de la filiación como medio para evitar la discriminación entre hijos en base a las condiciones personales o el deseo de los progenitores, con lo que toda criatura tiene derecho a que las personas que lo han engendrado se responsabilicen y cumplan los deberes que impone la patria potestad siempre que ello sea favorable al mejor interés del niño. Así pues, la verdad biológica es el criterio que determina que toda esta investigación desemboque en la equiparación entre la forma legal y la verdad material, por lo que lo que persigue es la coincidencia entre padre legal, progenitor biológico y titular de la patria potestad. A partir de la relación del principio de libre investigación de la paternidad y maternidad y el de verdad biológica se llega a conocer el propio origen.

El principio de verdad biológica está relacionado de modo más estrecho con la libre investigación de la paternidad consagrada en el art. 39 CE, que puede ser definida como el conjunto de actividades tendentes a averiguar la existencia o inexistencia del nexo biológico de generación entre dos personas¹⁶, debiendo tener presente en todo caso que el alcance de la libre investigación de la paternidad no es absoluto lo que da lugar a que pueda entrar en conflicto con otros intereses, entre los que destacan la protección del mejor interés del menor, la verdad sociológica manifestada en la posesión de estado y la estabilidad del estado civil.

Confluyen en este principio de verdad biológica dos razones, la primera consistente en que se facilite a todos los hijos conocer quiénes son sus progenitores y que por tanto, puedan acceder a conocer su propio origen, y la otra que deriva directamente de los avances de la ciencia que ha permitido quebrar con la falta de certeza en la determinación de la paternidad que ha permanecido impuesta durante siglos. De las dos razones expuestas con anterioridad la que aparentemente cobra una mayor relevancia es la que lo configura como un principio tendente a posibilitar el conocimiento del propio origen como elemento integrante de la propia identidad, en detrimento de los avances técnicos en torno a la certeza sobre la generación, puesto que el TEDH¹⁷, si bien reconoce que el nacimiento crea vínculos entre progenitor e hijo, es indispensable que a ese dato se sume la existencia de un relación familiar mediante la cual se dispense la protección del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos para que pueda admitirse la demanda amparada en la salvaguarda del derecho a la vida familiar. Por el contrario en la Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2003 (TEDH 2003\8) en el caso *Odièvre c. Francia*, dicho Tribunal no verificó la existencia de tal relación familiar entre la madre biológica y su hija por lo que encuadró la solicitud de la demandante dentro del derecho a conocer la propia identidad recalcando, en todo caso, que este derecho puede ser restringido por el Estado si existen causas que lo justifiquen.

Es importante destacar que la verdad biológica rige tanto para los hijos de padres solteros como para los de padres casados entre sí, puesto que lo que en último término se pretende es que se pueda conocer a los auténticos causantes de la existencia del

¹⁶ ALES URÍA ACEVEDO, M.M. *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (pág. 258).

¹⁷ Sentencias del TEDH en el caso *Marckx c. Bélgica* de 13 de junio de 1979 (TEDH 1979\2) y en el caso *Johnston c. Irlanda* de 18 de diciembre de 1986 (TEDH 1986\16).

menor para que éste permanezca bajo su cuidado siendo indiferente la distinción anterior para alcanzar tal fin.

Del análisis de la reciente jurisprudencia española y comparada podemos extraer una clara tendencia a respetar el derecho e interés de las personas a conocer sus orígenes biológicos, es decir, quienes son sus progenitores. La preponderancia de dicha tendencia deriva de la idea mantenida por los tribunales de que la ocultación de la verdad biológica es contraria al mejor interés del niño.

2. Verdad biológica y autonomía de la voluntad.

Puede afirmarse sin duda alguna que en el campo de determinación de la filiación el criterio rector es el de libre investigación de la paternidad. Ahora bien, igual de cierto resulta que su eficacia práctica cobra más fuerza en la vía judicial de determinación de la maternidad y paternidad que en el ámbito extrajudicial, donde se atribuye una mayor relevancia a concepciones voluntaristas que permiten dejar la determinación del estado civil en manos de los particulares sin hacer mayor hincapié en la verdad material de la determinación ni en la conveniencia para el menor de la fijación de dichos vínculos.

La existencia del principio de voluntariedad en la esfera de la determinación y asunción de la paternidad o maternidad responde a criterios que han perdido de forma progresiva el valor de que gozaban hasta la primera mitad del Siglo XX. La razón que sustenta la preponderancia de este principio de autonomía como forma de determinación de la maternidad y la paternidad debemos buscarla en los paradigmas familiares imperantes en cada momento, según los cuales, la Ley buscaba la protección de las relaciones paterno - filiales surgidas del matrimonio, siendo el vínculo legal para con un hijo nacido fuera de este marco el resultado de una libre elección por parte del varón y en ningún caso una obligación. Igualmente, la maternidad en solitario causaba un grave perjuicio para la mujer, por lo que se previeron fórmulas que posibilitaban el ocultamiento del nacimiento o la negación de la maternidad cuando esta era la voluntad de la madre o sus allegados. La pervivencia de este principio de autonomía de la voluntad en la actualidad parece responder a la asunción por parte del legislador de que

existe cierta normalidad en las conductas, pues normalmente sólo se reconoce como propio al hijo que lo es¹⁸.

Al ser de fácil constatación, el ámbito de actuación del principio de voluntariedad es, como ya hemos dicho, esencialmente extrajudicial, dependiendo su intensidad aquí de otros valores tutelados en cada situación particular, destacando por ejemplo que si el hijo que se pretende reconocer es mayor de edad primará su voluntad en materia de fijación de su estado civil, y que, en cambio, si se trata de un menor de edad, habrá de ponderarse el parecer de los progenitores y el bienestar del menor.

Por tanto, el principio de autonomía de la voluntad rige sin duda alguna en el ámbito extrajudicial pero el mayor debate se suscita en el momento de decidir, frente a la impugnación de la filiación, si la elección que originariamente hayan llevado a cabo los particulares debe ser respetada con la misma fuerza, problema que suscita especial interés en el caso de que se pretenda revocar un reconocimiento de complacencia¹⁹. No es posible establecer una solución universal a esta problemática, sino que la decisión en cada caso concreto estará determinada por el peso específico que se otorgue a la voluntariedad en el ámbito de la filiación.

Si bien el ámbito preponderante de actuación de principio de voluntariedad es el extrajudicial, la paternidad también puede verificarse en supuestos puntuales de determinación de la maternidad. Así, la voluntariedad juega un papel crucial en las figuras del parto anónimo – vigente en Luxemburgo, Italia y Francia –, la maternidad subrogada que está prohibida por el ordenamiento español pero es posible en algunos estados de EEUU y en el Reino Unido, y el desconocimiento de la maternidad que el Registro Civil español posibilitó hasta la STS núm. 776/1999, de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944) que deroga los artículos 167.2 y 182 del RRC.

Tradicionalmente la maternidad ha estado ligada a la gestación y al parto, como una realidad tangible y que no planteaba mayores problemas para su determinación. La excepción a esta idea fue la del parto anónimo vigente en el derecho francés y la posibilidad de omitir el nombre de la madre en el parte médico de nacimiento que ofrece el derecho italiano. Unidas a estas excepciones, en la actualidad aparecen nuevos

¹⁸ ALES URÍA ACEVEDO, M.M. *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (pág. 269).

¹⁹ Reconocimiento de complacencia es aquel en el que existe una manifestación de voluntad de tener por propio a un hijo que realmente no lo es, todo ello a sabiendas de dicha condición.

casos impulsados por el avance de la ciencia y la técnica en que la mujer tiene la posibilidad de ser madre en base a sus deseos con lo que hacemos clara alusión a los supuestos de adopción e hijos habidos por TRHA.

En definitiva, no son pocos los casos en que el principio de verdad biológica es restringido o sin más preámbulos suprimido, pues no puede afirmarse que sea un criterio prioritario y que en caso de duda haya de primar sobre otros, pues más bien tiene una función instrumental al servir para que el hijo conozca sus orígenes no siendo en ningún caso un fin en sí mismo. La libre investigación de la paternidad con el apoyo de los aportes científicos encauza el principio de verdad biológica para que se puedan alcanzar dichos fines.

CAPÍTULO 2 - EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA ADOPCIÓN.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

Resulta perfectamente comprensible que una persona adoptada quiera conocer sus orígenes, saber quién son sus padres o a qué familia o país pertenece y cuales fueron las circunstancias que motivaron su abandono²⁰. El vacío que se produce a raíz de la ruptura con el origen biológico puede suscitar una inquietud en la persona adoptada que en muchas ocasiones se siente culpable por haber sido abandonada, desarrollándose en ciertos casos lo que en psicología se conoce como *"genealogical bewilderment"*, que supone un estado de confusión e incertidumbre que afecta a algunas personas adoptadas que se obsesionan con el conocimiento de su origen biológico²¹.

Por tanto, los motivos que pueden impulsar al adoptado a buscar el conocimiento de los datos sobre su propio origen, tan importante para la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, son muy numerosos, pero en cualquier caso, esta búsqueda no tiene por qué significar que los adoptados quieran encontrar unos nuevos padres, puesto que ya

²⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J., "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos", *Revista Jurídica Española La Ley*, 2010, Nº. 7526, págs. 1768 – 1778. ISBN 1138-9907. (pág. 1768).

²¹ ALES URÍA ACEVEDO, MM. *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. (pág. 409).

tienen unos, los adoptivos, o incluso puede que su intención principal no sea conocer a sus padres biológicos, sino obtener la información necesaria para así completar su identidad y conocerse a sí mismos.

La adopción en la forma en que aparece regulada en el Código Civil da lugar a que el adoptado se integre en la familia adoptiva como un miembro más, con idénticos derechos y obligaciones (artículo 178 CC). Del mismo modo se establece que la adopción es un acto irrevocable que ni siquiera se ve afectado por la determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado (artículo 180 CC), lo que unido a la idea de que la adopción extingue todo vínculo jurídico con la familia anterior nos permite afirmar que el adoptado es un tercero frente a su familia biológica. De este modo, el adoptado no tiene conocimiento alguno de los datos atinentes a sus progenitores biológicos, y aunque lo deseable sería que esos datos fuesen proporcionados por los adoptantes, en la mayoría de los casos no sucede así. Esta circunstancia, o el desconocimiento de los datos sobre los progenitores biológicos por parte de los adoptantes, pone a las personas adoptadas en la necesidad de iniciar una investigación orientada al descubrimiento de los datos que hagan referencia a sus orígenes biológicos a través de diferentes medios y dentro de las posibilidades que la Ley les atribuye, de la forma que analizaremos a continuación.

II. REGULACIÓN.

1. Estado de la cuestión en España antes de la Ley de Adopción Internacional.

Aunque se quiso ver reflejado en el artículo 180.4 CC en tanto posibilita que una persona pueda buscar e investigar quiénes son sus progenitores sin que ello afecte a su filiación jurídica, es decir, la adoptiva, el derecho del adoptado a conocer sus orígenes carece, ciertamente, de un reconocimiento expreso en el Derecho común español hasta la aprobación de la Ley de Adopción Internacional. No obstante, a pesar de su falta de regulación expresa, podemos entender que se trata de un derecho de la personalidad que debe considerarse vigente en el ordenamiento jurídico español, puesto que puede fundamentarse en diversos textos legales de ámbito internacional, nacional y autonómico que seguidamente analizaremos.

A. Convenios internacionales.

En ninguno de los instrumentos internacionales que vinculan al Estado español y que pueden tener alguna relevancia en la materia a tratar se reconoce de forma expresa el derecho del adoptado a conocer su origen, pues todos ellos utilizan expresiones que condicionan o limitan este derecho²².

En este sentido, el Convenio de la Haya de 1993 hace depender el derecho del adoptado al acceso a la información sobre su origen de lo que establezcan las leyes de los Estados involucrados en el proceso de adopción, haciendo incluso posible la omisión de toda información referente a los padres biológicos en la documentación que los Estados contratantes se transmiten en el momento de constitución de la adopción.

El Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño regula la posibilidad de acceso a los datos referentes al propio origen si bien, añade la idea de que se facultará a los niños para ello “en la medida de lo posible”.

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos hace referencia a la igualdad de todas las personas en el disfrute de sus derechos, sin posibilidad de discriminación por razones de nacimiento o cualquier otra circunstancia.

Esta práctica generalizada no solo en los instrumentos ratificados por España, sino también en los convenios que no vinculan a nuestro país se justifica principalmente por dos razones: la primera de ellas sería el hecho de que algunos Estados no consideran conveniente que los hijos tengan la posibilidad de conocer a sus progenitores, especialmente en el caso de las madres, por las consecuencias perjudiciales que socialmente ese hecho les pudiera acarrear; y como segundo fundamento destaca el hecho de que numerosos Estados mantienen como principio en materia de adopción la ruptura total con la familia anterior y la correspondiente confidencialidad respecto a los datos que les hacen referencia.

a. Convenio de la Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de 20 de mayo de 1993.

En dicho instrumento deben destacarse los preceptos siguientes en tanto hacen referencia al conocimiento de los orígenes:

²² GARRIGA GORINA, M., *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*. Aranzadi, Navarra, 2000. (pág. 212).

Art. 16:

«1. Si la Autoridad del Estado Central de origen considera que el niño es adoptable preparará un informe que contenga información sobre la identidad del niño, su adaptabilidad, su medio social y familiar, su historia médica y la de su familia, así como las de sus necesidades particulares.

2. Esta autoridad central transmitirá a la Autoridad central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse identidad».

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».

A la vista de lo anterior, si bien es cierto que el Convenio de la Haya faculta a los adoptados para el conocimiento de los datos sobre el propio origen, lo hace con unas limitaciones que suponen grandes dificultades a la hora de llevar a efecto esta tarea, en tanto que faculta al Estado de origen para que retenga la información si en el mismo no está permitido revelar la identidad de la madre y el padre, y que a su vez la potestad de acceso a la información esté condicionada a lo que establezca al respecto al legislación del Estado donde se encuentra la misma.

Las leyes internas de los distintos Estados son muy diferentes, puesto que sus concepciones sociales y culturales son muy distintas, por lo que el Convenio adopta una solución que respeta las legislaciones de todos los Estados en tanto el adoptado no tiene reconocido el derecho al acceso a los datos referentes al propio origen, sino solamente en el caso de que el Estado de origen permita la transmisión de la información y el de destino permita acceder a ella.

Como peculiaridad, el artículo 30.2 establece la obligación de asesorar al adoptado

como paso previo a darle acceso a la información, basándose en que este hecho sirva como apoyo al adoptado para afrontar las consecuencias de su decisión.

b. Convenio de las Naciones Unidas, sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.

El texto en su redacción original reconocía de forma clara el derecho del adoptado al conocimiento de los datos referentes a su origen biológico, cosa que no ha quedado plasmada en la redacción definitiva del mismo. Esto es así porque el representante de los Estados Unidos, el de la República Democrática Alemana y el de la Unión Soviética manifestaron su posición contraria al reconocimiento de este derecho fundamentándola en que el reconocimiento de este derecho era contrario a sus legislaciones en tanto no permitían al adoptado conocer la identidad de sus progenitores.

A pesar de ello, la imprecisión de la redacción definitiva a dado pie a que los distintos autores interpreten el texto de acuerdo con la opción que cada uno de ellos considere deseable. La polémica se suscita sobre todo a raíz de la redacción del artículo 7 del Convenio en tanto posibilita el conocimiento de los padres biológicos por el adoptado añadiendo la expresión “en la medida de lo posible”, lo cual da lugar a dos corrientes doctrinales en tanto el término posibilidad se entienda referido a circunstancias legales o fácticas.

Art. 7:

«1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.».

Otro de los derechos reconocidos en el Convenio, concretamente en el artículo 8, es el derecho a la identidad, lo que nos lleva a pensar que de este precepto deriva igualmente el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos, en tanto esta información constituye un referente esencial para conformar la propia identidad.

Art. 8:

«1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad».

c. Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

Los dos preceptos que hacen alusión de forma indirecta al derecho del adoptado al conocimiento del propio origen son el 8 y el 14. Así, el conocimiento de la filiación de origen podría fundamentarse en el artículo 8 en tanto reconoce el respeto de la vida familiar ante el cual no pueden prevalecer los derechos de otras personas ni los intereses de las instituciones.

Art. 8:

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

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

Además, en virtud del artículo 14, este derecho ha de ser garantizado a todas las personas sin que pueda establecerse un tratamiento distinto por diversas razones, entre las que se enumera el nacimiento.

Art. 14:

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color,

lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

B. Ámbito europeo.

La Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo, el 8 de julio de 1992 reconoce la existencia del derecho a la identidad, pero lo hace partiendo de una concepción limitada y principalmente biológica del mismo e indicando que:

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

De igual forma, la Resolución A3-341/91, de 31 de diciembre de 1991, del parlamento Europeo sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea hace referencia a la posibilidad de conocer la filiación biológica señalando que todos los niños deben tener derecho a conocer su filiación biológica y a ser informados de cualquier deficiencia genética y de las posibilidades de heredarla. Debemos mencionar también la Recomendación de 26 de enero de 2000, para el respeto de los derechos de los derechos del niño en la adopción internacional, en la cual la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa invita a todos los Estados a “asegurar el derecho del niño adoptado a conocer sus orígenes como muy tarde en su mayoría de edad y a eliminar de su legislación interna cualquier disposición en contrario”. De otra parte, la declaración de los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, dice en su artículo 9 que “los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del adoptado o

colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño”²³.

C. Constitución Española.

Como ya hemos aclarado con anterioridad, el derecho a la identidad genética, y más concretamente su manifestación como derecho de toda persona a conocer sus orígenes biológicos, no se encuentra reconocido de forma expresa en la Constitución española de 1978, a pesar de lo cual existen argumentos que nos permiten considerar que puede ampararse en ella, especialmente el respeto a la dignidad de la persona que proclama el artículo 10 del texto constitucional. Igualmente, encontramos rasgos de este derecho en otros preceptos constitucionales como sería el artículo 14 en cuanto garantiza la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin discriminación por razón de su nacimiento o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, el artículo 15 que consagra el derecho a la integridad física y moral, el artículo 18 que reconoce el derecho a la intimidad o el artículo 39.2 que dispone la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación y de las madres, al igual que la libre investigación de la paternidad.

D. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, regula dicha materia en el Capítulo II su Título I “De los derechos de los menores”, que comprende los artículos 3 a 9.

El artículo 3 se trata de una remisión genérica a los derechos reconocidos al menor en la Constitución Española y en los Tratados Internacionales, pronunciándose en los siguientes términos:

“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento,

²³ VELA SÁNCHEZ, A.J., “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2010, N°. 7526, pags. 1768 – 1778. ISBN 1138-9907. (pág. 1770).

nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional.”

Los preceptos sucesivos, es decir del artículo 4 al 9, se regulan determinados derechos de los menores de edad, como serían el derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen, el derecho a la información, la libertad ideológica, el derecho de participación asociación y reunión o el derecho a la libertad de expresión y el derecho a ser oído. Diversos autores, como por ejemplo ALONSO PÉREZ²⁴, opinan de modo acertado según mi criterio que la regulación de estos derechos sobra en gran medida, pues todos ellos figuran ya en nuestro texto constitucional al igual que en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1898 que al haber sido ratificado por España hace que se integren en el ordenamiento jurídico nacional. Por otra parte, y atendiendo a la materia que nos ocupa, podemos calificar esta clasificación como parcial, pues omite algunos derechos importantes como sería el derecho a la identidad.

E. Código Civil y legislación.

Nuestro Código Civil también guardaba silencio hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, que hace al fin alusión al derecho a conocer la familia biológica añadiendo un quinto apartado al artículo 180 CC. Con anterioridad, el Código Civil se limitaba a establecer en el artículo 180.4º que la “determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la filiación”.

²⁴ ALONSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras” *Actualidad Civil*, 1997, N.º. 2, págs. 17 - 40. ISSN 0213-7100. (pág 26).

De otra parte, en sede de filiación, los artículos 132 y 133 legitiman al hijo para ejercitar la reclamación de la filiación matrimonial y no matrimonial a lo largo de toda su vida, lo que permite por tanto, aun a falta de reconocimiento expreso del ejercicio de acciones por parte del adoptado tendentes a investigar su origen biológico, invocar las acciones de reclamación de la filiación. Tal y como señala LACRUZ²⁵ el reconocimiento de este derecho que legitima para el ejercicio de acciones de reclamación de la filiación está relacionado con el conocimiento del propio origen en tanto *“el objeto de este proceso, el hecho a probar, es la paternidad o maternidad real, pues aunque no lo dice el Código, así resulta de la naturaleza de esta acción conjugada con el principio de veracidad”*.

Por tanto, lo que sí permite el Código Civil es que cualquier persona ejercite acciones que le posibiliten investigar su filiación biológica – tal y como reconocen los artículos 132 y 133 CC- sin que ello implique impugnar la filiación adoptiva, pues ya es el artículo 180.4º CC establece que la determinación de la filiación por naturaleza del adoptado no afecta a la adopción. En este sentido se manifestó la STS de 27 de junio de 1987 declarando que la filiación adoptiva y la biológica no eran contradictorias, por lo que la adopción no impedía la reclamación judicial de la filiación biológica:

“Admitida la presencia del vínculo que une al adoptado con su familia natural, pese a los lazos que adquiere por la adopción con la familia adoptante, así como la posibilidad de que aquel vínculo sea modificado con posterioridad a la adopción (...) mal puede admitirse que se considere contradictoria la nueva situación familiar que el menor adoptado intenta obtener con el demandado (su padre biológico y de quien solicita la declaración de filiación no matrimonial), con la que disfruta en relación con su madre adoptiva”.

En definitiva, del artículo 180.4º CC en relación con los demás preceptos citados se deducía la posibilidad de la investigación y determinación legal de la filiación biológica con posterioridad a la adopción, lo que suponía antes de la Ley de Adopción Internacional, un tácito reconocimiento del derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos. Otra interpretación posible de este precepto sería la que sostiene que este

²⁵ GARCÍA VILLALUENGA, L.; LINACERO DE LA FUENTE, M., *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006. (pág 101).

precepto trataba de evitar que un reconocimiento posterior del hijo abandonado por parte de los padres biológicos extinguiera la adopción ya constituida, de manera que lo que el legislador quería era dejar clara la firmeza de la adopción frente a las pretensiones de la familia originaria²⁶.

Por su parte, en materia de inscripción de la adopción en el Registro Civil debemos tener en cuenta la Ley del Registro Civil de 1957 y el Reglamento del Registro Civil que la desarrolla aprobado en 1958. Además, un gran catálogo de resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado nos sirven de pautas a la hora de analizar determinados supuestos y completar la regulación contenida en la legislación anteriormente mencionada.

Prueba de que con anterioridad a la mencionada Ley de Adopción Internacional no había regulación expresa es que incluso la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Adopción y Otras Formas de Protección de Menores, menciona en su disposición adicional primera que *“las personas que presten servicios en las entidades públicas o en las instituciones colaboradoras están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción”*.

De igual forma, el artículo 7. 4º de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen, considera intromisiones ilegítimas *“la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional y oficial de quien los da a conocer”*, de modo que no podría exigirse la revelación de identidades de terceros sin un reconocimiento legal expreso del derecho a conocer el propio origen del adoptado. En la misma línea, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, garantiza al paciente en su artículo 10 *“la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia”* en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reconoce el derecho de los

²⁶ VELA SÁNCHEZ, A.J., “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2010, Nº. 7526, pags. 1768 – 1778. ISSN 1138-9907. (pág 1771).

ciudadanos al “acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en esta u otras leyes”, pero indica que el “acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas”, de manera que tal acceso puede denegarse “cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada”.

2. Estado de la cuestión en España tras de la Ley de Adopción Internacional.

A. La incidencia de la Ley de Adopción Internacional en el reconocimiento del derecho a investigar los orígenes biológicos.

Hoy en día, tras la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, la investigación derivada del derecho a conocer el propio origen biológico está permitida expresamente por el legislador en la medida en que el artículo 12 de la Ley rubricado “Del derecho a conocer los orígenes biológicos” dispone que:

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

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

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

Por tanto, la Ley de Adopción Internacional reconoce ya de manera explícita el derecho de los adoptados tanto internacional como nacionalmente a conocer sus orígenes biológicos, para lo cual, debemos tener presente en todo caso que la determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado no tiene

incidencia alguna sobre la adopción tal y como establece el artículo 180. 4º CC, por lo que el conocimiento de la filiación biológica no se dirigirá al desplazamiento de la filiación adoptiva preexistente.

El derecho a conocer los orígenes biológicos donde adquiere mayor importancia es en el ámbito nacional, pues la mayoría de los casos de adopción internacional derivan de menores en situación de desamparo debido al abandono por parte de la madre biológica, lo que supone la ausencia de información alguna sobre la identidad de la familia anterior. Por el contrario, en el ámbito de las adopciones nacionales son más escasos los supuestos de abandono, por lo que las autoridades autonómicas sí dispondrán normalmente de los datos relativos a la filiación biológica del adoptado.

Por ello, uno de los aspectos que más nos interesan derivado de la aprobación de la Ley de Adopción Internacional es la correlativa modificación de nuestro Código Civil a través de la introducción de un apartado quinto en el artículo 180 que indica que *“las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho”*.

Debemos destacar que a pesar de dicho reconocimiento, en la práctica hay que acudir a los Tribunales para hacer efectivo el derecho a conocer los orígenes biológicos en la mayoría de los casos, pues aun existen trabas administrativas que hacen prácticamente imprescindible la intervención de un abogado para lograr tener acceso a los datos que constan en los archivos sobre la identidad de las madres que en su día decidieron entregar a sus hijos en adopción.

A la vista del propio artículo 12 de la Ley, este derecho al conocimiento de los propios orígenes corresponde exclusivamente al adoptado, pues no se puede ejercer en su nombre o representación, sino que solo es posible la asistencia de los padres adoptivos cuando quien quiera hacerlo efectivo sea menor de edad. En este sentido, debe relacionarse con el artículo 16.1º de la citada Convención de los Derechos del Niño, en cuanto establece que ningún niño debe ser objeto de injerencias ilegales o arbitrarias en su vida privada y en su familia, por lo que los padres biológicos no tendrán derecho a conocer los datos y paradero o situación de su hijo, y que además, al tratarse de un derecho a conocer, debe respetarse de igual forma el derecho del niño

adoptado que no quiere conocer sus orígenes a pesar de tener la posibilidad de investigarlos.

En cuanto al acceso a la información es necesario destacar que no se da de forma automática una vez planteada la solicitud, sino que es necesaria la supervisión y control de las entidades públicas o privadas que hayan intervenido en el proceso de adopción, por lo que serán las Administraciones Autonómicas competentes en cada caso quienes tengan obligación de conservar las informaciones. Por su parte, las entidades colaboradoras en materia de adopción internacional -ECAI-, solo tienen obligación de transmitir aquellos datos que hagan referencia a la situación preadoptiva del menor²⁷.

La Ley no dice nada acerca de la cuestión de que el adoptado pueda contactar personalmente con los miembros de su familia de origen, pero debe entenderse que se permite tal relación al estar regulados los servicios especiales de ayuda, asesoramiento o mediación; eso sí, mediante un tratamiento personalizado en cada caso, atendiendo a las circunstancias personales y a la situación del adoptado y de su familia biológica. Lo que debe quedar claro es que en estas situaciones nadie puede ser obligado a ponerse en contacto con otra persona, por lo que aun estando en manos del adoptado los datos sobre su propio origen, los padres no pueden ser obligados a encontrarse o relacionarse con su hijo por naturaleza si no quieren hacerlo, pues la adopción, como ya sabemos, rompe los vínculos con la familia de origen por lo que estos progenitores no deben atención alguna a su hijo.

B. Convenio Europeo en materia de adopción de menores.

Con fecha 13 de julio de 2011, el boletín Oficial del Estado publica el Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, que entró en vigor en España el 1 de septiembre de 2011, y que introduce una serie de novedades en la institución de la adopción aplicables a los países miembros. Estamos ante un Tratado realizado en el seno del Consejo de Europa, por lo que se trata de una norma extracomunitaria que adquiere vigencia en España en tanto nuestro país forma parte de tal Organización Internacional y en virtud de la autorización concedida por las Cortes Generales para su

²⁷ VELA SÁNCHEZ, A.J., “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2010, N.º. 7526, pags. 1768 – 1778. ISSN 0211-2744 . (pág. 1772).

firma en virtud del artículo 94.1 CE²⁸. Debemos tener en cuenta, por tanto, que el Convenio se encuentra en una posición privilegiada en el sistema de fuentes español, ocupando el segundo lugar en la escala de las mismas, justo después de la Constitución por lo que prevalece sobre el derecho interno con lo que la normativa sobre adopción contenida en los artículos 175 a 180 CC debe adaptarse el mismo.

En cuanto al derecho del adoptado a conocer sus orígenes que se introdujo por primera vez de forma expresa en el ordenamiento jurídico español por la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, se encuentra regulado en el artículo 22 del Convenio, en el que se prevé, siguiendo la misma línea que la Ley de Adopción Internacional, que el adoptado tendrá acceso a la información relacionada con sus orígenes en poder de las autoridades competentes pudiendo recibir asesoramiento adecuado en caso de que el adoptado no haya alcanzado la su mayoría de edad.

De igual forma, el Convenio prevé que la adopción pueda tener lugar si así se regula por los estados, sin revelar la identidad de la familia de origen. Como peculiaridad introduce la idea de que cuando sus padres de origen tengan derecho a que no se divulgue su identidad, una autoridad competente pueda determinar si es conveniente o no hacer uso de este derecho y transmitir la información, teniendo en cuenta las circunstancias y derechos respectivos del menor y de sus padres de origen.

En cuanto al modo de documentación de los datos, el artículo 22 del convenio en su último párrafo establece que se tendrá derecho al acceso a los datos obrantes en los registros públicos, si bien éstos se llevaran de tal forma que las personas que no tengan un interés legítimo en los mismos no puedan tener conocimiento de la adopción de una persona o, si esta es conocida, de la identidad de sus padres biológicos.

III. EL SECRETO EN LA ADOPCIÓN.

Como hemos comentado con anterioridad, de forma relativamente reciente, la Ley 54/2007, de Adopción Internacional introdujo de manera explícita el derecho a conocer el propio origen biológico en los supuestos de adopción rompiendo con la tendencia vigente hasta la fecha según la cual se establecía por falta de regulación expresa en sentido contrario la posibilidad de secreto en relación con los datos del adoptado y del o los adoptantes.

²⁸ GARCÍA ABURUZA, M.P., “La adopción tras el convenio de Estrasburgo”, *Aranzadi Doctrinal*, 2013, Nº.11 , págs 129-140. ISSN 1889-4380. (pág 130).

Esta norma se refiere al derecho de acceso que tienen las personas adoptadas, con especial referencia a las adoptadas internacionalmente, y excluyendo de su ámbito de aplicación a aquellas nacidas por TRHA. No obstante, esta potestad de acceso debe desarrollarse teniendo presente el derecho a la salvaguarda de la intimidad de la persona adoptada y de su familia. Para comprender esta necesaria correlación entre el respeto a la intimidad del adoptado y su familia y la salvaguarda del acceso a los datos referidos al propio origen podemos apoyarnos en la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 197/1991, de 17 de octubre de 1991 (RTC 1991\197), según la cual los hechos que se relatan en la demanda, y que dan origen al recurso, son los siguientes: En el diario «Ya» de 31 de agosto de 1985 se publicó un artículo periodístico bajo el titular «La madre, XX, trabajaba en un barra americana» y con un subtítulo en el que se señalaba que «El hijo adoptivo de Sara Montiel fue adquirido en Alicante». Este artículo fue resultado de una investigación realizada en Murcia y Alicante por el Periodista D. Joaquín García Cruz sobre la existencia de una red de tráfico ilícito de niños, en el curso de la cual vino a descubrirse, según declaraciones efectuadas al Periodista por una persona que actuaba de intermediaria en adopciones de menores, que la madre natural del hijo adoptivo de don José Tous Barberán y de doña María Antonia Abad Fernández, públicamente conocida como Sara Montiel, era XX que en aquellos momentos trabajaba en una «barra americana», añadiendo que el nacimiento se produjo en Alicante y que ella misma había mediado en la adopción, poniendo en contacto a la madre natural y a la adoptiva. Con anterioridad, los padres adoptivos habían convocado a la denominada «prensa del corazón» para relatar las circunstancias que rodearon la adopción de su hijo, a quien habrían adoptado en Santo Domingo, con ocasión de un viaje allí realizado por el matrimonio.

Publicado el artículo, los esposos Tous formularon en nombre propio y de su hijo demanda de protección al honor y a la intimidad personal y familiar, al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, dando lugar a que en la citada STC de 17 de octubre de 1991 el Tribunal estimara que la divulgación de información referida a la progenitora afectaba no sólo al derecho a la intimidad de los niños adoptados sino también al de sus padres legales afirmando que “la filiación y muy en particular la identificación del origen del adoptado ha de entenderse que forma parte de este ámbito propio y reservado de lo íntimo y que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen normalmente tal trascendencia para el individuo que su

indebida publicación o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad”.

Otro ámbito que ilustra esta correlación sería la jurisprudencia de la DGRN en relación a la conservación de los datos referidos a la filiación del nacido en país extranjero y adoptado por españoles, excluyendo a los adoptados mayores de edad y a los adoptantes de la necesidad de contar con autorización judicial previa al acceso a la inscripción registral de su filiación según indica el artículo 22 RRC. De este modo se está facilitando el conocimiento del propio origen biológico del adoptado, puesto que en la inscripción debe constar al menos la identidad de la progenitora.

Del mismo modo, el artículo 46 LRC establece que la adopción se anotará al margen de la inscripción correspondiente al nacimiento del niño, sin que en ningún caso se vea afectada la inscripción original de nacimiento, por lo que la inscripción marginal es la forma de hacer constar la existencia del acto por el que se constituyó la adopción y a su vez garantizar el acceso a los datos sobre el propio origen si la persona adoptada así lo desea. Así las cosas, es importante destacar que mediante el sistema de anotación marginal, solo el adoptado y los adoptantes podrán conocer la totalidad de la información referida a la filiación por naturaleza del hijo.

Por otro lado, la Resolución de la DGRN del 23 de abril de 1993 sienta doctrina en relación con aquellos casos en que el país de origen del adoptado no establece las mismas directrices, para cuyo caso aboga por la idea de que la mecánica registral que regulan los dos artículos que hemos mencionado con anterioridad no puede ser objeto de variación por el hecho de que la autoridad correspondiente del país de constitución de la adopción haya decidido además de la constitución de la misma la anulación de la primitiva inscripción de nacimiento y su sustitución por otra en la que los padres adoptivos aparezcan como padres por naturaleza del nacido.

La tendencia al secreto en la adopción según la cual el certificado original de nacimiento queda bajo secreto y custodia de la Administración, que ya no está vigente en España desde la aprobación de la Ley de Adopción Internacional, ha sido abandonada además por la mayoría de los países de Europa Occidental y por los EEUU, por lo que con carácter general se otorga el derecho al adoptado a conocer sus orígenes y acceder a toda la información relevante.

1. La determinación de la maternidad.

En los supuestos de adopción puede tener lugar un conflicto entre los derechos e intereses del propio hijo y los de su familia de origen, y más concretamente con los de su madre biológica. Pueden darse dos supuestos conflictivos en este contexto, por un lado, el caso en que sea la familia de origen quien desea mantener contacto con el menor, y por otro la hipótesis de que el hijo sea quién desea mantener un lazo con la progenitora cuando el deseo de la misma es permanecer en el anonimato.

En el primer caso, los progenitores buscan una mayor participación en el proceso adoptivo como reflejo del desarrollo de su identidad al haber sido padres de una criatura, mientras que en el segundo caso el derecho a la identidad se plantea solamente desde la faceta del hijo que desea saber por quién ha sido engendrado, frente a lo cual se invoca el derecho a la intimidad de la madre que decide apartarse de la vida de su hijo por motivos diversos que prefiere mantener ocultos. La raíz de estos problema viene de la separación de maternidad biológica y maternidad legal, que puede darse a través de tres formas distintas: la supresión de la identidad de la madre desde el momento del parto, la posibilidad de que la mujer que da a luz desconozca con posterioridad la maternidad mediante un procedimiento extrajudicial según el cual mediando acuerdo de las partes se adjudica la condición de madre a una mujer diferente²⁹, y la maternidad subrogada considerada ilegal en España pero aceptada en algunos estados de EEUU y Gran Bretaña.

La determinación de qué mujer es la madre del niño es necesaria para poder señalar correlativamente quién es el padre del mismo y la familia en que éste deberá insertarse. Esta necesaria correlación se justifica bajo la idea de que la relación madre-hijo es de fácil determinación, pues deriva de la gestación y el parto, mientras que la relación padre-hijo se conoce por medio de la madre, pues es padre quien mantuvo relaciones sexuales con ésta.

²⁹ Estamos haciendo referencia al parto anónimo hoy vigente en Italia, Francia y Luxemburgo, así como a la posibilidad que se contemplaba en la legislación registral española de desconocer la maternidad hasta 1999.

A. La incidencia de la voluntariedad en la determinación de la maternidad en el sistema español.

La regulación de la determinación de la maternidad se encuentra dispersa en varios cuerpos legales, con lo que la primera normativa sería la Ley del Registro Civil y su Reglamento, que datan del año 1870. Ya en 1889 se redactó el Código Civil que remite a la primera ley hasta que en 1957 es reformado por la Ley del Registro Civil acompañada por su Reglamento de 1958. Con posterioridad la reforma de 1981 hizo profundos cambios en el Código Civil pero sin afectar a la normativa registral.

A lo largo de todo este periodo de tiempo y hasta el año 1999 se puede apreciar una contradicción entre el sistema de determinación de la maternidad y la paternidad que presenta el Código Civil se rige por el principio de verdad biológica y libre investigación, mientras que el registral lo hace por el principio de voluntarismo.

El Código Civil de 1889 en sus artículos 129 y 132 que el hijo natural debía ser reconocido tanto por el padre como por la madre para gozar de una filiación, con lo que la maternidad no matrimonial solo quedaba determinada o por resolución judicial o por reconocimiento voluntario de la mujer. Por su parte, el Registro Civil en España otorgaba un gran protagonismo a la madre hasta el punto de dejar a su libre voluntad la posibilidad de desconocer a su hijo sin que su maternidad constase en ningún asiento registral, al amparo de entre otros, el art. 47 LRC³⁰, de modo que el único lugar donde constaba la identidad de la madre era en los registros del hospital en que hubiera dado a luz, siempre que ésta no hubiese solicitado la supresión de su nombre del parte médico. En este contexto, uno de los obstáculos añadidos se encontraba en el hecho de que al impedirse la determinación de la maternidad se impedía, correlativamente, la determinación de la paternidad³¹.

A partir de la sanción de la Constitución española de 1978 gran parte de la doctrina³² y de la jurisprudencia se opuso a la aplicación y vigencia de estos preceptos basándose en la idea de que normas de carácter reglamentario y anteriores a la Constitución no

³⁰ Mientras estuvo vigente el artículo 47 LRC, existía la facultad de la mujer soltera de desconocer su maternidad en el plazo de 15 días desde la notificación del asiento.

³¹ GARRIGA GORINA, M. *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2000 (pág. 145-151).

³² Ver, por ejemplo: VIDAL PRADO, C. “El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)”, *Revista jurídica de Navarra*, 1996, Nº 22, págs 265-282. ISSN 0213-5795.

podían contradecir preceptos de orden superior, como sucedía con el artículo 39 CE que ordenaba la libre investigación de la paternidad. Con iguales argumentos, la normativa registral fue objeto de impugnación en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944)³³, en que fue declarada contraria a los principios que la CE consagra en materia de filiación y derechos de los hijos, en cuanto se entendió que la normativa registral debía considerarse inconstitucional tras la aprobación de la Constitución de 1978 al permitir que la determinación registral de la maternidad quedase a voluntad de la mujer e igualmente se consideró vulnerado el principio de libre investigación de la paternidad al perder el hijo todo nexo biológico con sus progenitores.

En consecuencia, el sistema vigente en la actualidad garantiza la constancia con todo detalle de la identidad de la madre en el Registro estando además el encargado del Registro Civil y el Ministerio Fiscal obligados a poner todos los medios a su alcance para averiguar la identidad de la madre y promover la investigación de la filiación materna, tal y como analizaremos más adelante.

B. La incidencia de la voluntariedad en la determinación de la maternidad en el Derecho comparado.

En Europa hay dos claras tendencias en cuanto al establecimiento de la maternidad: la seguida por aquellos países que optan por el principio *mater semper certa est* - como sería el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Grecia, Holanda, Portugal, Hungría, Suiza, Polonia, Reino Unido, entre otros - y la vigente en aquellos que permiten la maternidad anónima subordinada a la voluntad de la mujer, bien bajo el reconocimiento de la posesión de estado ya sea de forma expresa o tácita, o posibilitando el desconocimiento de la maternidad registrada – como sería el caso de Italia, Francia o Luxemburgo-. A la vista de lo anterior, podemos afirmar que la postura favorable a la determinación de la maternidad a partir del hecho del nacimiento no encuentra una acogida unánime en el derecho comparado europeo, por ello, a parte de la referencia ya hecha al sistema español de determinación de la maternidad que se suma a la tendencia adoptada por la mayoría de países, vamos a hacer una mención especial a los aspectos referentes a la

³³ Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944) en la página 59 de esta misma obra.

materia en las legislaciones francesa e italiana, que como hemos mencionado siguen una corriente contraria.

a. En el sistema francés.

Francia es el ejemplo más claro del parto anónimo, siendo característica de este sistema el hacer depender de la voluntad de la madre la determinación de la maternidad no matrimonial permitiendo, por tanto, que no quede reflejada la identidad de la misma en el hospital en que dio a luz.

El parto anónimo fue consagrado por la Ley núm. 93-22, de 8 de enero de 1993, “modificadora del Código Civil relativo al estado civil, a la familia y a los derechos del niño e instruyendo un Juez para los asuntos de familia”, y aparece recogido en el artículo 341.1 del *Code Civil* que no admite acción alguna para la determinación de la filiación materna si la progenitora opta por ocultar su identidad a través de este sistema. El objeto de esta regulación es evitar la desatención sanitaria de la mujer en el momento del parto, el aborto y los infanticidios. La mujer en el momento de dar a luz puede por tanto solicitar el secreto respecto de su admisión en el Hospital al que acuda y que su identidad sea preservada.

Además de la regulación contenida en el *Code Civil* sobre el parto anónimo, en el Código de Acción Social y de la Familia (*Code de la famille et de l'aide sociale*) se posibilitaba hasta la reforma operada en 1996 el abandono del niño entregándolo a la Administración bajo petición de secreto de la identidad de los padres supeditándolo a la condición de que el menor tuviese un año o menos de edad.

Este sistema conlleva el mantenimiento en absoluto secreto de la identidad de los progenitores constituyendo una barrera para que el hijo pueda tener acceso a su verdadera filiación biológica. Dada la dureza del mismo, el gobierno francés aprobó la Ley num.2002-93, de 22 de enero de 2002, que regula el acceso a los orígenes de las personas adoptadas y los pupilos del Estado, en la que se presenta la posibilidad de que el hijo pueda conocer la identidad de la madre en determinados supuestos manteniéndose no obstante, en todo caso, la idea de que si la madre no consiente no será posible dicho conocimiento. Lo que sí se ha suprimido es la posibilidad de abandono de los hijos menores de un año poniéndolos en manos de los servicios sociales y bajo solicitud de secreto de la identidad de los progenitores, por lo que en definitiva, en la actualidad el ocultamiento de la filiación materna sólo rige para los hijos cuya madre se acoja a la figura del parto anónimo.

La misma Ley antes citada añadió al artículo 222-6 del Código de Acción Social y de la Familia la exigencia de informar a toda mujer que solicite acogerse la figura del parto anónimo sobre las consecuencias jurídicas que este hecho conlleva para sí misma y para su hijo debido a la importancia que se atribuye al hecho de conocer los orígenes. Igualmente se le anima a que entregue toda la información sanitaria sobre ella y el padre, los datos relativos a la concepción y el nacimiento y su identidad en un sobre cerrado.

Uno de los principales problemas que se plantea en los supuestos de parto anónimo es que como ignoramos la identidad de la madre es muy difícil investigar y determinar judicialmente la maternidad, y en consecuencia la paternidad. Lo que si es posible es que un hombre reconozca a un hijo no matrimonial puesto que la filiación en este caso es divisible.

Gran relevancia en la materia tiene el conocido *Caso Odièvre*, debatido en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 2003 (TEDH 2003\8). Las circunstancias del caso eran las siguientes: la demandante, Berthe Pascale, una ciudadana francesa que nació el 23 de marzo de 1965 en París fue confiada por su madre a los servicios de asistencia social a la infancia de la Dirección de la Acción Sanitaria y Social (DASS), solicitando el secreto de nacimiento, quedando constancia de que ésta había sido informada de las consecuencias que acarrearía el abandono, y otorgando a la Administración la facultad de darla en adopción. La demandante fue matriculada como pupila del Estado del departamento del Sena y posteriormente adoptada con fecha 10 de enero de 1969 por los señores Odièvre. Pasada la mayoría de edad y habiendo tenido noticia de su expediente de antigua pupila del servicio de asistencia social a la infancia del departamento del Sena, intentó ante los tribunales franceses acceder a la información con la que pudiese identificar a su madre, padre y hermanos biológicos, hasta llegar a la instancia europea, primero a la CEDH y luego al TEDH.

La cuestión versaba sobre la compatibilidad del parto anónimo regulado en la legislación francesa con el CEDH, pues la demandante alegaba que la imposibilidad de conocer sus orígenes derivada del parto anónimo constituía una violación de los derechos que garantizan el artículo 8 del Convenio en tanto establece que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar*” y una discriminación contraria al artículo 14 del Convenio que se pronuncia prohibiendo la discriminación por

cualquier razón, incluido el nacimiento; basando sus argumentos en los precedentes de los casos Gaskin c. Reino Unido (TEDH 1989/16) y Mikulic c. Croacia (JUR 2002/78091). No obstante, al resolver este caso, el fallo de la sentencia consideró que la cuestión debatida era distinta a la de los casos Gaskin y Mikulic referidos antes, pues la sentencia dice que *“la cuestión del acceso a sus orígenes y del conocimiento de la identidad de sus padres biológicos, no es de igual naturaleza que la del acceso al expediente personal sobre un niño acogido o la de la búsqueda de pruebas de una paternidad solicitada. El Tribunal se encuentra en este caso ante una persona dotada de una filiación adoptiva que busca otra persona, su madre biológica, y que la abandonó al nacer y que solicitó expresamente el secreto de dicho nacimiento”*.

La sentencia argumenta que en este caso, existe un conflicto de intereses entre diversos individuos que deben ser ponderados para buscar su conciliación a la luz de cada caso en cuestión. Por un lado, existe el interés de la adoptada y, por otro, el interés de la madre biológica que declaró expresamente su voluntad de permanecer en el anonimato, el del padre y hermanos biológicos y el de su propia familia adoptiva, lo que la Sentencia argumental del siguiente modo *“la expresión “toda persona” del artículo 8 del Convenio se aplica tanto al niño como a la madre. Por un lado está el derecho al conocimiento de sus orígenes que encuentra su fundamento en la interpretación amplia del campo de aplicación de la noción de vida privada y el interés vital del niño en su desarrollo ampliamente reconocido en la economía general del Convenio. Por otro lado, no se puede negar el interés de una mujer en conservar su anonimato para proteger su salud dando a luz en condiciones médicas adecuadas. En el presente caso la madre de la demandante nunca visitó en la clínica al bebé y por lo visto se separó de él con una indiferencia absoluta y no se alega que posteriormente expresara el menor deseo de conocer a su hija: no corresponde al Tribunal juzgar esta actitud, sino solamente hacerla constar. El Tribunal se encuentra en esta caso en presencia de dos intereses privados difícilmente conciliables, que afectan por otro lado no a un adulto y a un niño sino a dos adultos que gozan cada uno de autonomía de su voluntad”*. Se señala también *“que la demandante tiene actualmente cerca de 38 años de edad, que fue adoptada a la edad de 4 años, y que el levantamiento no consensuado del secreto de su nacimiento podría acarrear riesgos nada desdeñables, no solamente para su propia madre, sino también para la familia adoptiva que la crió, para su padre y hermanos biológicos, quienes tienen todos igualmente derecho al respecto de su vida privada y familiar”*.

Además de la existencia del conflicto de intereses, el Tribunal reparó en la idea de que la demandante podía acceder a informaciones no identificativas sobre su madre y su familia biológica que le permitieran establecer raíces de su historia dentro del respeto a los intereses de terceros.

Finalmente señala que *“el sistema establecido en Francia recientemente, aunque conserva el principio de admisión del parto anónimo, refuerza la posibilidad de levantar el secreto de la identidad que, después de todo, existía antes de la ley de 22 de enero de 2002. La nueva Ley facilitará la búsqueda de los orígenes biológicos gracias al establecimiento de un consejo nacional de acceso a los orígenes personales, órgano independiente compuesto por magistrados, representantes de asociaciones afectadas por el objeto de la ley y de profesionales con un buen conocimiento práctico de la cuestión. De aplicación inmediata, permitirá desde ahora que la demandante solicite la reversibilidad del secreto de la identidad de su madre, siempre con el consentimiento de esta, de forma que asegure equitativamente la conciliación entre la protección de esta última y la solicitud legítima de la demandante y no se excluye si quiera, aunque sea poco probable, que gracias al nuevo Consejo establecido por el legislador, la demandante pueda llegar a obtener lo que busca. La legislación francesa trata así de lograr un equilibrio y una proporcionalidad suficiente entre los intereses en cuestión”*. El Tribunal señala a este respecto, que *“los Estados deben poder escoger los medios que consideren mas adecuados al fin de la conciliación así buscada. En resumen, el Tribunal considera que Francia no ha excedido el margen de apreciación que le debe ser reconocido debido al carácter complejo y delicado de la cuestión que plantea el secreto de los orígenes en virtud del derecho de cada uno a su historia, de la elección de los padres biológicos, del vínculo de familia existente y de los padres adoptivos”*.

Por todo ello concluye que no hubo violación del artículo 8 del Convenio, aunque solo de forma mayoritaria, pues la decisión está acompañada del voto disidente de los siete jueces que sí encontraron violación del precepto.

b. En la legislación italiana.

La legislación italiana reconoce, con mayor amplitud que la francesa, la posibilidad de que la madre se acoja al anonimato en relación con su maternidad. En primer lugar, para poder comprender el asunto, es necesario señalar que la legislación italiana aún divide la filiación entre legítima e ilegítima, lo que da lugar a dos tratamientos

diferentes a la hora de ocultar la maternidad, pues mientras la identidad de la mujer casada debe constar, en principio, junto con la de su marido en la inscripción del nacimiento, la determinación de la maternidad no matrimonial queda en manos de la mujer soltera, debiendo reconocer voluntariamente la misma para que quede constancia de ésta. Al igual que en el caso francés, los motivos que se enumeran para sostener esta modalidad de alumbramiento son la necesidad de prevenir el infanticidio y abandono de menores y asegurar que toda mujer tiene la posibilidad de dar a luz de manera civilizada sin necesidad de recurrir a la clandestinidad.

Cada una de las jurisdicciones de la península itálica tiene facultades para regular cómo habrá de llevarse a cabo el parto anónimo a través de la redacción de Protocolos en los que se regula la actividad de los servicios sanitarios y de asistencia social de la Región, y luego cada distrito municipal redacta sus propias directivas administrativas.

La última regulación al respecto fue realizada por la Ley 149/2001 de 28 de marzo, que alude a la forma de llevarse a cabo el parto anónimo y modifica el régimen de la adopción. Respecto al anonimato de la madre en la adopción, queda regulado en la Ley en el apartado séptimo de su artículo 28, en tanto contempla la posibilidad de que la familia biológica, sin alegar motivo alguno, impida el acceso a toda la información que les haga referencia. Este apartado de la Ley fue modificado con posterioridad por el Decreto Ley 196/2003 de 30 de junio que redujo las imposibilidades de acceso a la información a los casos en que “la madre hubiera declarado en el momento del nacimiento no querer ser identificada a los efectos del artículo 30.2 del Decreto del Presidente de la República de 3 de noviembre de 2000”. Por tanto, se otorga prevalencia a la voluntad de la madre por encima del derecho a la identidad del menor, incluso en los casos en que el Tribunal hubiese apreciado motivos suficientes que justificasen el acceso a la información sobre la identidad biológica, como sería el supuesto petición de levantamiento del secreto a instancia de la propia madre. En cuanto a la posible inconstitucionalidad de esta previsión legal, el Tribunal Constitucional Italiano ha considerado que el mantenimiento de la reserva de información cuando la mujer ha solicitado acogerse al parto anónimo sea cual sea el motivo que la justifica, no se contradice con el artículo 2 de la Constitución.

2. La voluntad en la determinación de la paternidad.

A. Introducción.

Aunque a partir de la Reforma del Código Civil de 1981 como regla general en materia de filiación tiene lugar la equiparación de los hijos con independencia de su nacimiento, subsisten diferencias según el niño sea hijo de padre y madre casados, bien entre sí o con tercera persona, o lo sea de progenitores solteros. Así, en caso de que la paternidad sea marital se determinará por el juego de la presunción de concepción, siendo el plazo y posibilidades de impugnación del vínculo así determinado muy reducidas. En el supuesto de que la paternidad no sea matrimonial se determinará solo a través de una manifestación de voluntad en este sentido, o tras un proceso judicial, siendo los plazos y legitimación activa para impugnarla una vez establecida más largos.

En este sentido, el Código Civil regula tres modos de determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial y uno judicial. Los primeros hacen referencia al reconocimiento voluntario – que cobra especial relevancia en relación con los demás por su importancia histórica- , el expediente registral regulado en el artículo 47 LC y la inscripción de la filiación materna dentro del plazo; y la vía judicial se refiere a una sentencia que establezca, con plenos efectos, la relación de generación. Por tanto, la voluntad juega un papel importante en la materia, ya que el reconocimiento es la forma de determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial por excelencia, si bien se aplica en algunos supuestos de filiación matrimonial como serían los casos en que la presunción de paternidad marital se encuentra debilitada o es inaplicable.

El reconocimiento a partir de la Reforma del Código Civil de 1981 se permite, dada la naturaleza indivisible de la filiación, para toda clase de hijos, incluso los adulterinos, si bien en este caso, una vez determinado un extremo de la filiación, no podrá establecerse la identidad del otro progenitor a menos que el Juez lo entienda³⁴. En cuanto a la forma de realizar el mismo, se permite tanto la declaración ante el encargado del Registro Civil, como en testamento u otro documento público. El reconocimiento voluntario ante el encargado del Registro Civil, a menos que se realice en el plazo legal para inscribir el nacimiento, está sujeto a la voluntad conforme de la madre (artículo 124 CC) o del tutor del menor o incapaz, y del hijo mayor de edad, en su caso; por su

³⁴ ALES URÍA ACEVEDO, M. M., *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. (pág. 338).

parte, si se lleva a cabo en testamento, no es preceptivo el consentimiento pero sus efectos tienen lugar solo tras la muerte del testador.

La impugnación de la paternidad es posible tanto para los casos en que haya sido establecida en virtud de presunciones como en los casos de reconocimiento de la filiación *a patre*, aunque con plazos más breves en el primer caso (artículo 136 CC). En cuanto al reconocimiento, aparte de los requisitos de eficacia del mismo, la Ley establece un sistema de impugnación del mismo por invalidez que puede estar originada en la falta de aptitud original del reconocedor, en la voluntad viciada de aquél, en la inexactitud de la relación de descendencia biológica o en la existencia de una filiación anteriormente determinada que impide la fijación de la que se pretende con el reconocimiento³⁵. Concretar la causa es importante porque los plazos y legitimación aplicable serán diferentes, pues mientras que la regulación que hace el Código Civil de la impugnación del reconocimiento es clara en aquellos casos en que la voluntad no se manifestó libremente, debiendo estar a lo establecido en el artículo 141 CC que otorga legitimación a quien lo hubiere prestado y un plazo de un año desde que cesó el vicio o desde que se efectuó el reconocimiento; el problema radica en que el Código no tipifica la acción de impugnación del reconocimiento por ausencia de sustrato biológico, es decir, el reconocimiento inexacto que no se corresponde con el vínculo de generación biológica, por lo que el que impugna se ve obligado a recurrir a la regulación contenida en el artículo 138 CC que nos remite a lo establecido en el artículo 140 CC, otorgándosele un plazo de cuatro años desde la inscripción en el Registro Civil.

B. Los reconocimientos de complacencia.

El amplio espacio dejado a la libertad individual para la determinación de la filiación extra matrimonial acompañado de la ausencia de prueba de su veracidad en el proceso registral de inscripción llevan a que quepa la posibilidad de cometer fraudes que alteran el estado civil de las personas por lo que ese margen tan amplio que se deja a la autonomía de la voluntad frente al principio de veracidad que impera en sede judicial es la principal causa de que existan los reconocimientos de complacencia.

³⁵ ALES URÍA ACEVEDO, M. M., *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. (pág. 340).

Reconocimiento del complacencia es aquél en que el reconocedor es consciente de la ausencia de relación biológica con el reconocido, con lo que el declarante lleva a cabo una manifestación de que es progenitor de una criatura que no ha sido generada por él, por lo que los reconocimientos de complacencia se encuentran en desacuerdo con la verdad material. Por tanto, sus dos elementos característicos son la falta de sustrato biológico y el conocimiento por las partes de ésta al menos desde el momento mismo del reconocimiento, pues la ausencia de este último determinaría que nos encontramos ante un simple reconocimiento viciado.

Los reconocimientos de complacencia plantean graves problemas, en tanto la posibilidad judicialmente reconocida de impugnar el reconocimiento de complacencia basándose en la falsedad del mismo somete al reconocido a un estado de incertidumbre en cuanto a su estado civil. Además debemos tener en cuenta las dificultades que pueden nacer del conflicto de paternidades cuando el padre biológico reclame su parentesco frente al reconocedor³⁶. También se permite, a través de los reconocimientos de complacencia burlar las normas referidas a la adopción de menores pues se puede obtener el mismo resultado sin tener que tramitar un expediente de adopción ni someterse a la fiscalización estatal, lo que deja desprotegidos a los niños y niñas de los vaivenes de las relaciones afectivas entre progenitor y reconocedor.

El régimen de impugnación de los reconocimientos de complacencia no varía del común regulado en los artículos 136, 137, 139 y 140 del Código Civil y desarrollado con anterioridad, puesto que en sí lo que se discute es la misma materia, es decir, la falsedad o verdad de la filiación legalmente establecida. Para la impugnación del reconocimiento de complacencia caben tres posibles opciones. La primera es aplicar el régimen de nulidad absoluta al acto y privarlo de todos sus efectos, ampliando la legitimación para solicitar la impugnación y considerándose imprescriptible esta facultad. La segunda es negar al reconocedor toda facultad en este sentido a menos que el reconocimiento hubiese estado viciado por dolo, violencia o error. Y una tercera vía es la que permite la impugnación por el artículo 136 CC si se trata de una filiación

³⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F. “Los reconocimientos del complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)”, *Anuario de Derecho civil*, 2005, Vol 58, N° 3, págs 1049-1114. ISSN 0210-301X. (págs. 1052-1059)

matrimonial o del artículo 140 si no lo es³⁷. En este sentido se pronuncian diversos autores en la forma en que analizaremos a continuación.

En opinión de RIVERO HERNÁNDEZ, el reconocimiento de complacencia sería un acto *contra legem* por falta del elemento objetivo, es decir, por faltar a sabiendas del autor del requisito de la filiación biológica en el reconocido, por lo que hay una nulidad por falta del presupuesto fáctico de paternidad. Este acto va en contra de las normas imperativas y principios del ordenamiento jurídico que cuenta con el instituto de la adopción para establecer una relación paterno filial entre quienes realmente no son generante y generado. Esta línea doctrinal que considera los reconocimientos de complacencia como actos ineficaces por contradecir el principio de verdad biológica encuentra su apoyo jurisprudencial en varias sentencias, como serían la Sentencias del Tribunal Supremo núm. 1140/2002 de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003\24), y la núm. 669/2004 de 12 de julio de 2004 (RJ 2004\5356).

Opinión diversa es la que sostiene DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, pues entiende que “el reconocimiento es un medio de determinar la filiación y, por tanto, no puede decirse, en puridad, que su validez o eficacia dependan de que sea exacto. En la medida en que su única función es determinar la filiación, es claro que la misma queda determinada legalmente si el reconocimiento cumple los requisitos exigidos por la Ley y que, según se desprende de la misma, afectan únicamente a la capacidad del reconocedor, a la forma y, en su caso, al cumplimiento de ciertos requisitos complementarios³⁸”. Para este autor, por tanto, la carencia de veracidad no determina la nulidad del acto porque en materia de filiación existen otros principios que deben ser tenidos en cuenta como el interés del hijo, la estabilidad del estado civil y la paz familiar. QUICIOS MOLINA³⁹ y AYARZA SANCHO⁴⁰ asumen una postura similar, entendiendo la primera autora que sobre el criterio de verdad biológica debe prevalecer el de mejor interés del niño, por lo que solo debería permitirse a quien voluntariamente asumió una paternidad formal

³⁷ QUICIOS MOLINA, S., “Comentario a la STS de 14 de julio de 2004”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2005, N°67, pags. 449 - 472. ISSN 0212-6206.

³⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II, vol. 1º, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 2000, (pág 891).

³⁹ QUICIOS MOLINA, S., “Comentario a la STSE de 14 de julio de 2004”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2005, N°67, pags. 449 - 472. ISSN 0212-6206.

⁴⁰ AYARZA SANCHO, J.A., “La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento” *Diario La Ley*, 2008, N° 6932, pág. 1598, ISSN 1138-9907. (pág. 1601).

desvincularse del menor en consideración al mejor interés de éste y sin privarlo de los derechos que se derivan de su condición de hijo; por su parte el segundo autor establece que la invalidez del acto no puede hacerse depender de la verdad biológica sino tan solo de la existencia de vicios de la voluntad. Esta línea doctrinal que considera que el reconocimiento de complacencia debe mantenerse y no anularse por motivos de buena fe y lealtad entre las partes y por tanto que estos actos deben ser vinculantes, causantes de estado y productores de efectos jurídicos, se ve apoyada jurisprudencialmente, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 778/2004 de 14 de julio de 2004 (RJ 2004\4297).

Mi opinión es concordante con la última de las líneas doctrinales y jurisprudenciales planteadas, pues teniendo en cuenta que en los reconocimientos no existe un error, sino que por el contrario se reconoce y asume de forma libre y voluntaria la inexistencia de generación con la persona a la que se reconoce como hijo o hija, sería conveniente respetar esta manifestación de la autonomía de la voluntad incluso en aquellos supuestos en que va en contra de la verdad biológica centrándonos así en la protección de la estabilidad del estado y la seguridad en el tráfico jurídico. En este supuesto, considero que de forma excepcional debería quedar desplazado el principio de verdad biológica que inspira toda la regulación de la filiación otorgando prevalencia a la voluntad de los interesados y la verdad formal.

IV. DÓNDE Y CÓMO INVESTIGAR.

1. Introducción.

En este punto nos planteamos los pasos que debe seguir un hijo adoptado que no conoce a sus padres biológicos, para encontrar la identidad de los mismos, que se resumen en los siguientes⁴¹:

1. En primer lugar es necesario acudir al Registro Civil del lugar de nacimiento para pedir una copia literal de la partida de nacimiento. Para ello es necesario acudir a la sede de los Juzgados o del Ayuntamiento - dependiendo del emplazamiento del Registro Civil- de la localidad donde haya nacido el adoptado, aportando la fecha de nacimiento.

⁴¹ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, *Aranzadi Civil*, 2008, Nº. 3, págs 2727-2758. ISSN 1133-0198. (pág. 2744)

2. En caso de no dar con resultado alguno tras la búsqueda en el Registro Civil - porque, por ejemplo, el adoptado se trate de un expósito o abandonado, con lo que los apellidos que consten en la partida y presuntamente correspondan a éste serán ficticios, al igual que los datos de identificación de sus padres biológicos- se debe acudir al Notario que formalizó la adopción o al Registro General de Protocolos de la Provincia, con el objeto de pedir una copia de la escritura de la adopción.

3. El siguiente paso sería acudir al hospital o institución en que el adoptado hubiera nacido, información que costa o debería costar en la partida literal de nacimiento para preguntar quién guarda las historias clínicas de nacimientos.

La mayoría de los niños nacían en las Casas Maternales de cada Provincia, normalmente los Hospitales Provinciales que eran de carácter público, por lo que a las dificultades normales en la búsqueda hay que añadir que no existe una única aplicación de la ley en toda España, sino que existen diferencias en razón de la provincia en la que nos encontremos. Los archivos donde se custodia la identidad de las madres biológicas que dieron a luz en las maternidades provinciales suelen estar diligenciados por las Diputaciones Provinciales o Consejerías de Cultura, que dependiendo de la provincia pueden optar por una de estas dos posturas: la entrega de los datos sin más, o la que opta por no ofrecer los datos hasta que el juez lo dictamine así, pero sin oponerse judicialmente a ello, por lo que en este último caso no queda más remedio que acudir a un procedimiento jurídico ante los tribunales con el objeto de que sea el Juez quien obligue a la Diputación o Consejería correspondiente a proporcionar los datos de la madre. No obstante, hay que tener presente que algunas provincias no optan por ninguna de estas dos posturas, sino que la propia Diputación o Consejería defiende activamente en los procesos judiciales el derecho a la intimidad de la madre y por tanto, la negativa a facilitar los datos, lo que en la inmensa mayoría de los casos no prospera⁴² puesto que los Jueces y Magistrados acaban dando la razón al hijo y obligando a la administración a entregar los datos.

Por el contrario, en algunos casos las madres eran acogidas y daban a luz en entidades privadas, normalmente de índole religiosa y no supeditadas a control público alguno, al menos en relación con el archivo y custodia de datos, lo que complica enormemente la labor de búsqueda en estos casos. Esto es así porque en el caso de las

⁴² BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, *Aranzadi Civil*, 2008, Nº. 3, págs 2727-2758. ISSN 1133-0198. (pág. 2749).

clínicas privadas no existe una obligación de custodiar los archivos incluso tras su cierre, a diferencia de lo que ocurre en los hospitales públicos, en los que los archivos siempre quedan bajo custodia de la Administración. En este sentido los archivos pueden haberse extraviado, pero si pertenecen a una orden religiosa es muy posible que si ésta sigue existiendo se encuentren allí los datos de las madres biológicas, con lo que si se niegan a proporcionar los datos sí se les puede obligar a entregarlos dada la existencia de los mismos.

4. Una vez recabada la información en el hospital o institución de nacimiento, hay que acudir al órgano administrativo que en cada caso custodie los archivos de nacimientos o historias clínicas – como ya hemos dicho, normalmente Consejerías o Diputaciones de cada provincia- para pedir los datos de la madre biológica, indicando la fecha y lugar de nacimiento.

5. En caso de que la respuesta de la Administración sea negativa, se debe pedir la información por escrito y esperar la respuesta escrita o el silencio administrativo que en este caso será negativo.

6. En caso de que la Administración haya manifestado su negativa por escrito, para exigir que nos facilite la información hay que acudir a los Tribunales con la misma, siendo necesaria la intervención de abogado y procurador. No se trata de una simple solicitud, sino que se requiere un procedimiento judicial previo para la obtención de autorización concedida generalmente por el Juez de primera instancia.

2. La investigación en el Registro Civil español.

A. Inscripción.

En el Derecho español la primera forma de garantizar el derecho a la identidad del nacido es su inscripción en el Registro Civil, haciendo constar los datos relativos al mismo así como todos los que hagan referencia a su filiación. Además, por su parte, la adopción constituye un acto jurídico que afecta al estado civil de las personas por lo que debe aparecer reflejado en el Registro Civil por medio de la correspondiente inscripción.

a. La incidencia de la STS de 21 de septiembre de 1999.

Un hecho de gran relevancia en la materia ha sido la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944), puesto que mientras que el sistema de determinación de la paternidad y la maternidad que presenta el Código Civil se rige por el principio de verdad biológica y libre investigación, hasta esa fecha el registral era voluntarista, al otorgar a la madre la posibilidad de que no constase su identidad en el parte médico impidiendo de este modo el acceso al Registro, con lo que se permitía a la mujer no casada desconocer a su hijo. Esto es así puesto que mientras estuvo vigente el artículo 47 LRC existía la posibilidad de que la mujer soltera desconociera su maternidad en el plazo de 15 días siguientes a la notificación del asiento registral de inscripción de nacimiento, lo que unido a la previsión del artículo 167 RRC que permitía la no identificación de la madre en el parte médico si ella solicitaba que no constara su identidad o se oponía a la mención de su nombre, supusieron la posibilidad de privar al adoptado de los datos relativos a su filiación sin control judicial alguno.

Con la STS de 21 de septiembre de 1999 esta situación cambia de forma radical. Los hechos del caso señalan que la madre, una mujer viuda, suscribió durante el embarazo ante la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía un documento en virtud del cual renunciaba a su hija que pronto nacería, aceptando el hecho de que ésta pasara a la guarda de la Administración de forma inmediata a fin de ser dada en adopción, adquiriendo el documento plena validez a los 30 días del nacimiento. De este modo, los facultativos ocultaron la identidad de la madre en el parte de nacimiento y la niña fue inscrita como hija de padre y madre desconocidos. Unos meses más tarde la madre se arrepintió de su decisión y accionó contra la Junta para que se determinase su maternidad y se le entregase a su hija, para lo cual, a falta de constancia registral que las vinculase solicitó la realización de prueba heredobiológica que nunca llegó a realizarse.

La Sentencia abordó el tema de la posibilidad de ocultar la maternidad que los mencionados preceptos de la Ley del Registro Civil y el Reglamento del Registro Civil regulaban. En este sentido, el Tribunal Supremo determinó que la posibilidad de anonimato de la madre que contemplaba este conjunto de artículos era contraria a las previsiones que tras la aprobación de la Constitución en 1978 se establecían el relación con la permisibilidad de la investigación de la paternidad.

La idea que sostenía esta postura, en palabras del propio Tribunal, era la invalidez de la renuncia anticipada a los derechos y deberes por parte de la mujer que va a dar a luz, puesto que considera que el asentimiento a la adopción no puede ser prestado con

anterioridad al parto, ni siquiera en el periodo de treinta días computados desde el mismo, pues necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo.

El Tribunal entendió que también había habido violación del artículo 177.2 CC en tanto expresa que el *“asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”* lo que le lleva a calificar como nulo el consentimiento prestado. Lo que pretende este precepto es garantizar la concurrencia plena de facultades de libertad y conciencia de la madre biológica, para lo cual se establece un periodo de recuperación plena tanto física como psíquicamente de treinta días, que sumado a las circunstancias familiares sociales y personales concretas del caso llevan a determinar que no era el momento idóneo para la ponderación de su asentimiento.

Además, la Sentencia consideró derogado por inconstitucionalidad sobrevenida los preceptos de orden registral, tanto legales como reglamentarios, en cuanto permitían el desconocimiento por la mujer de su maternidad, privando al hijo de la posibilidad de conocer su filiación. Esto es así puesto que el Tribunal considera vulnerados los principios de libre investigación de la filiación, de igualdad de todos los hijos sin distinción de nacimiento, la dignidad de la mujer como madre y la del hijo como individuo que quiere conocer sus orígenes, al igual que su derecho al desarrollo de la personalidad y el derecho a la defensa en juicio derivado de la omisión de la petición de realizar las pruebas heterobiológicas.

En definitiva, como consecuencia de las previsiones contenidas en la Sentencia, el artículo 47.1 de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, (y sus concordantes), quedan derogados por inconstitucionalidad sobrevenida, en el particular, que permite interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre, la circunstancia registral de la maternidad. A raíz de esto, se consideran inaplicables, por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los artículos 167 y 182 del Reglamento. Esto da lugar a que actualmente la madre que opta por entregar a un hijo en adopción ya no pueda ocultar voluntariamente su identidad, pues actualmente la ésta siempre constará en el Registro Civil, eso sí, con acceso a la misma restringido solo al hijo o a la misma madre, lo que conocemos como *“publicidad restringida”*.

b. Forma de la inscripción.

La adopción desde la vertiente de la legislación civil da lugar a inscripción marginal en la inscripción de nacimiento, según indica el artículo 46 LRC, o a una anotación en los supuestos de acogimiento previo a la formalización de la adopción tal y como establece el artículo 154 RRC. Por ello, una vez concluido el proceso adoptivo, el siguiente paso será la inscripción de este acto jurídico en el Registro Civil empleándose en materia de inscripciones como regla general el principio de competencia territorial. En este sentido, el artículo 16 LRC establece que los nacimientos se inscribirán en el Registro Civil Municipal o consular del lugar donde se producen lo que da lugar a dos sedes posibles a la hora de practicar la inscripción: los casos de adopción de personas nacidas en España, se inscribirán en el Registro Municipal en cuya circunscripción territorial sucedan; y los supuestos de adopción internacional, en que los menores hayan nacido en el extranjero, se inscriben en aplicación del artículo 12 LRC en el Registro Consular que corresponda en razón del lugar del nacimiento dando noticia de los mismos, en todo caso, en el Registro Civil Central.

Como hemos dicho, con carácter general rige el principio territorialidad a la hora de atribuir la competencia, pero junto a él, la reforma producida por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, introduce en artículo 16 LRC junto con el anterior, el criterio del domicilio del interesado como forma de determinar la competencia en materia de inscripciones de nacimiento. Con ello, se pretende lograr la equiparación entre hijos por naturaleza e hijos adoptivos en cumplimiento de las previsiones contenidas en los artículos 14 y 39 CE y 108 CC. Además, sirve como forma de facilitar la inscripción del menor a los padres en los supuestos de adopción de menores nacidos en el extranjero y cuyo proceso se concluye en el país de origen del adoptado, en cuyo caso la inscripción puede realizarse de dos formas: siguiendo el criterio de territorialidad en el Registro Civil Consular que corresponda al país en el que se celebró la adopción según el artículo 16.1 LRC, en cuyo caso se emitirá un duplicado de la inscripción que será remitido al Registro Civil Central en cumplimiento de lo expuesto en los artículos 16.5 y 18 LRC y 68 y 76 RRC; o siguiendo lo establecido en el artículo 16.3 según el cual la inscripción se practicará directamente en el Registro Civil Municipal correspondiente al domicilio de sus progenitores en España. Decimos que facilita la inscripción por parte de los padres,

puesto que según DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA⁴³ la media temporal en la que se efectúa el traslado de los datos del Registro Civil Central al Municipal del domicilio de los padres ronda los 18 meses.

En cualquier caso, según el artículo 46 LRC, la adopción se inscribirá al margen de la inscripción de nacimiento por lo que la inscripción originaria del nacimiento mantiene la condición de inscripción principal, mientras que la de la adopción poseerá carácter de inscripción marginal, constando de este modo en el mismo folio la filiación anterior en caso de que exista y la filiación adoptiva que es en todo caso la que posee relevancia jurídica teniendo en cuenta que la adopción extingue los vínculos con la familia de origen.

Con el objeto de solucionar los posibles problemas derivados del hecho de que dos filiaciones consten en un mismo folio, se promulgó la instrucción de la DGRN de 15 de febrero de 1999, sobre la constancia registral de la adopción, en la que se permite cancelar la inscripción original de nacimiento y extender una nueva en la que sólo van a constar las circunstancias personales del nacimiento y del nacido y a las circunstancias personales del matrimonio adoptante, quedando cancelada la inscripción anterior. Con ello no queda completamente resuelto el problema por el hecho de que la propia norma establece que solo están legitimados para solicitar la sustitución de la inscripción en los términos antes previstos, el matrimonio adoptante, con lo que quedan excluidos los adoptados y los adoptantes monoparentales. La solución a la restricción respecto de los adoptados podría ser interpretar que estos pueden solicitar una nueva inscripción una vez alcanzada la mayoría de edad que es cuando cesa el derecho respecto de los adoptantes, puesto que en todo caso, el adoptado mayor de edad puede conocer el contenido de la anterior inscripción. En cuanto a la posibilidad de solicitar una nueva inscripción por parte de los adoptantes monoparentales, podemos concluir que se extiende a éstos en virtud de diversas Resoluciones de la DGRN (como por ejemplo la de 9 de mayo o 8 de julio de 2000, de 8 de octubre de 2001, de 24 de julio de 2003, etc),

⁴³ DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, M., “Inscripción en el Registro Civil de la adopción internacional: la protección de la intimidad personal y familiar a través del Registro Civil. Breve reflexión en torno al derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, *Revista de Derecho Privado*, 2010, Nº. 94, págs 89 – 102. ISSN 0034 -7922. (pág. 91)

argumentando que dicha extensión es necesaria puesto que su objeto es evitar confusiones como consecuencia de la superposición de filiaciones⁴⁴.

B. Acceso a los asientos del Registro Civil. La publicidad restringida en los supuestos de adopción.

Como regla general el acceso a los asientos del Registro Civil tiene carácter público para todos aquellos que tengan interés en conocerlos - tal y como establece el artículo 6.1 LRC-, interés que se presume a tenor del artículo 17.2 en aquellas personas que solicitan una certificación. Ahora bien, esta regla general presenta algunas excepciones, como por ejemplo en lo que se refiere a la publicidad registral de la adopción que tiene carácter restringido.

La restricción del acceso a los datos obrantes en el Registro Civil en los supuestos de adopción se fundamenta en la necesidad de garantizar el derecho constitucional a la intimidad personal y familiar regulada en el artículo 18 CE, desde dos puntos de vista⁴⁵. Por un lado, porque al generarse una inscripción marginal en el asiento de nacimiento como consecuencia del proceso de adopción, constaban en el mismo folio dos filiaciones relativas a una misma persona, la biológica y la adoptiva⁴⁶, lo que podría afectar a la intimidad del adoptado como revelador de una filiación adoptiva. Por otro lado, el otro dato afectante al derecho a la intimidad en el mismo sentido que el anterior sería la constancia del lugar de nacimiento.

Por todo ello, el Reglamento del Registro Civil en su artículo 21.1 establece la necesidad de contar con una autorización especial emitida por el encargado del Registro Civil para obtener un certificado relativo a la filiación adoptiva, salvo que los solicitantes sean los adoptantes o el propio adoptado una vez alcanzada la mayoría de edad (artículo 22 RRC). Lo que se persigue con esta regulación es impedir que a través

⁴⁴ GARRIGA GORINA, M., *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*. Aranzadi, Navarra, 2000 (pág. 220).

⁴⁵ DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, M., “Inscripción en el Registro Civil de la adopción internacional: la protección de la intimidad personal y familiar a través del Registro Civil. Breve reflexión en torno al derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, *Revista de Derecho Privado*, 2010, N.º. 94, págs 89 – 102. ISSN 0034-7922. (pág. 94).

⁴⁶ Ver Instrucción DGRN de 15 de febrero de 1999.

de una certificación literal emitida por el Registro Civil se proporcionen datos que afecten a la intimidad familiar de adoptantes y adoptados.

Para apoyar esta tesis, la DGRN incluso permite, tal y como expresa el artículo 307 RRC, que a instancia de los interesados – que serán los mismos que pueden solicitar la certificación – se extienda un nuevo asiento que recoja los nuevos datos, eliminando el asiento anterior. En la nueva inscripción, únicamente se hará referencia en la casilla de observaciones a los datos registrales de la inscripción anterior ya cancelada, haciendo constar el libro, folio y página en que se encuentran, pero sin hacer referencia en ningún caso a la adopción. De este modo la nueva inscripción quedará abierta a cualquier persona que tenga interés en conocer el asunto, por lo que ya no hablaríamos de publicidad restringida respecto de esta, sino solamente en relación con la inscripción cancelada cuyo conocimiento queda limitado a los adoptantes, el adoptado mayor de edad y terceras personas con un interés legítimo⁴⁷ que cuenten con una autorización especial.

Esto es así en los casos de adopciones llevadas a cabo por matrimonios, pero no en el caso de adopciones monoparentales, en las cuales la nueva inscripción sigue siendo de publicidad restringida al constar en blanco el dato sobre el matrimonio y al aparecer un único progenitor, lo que al igual que sucedía en la inscripción original en el caso de adopciones matrimoniales puede constituir un dato que afecte a la intimidad del adoptado al poder ser revelador de una filiación adoptiva. En este sentido se llevó a cabo la reforma del Reglamento del Registro Civil por medio del RD 820/05, de 8 de julio, que al reformar el artículo 191 RRC elimina, por recomendación del Defensor del Pueblo, la obligación que afectaba a los supuestos de adopciones monoparentales, de inventarse los datos del otro progenitor a efectos identificativos, permitiendo que en la

⁴⁷ Es complicada la determinación de qué debemos entender por “interés legítimo”, pues ninguna previsión legal nos indica nada al respecto, limitándose a excluir conceptos que no deben considerarse tal, como hacen las Resoluciones de la DGRN de 29 de noviembre de 2001 y de 25 de octubre de 1996, sobre publicidad formal, al excluir como interés legítimo “*la simple alegación del parentesco por naturaleza, ya que no existe jurídicamente*”; las Resoluciones de la DGRN de 5 de marzo de 1994, 5 de febrero y 1 de octubre de 1996, que no justifican un interés legítimo en “*la presencia de un interés meramente profesional*”. Por tanto, quizá el único interés legítimo que faculta para el conocimiento de los datos contenidos en el Registro Civil, estaría basado en un problema grave de salud en caso de que el adoptado fuera una persona imprescindible para superar la enfermedad, por lo que solo en este caso y tomando suficientes cautelas debería concederse la correspondiente autorización.

inscripción de nacimiento exista una sola filiación determinada garantizando así la convivencia del principio de intimidad de las personas con los de veracidad y exactitud del contenido del Registro Civil.

2. Inscripción y acceso a los datos en el Derecho comparado.

El acceso a los datos sobre el proceso de adopción y la los orígenes es vital para poder conformar la propia identidad e historia, tal y como señaló el TEDH en el caso *Gaskin*. Sin embargo, no existe en la actualidad uniformidad en el Derecho comparado sobre la facultad de acceso y las condiciones en que debe ser ejercida.

A. Francia.

Teniendo en cuenta las diferencias con el sistema español en cuanto a la voluntariedad en la determinación de la maternidad, parece procedente hablar de forma correlativa de la forma de inscripción de la adopción que adopta el sistema francés.

Tal y como establecen los artículos 354 y 356 del *Code Civil* francés, la inscripción de la adopción se hace en el mismo registro dónde se anotó el nacimiento del menor, haciendo constar además de los datos identificativos del niño el nombre y apellidos de los adoptantes, sin hacer referencia alguna a los orígenes del adoptado puesto que en virtud del artículo 356 del *Code* el menor ha dejado de pertenecer a su familia de origen rompiendo todos los vínculos jurídicos con ella. Por tanto, los datos completos del niño solo se contienen en el acta de nacimiento, a la que el menor no podrá acceder si su madre se acogió al anonimato.

Esta tendencia a impedir que el adoptado conozca sus orígenes ha suscitado mucha polémica, por lo que el 22 de enero de 2002 se sancionó la Ley num. 2002-93, de acceso a la información sobre los orígenes de las personas adoptadas y pupilos del Estado, que crea un sistema que, aunque conserva el principio de admisión del parto anónimo, refuerza la posibilidad de levantar el secreto de la identidad facilitando la búsqueda de los orígenes biológicos gracias al establecimiento de un Consejo Nacional de acceso a los orígenes personales. Se trata de un órgano independiente compuesto por magistrados, representantes de asociaciones afectadas por el objeto de la ley, y de profesionales con un buen conocimiento práctico de la cuestión, cuyo objetivo es equilibrar todos los intereses en juego y poner a disposición los datos relevantes para que la persona adoptada pueda conocer sus orígenes.

Por tanto, a través de este instrumento, si la mujer que ha dado a luz lo consiente se entregará la información relativa a su identidad, dándose en caso contrario sólo los datos e informaciones relativos a la salud de los progenitores y circunstancias de entrega al Servicio Social. En todo caso, hay que destacar que del acceso de una persona a los datos sobre su origen no nace un *status filii* ni un *status familiae*, por lo que no se crean obligaciones en cabeza de nadie ni existen derechos exigibles⁴⁸.

La forma de acceder a la información se inicia a partir de la presentación - por el adoptado si es mayor de edad o por su tutor si aún no lo es, o si el adoptado hubiera fallecido, por sus descendientes mayores de edad - de una demanda de acceso al conocimiento de los datos sobre su origen. El consejo se encarga de recabar todos los documentos relativos a la identidad de la madre que se acogió al anonimato, de los padres que no declararon su identidad al inscribir al hijo en el Registro Civil y de las personas que decidieron mantenerse en el anonimato cuando fue declarado pupilo del Estado. Una vez presentada la demanda y comprobada la persistencia de la voluntad de levantar el secreto, se procederá a entregar al adoptado la información concerniente a su identidad.

B. Italia.

La regulación contenida en la Ley 149/2001, de 28 de marzo, disciplina la forma de llevarse a cabo el parto anónimo y modifica el régimen de la adopción, acabando con la idea que tradicionalmente imperaba en la legislación italiana que entendía el secreto en la adopción como algo imprescindible para garantizar la ruptura legal de menor con su familia de origen, salvaguardar el nuevo núcleo familiar y la estabilidad del estado civil que la adopción habría generado. Por el contrario, la norma reconoce de manera implícita el derecho de acceso a los datos sobre su origen a todas las personas abandonadas o desamparadas, lo que no significa que haga lo mismo con terceras personas, respecto de las cuales rige el principio de secreto en la adopción.

La Ley contempla tres posibilidades sobre el acceso por el adoptado a la información relativa a su origen tal y como establece el artículo 28 de la Ley: el libre acceso, el

⁴⁸ ALES URÍA ACEVEDO, M.M., *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. (pág. 280).

acceso condicionado a ciertos requisitos relacionados con la edad y la salud psicofísica y la denegación del acceso.

La primera hace referencia a el libre acceso a la información sobre su origen, que tiene lugar cuando el adoptado sea mayor de 25 años y cuando, siendo menor, las circunstancias familiares del adoptado lo aconsejen. La segunda se refiere a dos supuestos: por un lado cuando los padres adoptivos del menor soliciten de forma conjunta, ante el correspondiente Tribunal de Menores, que se proporcione la información al hijo dentro de su ejercicio de la patria potestad alegando la existencia de motivos graves y probados, como podría ser la necesidad de tutela de la salud del menor ;y por otro lado, la posibilidad que tiene el adoptado una vez alcanzada la mayoría de edad genética de solicitar el acceso demostrando tanto su necesidad de acceso como que su estabilidad mental y afectiva no se verá afectada por el conocimiento de los datos relativos a sus orígenes biológicos. Finalmente, la tercera posibilidad es el derecho de veto a favor de la familia biológica que puede, sin alegar motivo alguno, bloquear el acceso a la información siempre y cuando la madre hubiera declarado en el momento del parto no querer ser identificada.

De este modo, una vez que el adoptado puede conocer la verdad sobre su origen y así lo hace, el juez está facultado por la Ley para valorar si debe o no autorizarlo para acceder a la información completa que incluya la identidad y ubicación de su madre biológica.

C. Reino Unido.

En el Reino Unido es el Registro Central el órgano encargado de custodiar los archivos concernientes a las adopciones para que sea posible rastrear a partir de esa información el certificado de nacimiento original de una persona. En el mismo se incluye la constancia de la declaración de voluntad, sobre si desean entablar contacto entre sí o no, tanto de los progenitores como de la persona adoptada.

Si bien la legislación nacional no consagra este derecho, las *Nacional Adoption Standards* a nivel administrativo proveen directivas en este sentido, estableciendo que “los niños tienen derecho a conocer la información sobre su familia de origen, que será guardada tanto por los adoptantes como por las agencias”. La *Adoption and Children Act* de 2002 no garantiza de forma absoluta el derecho a acceder a los datos sobre el nacimiento, pues establece que toda persona una vez alcanzados los 18 años de edad, tiene derecho a solicitar a una agencia de Adopción la información que figure en su

certificación de nacimiento, pero ésta podrá serle denegada por circunstancias excepcionales que así lo aconsejen, por lo que debemos estar a las circunstancias de cada caso particular.

La información que pueda facilitar la identificación de una persona se clasifica como información protegida y solo puede ser revelada mediante acuerdo en tal sentido que figure como ya hemos mencionado antes en el Registro Central. De no existir acuerdo, es la Agencia la que decidirá sobre permitir el acceso o no, pero en todo caso, si la persona que solicita el acceso está en desacuerdo con el criterio adoptado por la agencia puede solicitar su revisión por vía administrativa o judicial.

CAPÍTULO 3 - DERECHO A LA IDENTIDAD EN LOS CASOS DE HIJOS NACIDOS POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

I. ASPECTOS BÁSICOS DE LAS TRHA.

En casos de infertilidad o cuando por alguna razón no se produce la fecundación de forma natural es posible acudir a las técnicas de reproducción asistida para lograr la concepción. Estas técnicas no se plantearon como una alternativa a la fecundación natural, sino como remedio terapéutico frente al problema de la esterilidad que afecta cada vez a más gente o como medio de prevención frente a la posible parición de la misma o de enfermedades genéticas o hereditarias. Actualmente se posibilita el acceso a estas técnicas a mujeres no estériles pero que por cualquier razón no acuden a la fecundación natural.

Las técnicas de reproducción humana asistida comprenden toda manipulación de los elementos reproductores humanos encaminada a la procreación por medios no naturales. La materia aparece regulada en España a través de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que incluye una enumeración de técnicas permitidas y prohibidas, pudiendo mencionarse entre las primeras la inseminación artificial, la fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides, con gametos propios o de donante y con transferencia de

preembriones, y la transferencia intratubárica de gametos⁴⁹. Por el contrario, considera infracción muy grave la práctica de cualquier técnica que no sea alguna de las anteriores y no esté autorizada como técnica experimental, destacando la especialmente conocida y en auge maternidad subrogada, también llamada gestación por sustitución o “*vientre de alquiler*”.

II. REGULACIÓN.

1. La legislación española sobre TRHA.

España es uno de los países europeos con una legislación más permisiva en materia de TRHA lo que convierte a nuestro país en un destino de recepción del conocido como “turismo reproductivo”⁵⁰. La naturaleza más permisiva en relación con las técnicas de reproducción humana asistida de la normativa española en relación con la de otros países deriva de la última norma promulgada en la materia, la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), que ha supuesto una reforma a la regulación contenida en la anterior Ley 35/1988 de 22 de noviembre, al despejar en su artículo primero toda limitación al uso de estas técnicas, con lo que elimina cualquier posible duda sobre la conveniencia de su aplicación en los casos de mujeres solas, parejas homosexuales o reproducción *post mortem*.

A. Constitución española.

En este punto, es necesario hacer una breve referencia no tanto a la regulación de la figura de las TRHA en la Constitución de 1978, sino más bien a la relación que tienen diversos preceptos constitucionales con tema que aquí nos ocupa, es decir, la posibilidad de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción humana asistida de conocer sus propios orígenes biológicos.

Ya hemos avanzado en repetidas ocasiones que el derecho a la identidad genética, y más concretamente el derecho de toda persona a conocer sus orígenes biológicos, no se

⁴⁹ INIESTA DELGADO, J.J. La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En: YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de la Familia. Volumen V. Las relaciones paterno filiales (I)*. Aranzadi, Navarra, 2011. (pág. 741).

⁵⁰ VERDERA IZQUIERDO, B., “Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida”, *Actualidad Civil*, 2007, N.º.10, págs. 1109-1124. ISSN 0213-7100. (p. 1111-1113).

encuentra reconocido de forma expresa en la Constitución española de 1978, a pesar de lo cual existen argumentos que nos permiten considerar que puede ampararse en ella, especialmente en el respeto a la dignidad de la persona consagrado en el artículo 10 del texto constitucional. Pero además, encontramos rasgos de este derecho en otros preceptos constitucionales como en el artículo 14 en cuanto garantiza la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin discriminación por razón de su nacimiento o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, el artículo 15 que consagra el derecho a la integridad física y moral, el artículo 18 que reconoce el derecho a la intimidad o el artículo 39.2 que dispone la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación y de las madres, al igual que la libre investigación de la paternidad.

Por lo tanto, el anonimato del donante que proclama la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida resulta problemático a la hora enlazarlo con algunos de los preceptos enumerados con anterioridad, puesto que, mientras garantiza de forma plena el cumplimiento del artículo 18 CE en aras de protección del derecho a la intimidad de los donantes, supone una incompatibilidad con preceptos de gran importancia como sería el artículo 39 de la Constitución que consagra la libre investigación de la paternidad.

Esta idea ha suscitado dudas sobre la inconstitucionalidad de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, que al igual que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que actualmente regula la materia establecía el secreto en la donación. Al respecto se pronunció el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 17 de junio de 1999⁵¹ que estimó que el anonimato del donante no se opone al principio de libre investigación de la paternidad, puesto que el artículo 39 CE la posibilita pero no implica un principio absoluto, debiendo ser armonizado en todo caso con la protección de la intimidad del donante en virtud del artículo 18 CE.

B. Especial referencia a la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y el nuevo enfoque.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida surge como algo innovador y necesario, pues lo hace en un momento en que la Ley

⁵¹ Analizada con mayor detalle en la página 78 de esta misma obra.

35/1988, de 22 de noviembre, ya había revelado su inoperancia ante los nuevos avances y basándose en que los anteriores intentos plasmados en la reforma introducida en la materia por la Ley 45/2003 no habían dado sus frutos por tratarse de una reforma muy limitada en su alcance que además incluía numerosos aspectos controvertidos. En este sentido, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, ha supuesto algo más que una modificación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, dando un nuevo enfoque al uso de este tipo de procedimiento científico cada vez más alejado de la idea de proteger a ultranza el interés del menor.

A grandes rasgos, podemos afirmar que las normas de 1988 y 2006 se diferencian en el fomento de la investigación y experimentación, y la ampliación de las posibilidades de acceso a las TRHA, al eliminar esta última la referencia a la esterilidad como circunstancia necesaria para el uso de estos métodos. Con ello se da una mayor importancia a la mujer y el interés pasa a ser velar por la posibilidad de éxito de la técnica empleada y los riesgos que podría suponer para la mujer que se somete a la misma, en detrimento de la protección de la prole que primaba sobre todo lo demás en la regulación anterior.

En este sentido, la primera norma hacía una enumeración cerrada de las TRHA admitidas mientras que la actual deja paso a la posibilidad de ampliación de las mismas bajo autorización de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, tal y como establece la Ley en su propia exposición de motivos:

“La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo, evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas”.

La normativa anterior tenía como finalidad principal paliar la esterilidad mientras que la nueva norma no hace mención a esta problemática. No obstante, con la nueva regulación no se ha desplazado este objetivo, sino que se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, al extender también su ámbito de

actuación al desarrollo de otras complementarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo. Por tanto, esto se traduce en la apertura del uso y es el antecedente que permite que las personas del mismo sexo puedan acudir para concebir a las TRHA.

La Ley 14/2006 ha supuesto una modificación importante de la figura de la fecundación *post mortem* al entender ampliado el plazo para realizarla a los 12 meses siguientes a la muerte del marido o compañero de la mujer que la hubiese autorizado la utilización de su semen mediante escritura pública, además de crear una presunción favorable a la fecundación *post mortem* en caso de que el cónyuge difunto hubiese estado sometido a un tratamiento de fertilidad al morir.

Las mismas estipulaciones contenidas en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, siguen en pie en relación con los donantes, que deben formalizar un contrato por escrito de carácter gratuito, irrevocable, formal y confidencial, por lo que en relación con lo que más nos interesa, es decir, la posibilidad de conocer los orígenes biológicos de las personas concebidas mediante TRHA, se mantiene la prohibición de investigar la identidad del donante y el acceso limitado a ciertos datos que ya contemplaba la regulación anterior. En este sentido, la normativa española no ha seguido la tendencia que prima en otros países ni las sugerencias de la doctrina que manifiestan la importancia que para la salud psíquica de los hijos nacidos de TRHA tiene el conocimiento de propio origen biológico.

2. Derecho comparado.

Se puede clasificar a los sistemas jurídicos de acuerdo al tratamiento de las TRHA en tres tipos: abiertos, intermedios y cerrados⁵². El primer grupo supone un tratamiento altamente permisivo de las TRHA en lo relativo tanto a opciones científicas como a personas que pueden solicitarlas, pues el legislador considera a éstas como una forma alternativa de formar una familia. El sistema intermedio se basa en la idea de que el acceso a cada técnica debe contar con una autorización que se prestará en cada caso concreto de acuerdo con una concepción abierta de los diversos modelos de familia. Por último, los sistemas cerrados solo admiten la utilización de TRHA en ciertas

⁵² ALES URÍA ACEVEDO, M.M., *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. (pág. 170).

circunstancias y a determinadas personas que suelen ser solamente parejas heterosexuales.

A. Legislación de Suecia.

Destacamos la importancia de la legislación sueca por ser la primera en Europa en regular las TRHA a través de la Ley 1984:1140 sobre inseminación artificial de 22 de diciembre de 1985, que sin embargo no trataba la fecundación *in vitro*, siendo ésta objeto de regulación con posterioridad a través de la Ley 1987:711 de 6 de junio de 1988.

Esta legislación es muy restrictiva en cuanto a los usuarios de las TRHA, pero busca potenciar los derechos de los futuros hijos. Por lo tanto en relación con los donantes busca que hagan frente al acto de la donación y sus consecuencias de una forma responsable y madura, debiendo atender y satisfacer las demandas que en relación con su identidad pudieran hacerles sus futuros hijos, reconociendo por tanto la posibilidad de conocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos de los hijos habidos mediante técnicas de reproducción humana asistida.

B. Legislación alemana.

La Ley 725/90, aprobada el 13 de diciembre de 1990 por el Parlamento de la República de Alemania, sobre protección de embriones es el resultado de un proceso en el que tuvo una gran relevancia el “Informe Benda” de 25 de noviembre de 1985. Dicho informe partía de la idea del reconocimiento de la importancia de las nuevas tecnologías aplicadas a la reproducción artificial junto a los riesgos que éstas presentan. En concreto se puso de manifiesto la existencia de conflictos de intereses entre los padres y los futuros hijos en relación con los derechos a la integridad y la dignidad del niño, incluyéndose el conocimiento de los orígenes biológicos como parte del derecho a la integridad, pues para el informe la vida comienza con la fecundación y por tanto desde ese momento se debe tener en cuenta la dignidad como valor prevalente. De este modo, la Comisión redactora del informe consideró que el anonimato del donante suponía una violación del derecho a la intimidad del hijo, reconociéndole así en todo caso el derecho al conocimiento de sus orígenes biológicos

C. Legislación de Austria.

La legislación austriaca sobre reproducción asistida se encuentra dentro de las que se catalogan como cerradas puesto que fija importantes límites a la aplicación de estas técnicas, especialmente respecto de la posibilidad de recurrir a gametos donados y la habilitación para su uso que se restringe a parejas heterosexuales. La materia se aborda a través de la Ley Federal de reproducción médica de Austria de 4 de junio de 1992, que trata tanto la reproducción asistida como la genética aplicada al ámbito de la reproducción.

Toda su regulación busca evitar posibles restricciones al derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos, tanto es así que, para reforzar este derecho se ordena que a partir de los 15 años de edad el menor pueda acceder a ciertos datos que el centro de fertilidad hubiese recabado del donante, como serían su nombre, apellidos, fecha y lugar donde se realizó la donación, resultado de las pruebas que se le realizaron. Por otra parte es necesario destacar que, como forma de proteger el derecho a la intimidad del donante la información que conste en cada centro tiene carácter confidencial, pudiendo ser solicitada solo por el hijo.

D. Legislación de Francia.

En Francia, la regulación de las TRHA se encuentra dispersa en normas de índole civil, administrativo y penal recogiéndose las disposiciones básicas en torno a las prácticas reproductivas permitidas en las leyes 94-653 de 29 de julio de 1994 y 94-654 de 29 de julio de 1994. En todo caso, la legislación francesa garantiza el secreto al establecer la imposibilidad de acceder a los datos sobre la identidad de la persona de quien provengan los gametos, que a su vez no podrá conocer la identidad del receptor de los mismos.

III. EL ANONIMATO EN LA DONACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES.

1. El anonimato del donante en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.

La donación de gametos y embriones para las funciones autorizadas en la Ley se lleva a cabo a través de un contrato gratuito, formal y confidencial tal y como establece el artículo 5 de la LTRHA. Por tanto, en aplicación concretamente del artículo 5.5

LTRHA la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos que hagan referencia a la identidad del donante por los bancos de gametos, así como, en su caso por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan⁵³, considerándose infracción grave en virtud del artículo 26.2.5ª de la Ley, la ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes.

En consecuencia, las receptoras de las técnicas no pueden conocer al donante ni participar en su selección, al igual que los hijos nacidos a través de las mismas tienen vedado el acceso a los datos relativos a la identidad de su progenitor genético, salvo circunstancias especiales; pero, no obstante, tanto la madre como el hijo, por sí o a través de sus representantes legales, tienen derecho a obtener información general de los donantes siempre que no incluya su identidad. Como hemos visto tiene una doble vertiente, será interna en tanto se aplica a la receptora y al hijo, es decir a las personas que intervienen de forma directa en el proceso de reproducción asistida y en cambio, será también externa en cuanto salvaguarda la intimidad de los donantes, receptoras e hijos impidiendo que personas ajenas al proceso accedan a los datos.

El anonimato comparte fundamento con la LTRHA, pues busca en última instancia la promoción y favorecimiento de las TRHA ya que junto a la previsión contenida en el artículo 8.3 de la Ley que establece que “la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 no implica en ningún caso determinación legal de la filiación” constituye un impulso para la donación de material reproductor al aportar mayor seguridad a los donantes. En cierto modo, la necesidad de seguridad de los donantes encuentra su mayor manifestación –una vez descartada por la propia ley la posible reclamación de la filiación- en evitar las repercusiones que el conocimiento público del hecho de que ha donado material genético pudiera acarrearle, lo que se consigue a través del anonimato del mismo.

Por otra parte el anonimato del donante también se ha justificado en la necesidad de garantizar que hay gametos suficientes para la práctica de estas técnicas médicas, lo que nos conduce a la idea de que se trata de un medio para garantizar el derecho a la reproducción - o al menos el derecho a la reproducción a través de las técnicas de reproducción humana asistida- siempre y cuando nos basemos en la idea de que el conocimiento de la identidad del donante reduciría el número de donaciones.

⁵³ DÍAZ ROMERO, M.R., Técnicas de reproducción asistida y filiación. En: DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *Derecho de Familia*. Aranzadi, Navarra, 2012. (pág 1671).

A. Posibilidad de acceso a los datos que no revelen la identidad del donante.

A pesar del anonimato, como ya hemos adelantado, tanto hijos como receptoras tienen derecho a conocer los datos del donante dejando a salvo su identidad. Por tanto, los datos del donante que pueden ser revelados se clasifican como información general - podrá hacer referencia a datos genéticos, características físicas o de salud, e incluso de carácter social- , datos que por si solos o combinados con otros no permitan averiguar la identidad del donante. Este derecho puede ser solicitado tanto por razones médicas como por mera curiosidad, versando el debate en torno al mismo sobre el momento en que la información puede ser facilitada.

En cuanto a los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, la Ley en su artículo 5.5 no especifica si necesitan haber alcanzado la mayoría de edad para poder solicitar los datos del donante, pero la referencia a la posibilidad de obtener los datos a través de su representante legal parece indicar que no es necesario. Sin embargo, el desconcertante segundo párrafo del artículo 18.3, que supone una novedad respecto a la legislación anterior, señala que los datos de las historias clínicas, excepto la identidad de los donantes, deberán ser puestos a disposición del hijo nacido por estas técnicas o de su representante legal cuando alcance la mayoría de edad. Desde mi punto de vista, este precepto no da a entender que al contener la historia clínica todos los datos del donante, el hijo solo pueda recibir éstos una vez alcanzada la mayoría de edad, pues, por el contrario, la historia clínica contiene gran información adicional a los simples datos del donante, como por ejemplo los motivos por los que la madre recurrió a la reproducción artificial, datos que no parece conveniente que conozca un menor. En conclusión lo más lógico es pensar que el conocimiento de la historia clínica, con todos los datos que la acompañan, esté reservado para los hijos habidos por TRHA una vez alcanzada su mayoría de edad, mientras que los datos del donante que no revelen su identidad podrían conocerse con anterioridad, mientras éste aún es menor.

Por otra parte, aunque la Ley no se pronuncia al respecto, puede entenderse que la madre receptora está facultada para efectuar la solicitud en cualquier momento a partir de que el donante haya sido seleccionado por el equipo médico, pero nunca antes, ya que el proceso de elección del donante debe llevarse a cabo por el equipo médico que realizará la técnica sin intervención de la receptora (artículo 6.4 LTRHA). Del mismo modo, no hay reconocimiento alguno al derecho del cónyuge o pareja de la receptora a

obtener información sobre el donante pero una vez fijada la paternidad respecto al hijo nacido podrá solicitar los datos en condición de representante legal de éste, además de que, en virtud del artículo 18.3 los datos de las historias clínicas, salvo la identidad del donante, deben ser puestos a disposición de la pareja de la receptora, y como ya hemos señalado con anterioridad, entre esos datos se encuentra toda la información relativa al donante.

B. La revelación de la identidad de los donantes.

La LTRHA regula los requisitos necesarios para que proceda la revelación de la identidad del donante así como determinadas prescripciones sobre como se ha de realizar dicha revelación. Concretamente en artículo 5.5 en su párrafo tercero establecen los requisitos necesarios al apuntar lo siguiente:

“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”.

En ese sentido, permite que la identidad del donante sea revelada en primer lugar ante la presencia de circunstancias extraordinarias que supongan un peligro cierto para la vida o la salud del hijo. En relación con este supuesto debemos tener presente que se trata de una norma de excepción, por lo que en cuanto tal no es susceptible de aplicación analógica y su interpretación debe llevarse a cabo con sumo cuidado para evitar que una expansión excesiva de su ámbito de referencia deje sin sentido la regla general que sigue siendo ante todo el anonimato.

La segunda circunstancia excepcional que permitiría la revelación de la identidad del donante se daría en aquellos casos en que la donación haya supuesto la comisión de un delito o la participación en el mismo, como por ejemplo la donación de gametos por persona que padece conscientemente una enfermedad de transmisión sexual. En este caso, la concurrencia probada de dichas circunstancias exime al centro sanitario o al Registro de donantes de la obligación de secreto en relación con la identidad del donante frente a las receptoras o los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción

asistida, pues incluso en cierto modo, la revelación de la identidad del donante se convierte en un deber, puesto que tiende a proteger intereses superiores.

Por otra parte, la revelación de la identidad del donante debe adecuarse a una serie de condiciones. El primer lugar, como establece el artículo 5.5 en su último apartado, tiene que tener carácter restringido, y en ningún caso puede suponer la publicidad de la identidad de los donantes, lo que significa que solo se autoriza para revelar la identidad a aquellas personas que deban conocerla para alcanzar la finalidad perseguida, que no necesariamente tienen que limitarse a las usuarias de las técnicas ni a sus parejas, ni los hijos nacidos. En segundo lugar, en virtud del artículo 8.3 LTRHA, la revelación de la identidad del donante no implicará en ningún caso la determinación legal de la filiación.

El secreto de la identidad de los donantes es tan importante que la propia Ley establece en su artículo 18.2 que los equipos biomédicos o servicios en que trabajan incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondieran si violan el secreto en la identidad de los donantes. Ciertamente, las clínicas suelen tener un exhaustivo cuidado en garantizar la confidencialidad de los datos de sus donantes, sin que sea necesario que la Ley se lo exija, puesto que en última instancia, de esa confidencialidad depende el éxito de su negocio⁵⁴.

2. ¿Inconstitucionalidad de la regulación tendente al anonimato del donante en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida?.

La protección del anonimato del donante fue uno de los principales objetivos del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 35/1988, que regulaba la materia hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2006. La posible inconstitucionalidad derivaba, entre otras y de forma más destacada, de la problemática a la hora de compatibilizar el anonimato del donante previsto en el artículo 5.5 de la Ley con el principio de libre investigación de la paternidad regulado en el artículo 39.2 CE.

En este sentido se pronunció la STC núm. 116/1999, de 17 de junio de 1999 (RTC 1999\116) sosteniendo la constitucionalidad de la norma. Para argumentar su postura, el Tribunal Constitucional señaló como punto de partida que “ la acción de reclamación o

⁵⁴ INIESTA DELGADO J.J., Artículo 5. Donantes y contratos de donación. En: COBACHO GÓMEZ, J.A., *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Aranzadi, Navarra, 2007. (pág 156).

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

Manifestó también que el principio de investigación de la paternidad que consagra el artículo 39.2 CE no significa la existencia de un derecho absoluto e incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación de la identidad de su progenitor, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen. Teniendo en cuenta esta idea, la Ley solo podría ser tachada de inconstitucional por infringir lo dispuesto en el artículo 39.2 CE en el caso de que impidiese, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad, cosa que no hace, pues el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el propio precepto establece que de manera excepcional, “en circunstancias extraordinarias que comporten un probado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto”. Además, el artículo 5.5 de la Ley atribuye a los hijos nacidos mediante técnicas reproductoras asistidas o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, por lo que no puede afirmarse que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos.

Por tanto, como hemos dicho el Tribunal Constitucional reconoce la constitucionalidad de la norma afirmando incluso que la protección de la intimidad de los donantes contribuye a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción artificial.

3. Tratamiento de los datos de los donantes.

A. Registros de donantes en España.

En relación con el anonimato del donante merece la pena destacar el artículo 6.3 de la LTRHA, según el cual, todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurren en el origen de los hijos así nacidos. No obstante se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas.

En este sentido resulta esencial como elemento destinado a proteger la información relativa al origen de las personas concebidas mediante donación de gametos el Registro Nacional de donantes, pues si la información queda asentada solo en los archivos particulares del centro de fertilidad y éste desaparece, no habrá forma alguna de acceder a los datos.

La disposición final tercera de la LTRHA de 22 de noviembre de 1988, creadora del Registro Nacional de donantes, daba el mandato al Gobierno de crear el Registro Nacional de donantes en el plazo de un año desde la publicación de la Ley. En 1996 se aprobó el Decreto Reglamentario que regulaba la creación y organización del Registro de donantes, que llevó al Ministerio de Sanidad a dictar la Orden de 25 de marzo de 1996 por la que se establecen las normas de funcionamiento del Registro. A pesar de que la Ley 14/2006 volvió a insistir en esta idea ordenando la creación del mismo en el artículo 21, esta premisa hasta la fecha no ha sido cumplida, careciendo España de un Registro de donantes posiblemente debido el escepticismo hacia la garantía de confidencialidad, lo que constituye un límite importante a la hora de conocer los propios orígenes de las personas concebidas con gametos donados en el supuesto de que el legislador reconociera este derecho en el futuro.

El Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y embriones, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, fue concebido como un registro administrativo en el que se inscriben los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, la identidad de los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la

donación de su utilización⁵⁵. Tal y como lo regula la Ley está presidido por la idea del secreto sobre la identidad del donante y el principio de confidencialidad de toda la información recabada⁵⁶. Los datos se basan en los que recibe de las Comunidades Autónomas en lo que hace referencia a su ámbito territorial correspondiente, recopilándolos estas a su vez de las clínicas y centros autorizados.

Por otro lado, el artículo 22 de la LTRHA ordena la creación de un Registro nacional de actividad y servicios en los centros de reproducción asistida, que deberá recopilar los índices de tratamientos realizados y las tasas de éxito de los mismos, publicándose las cifras con una periodicidad al menos anual.

B. Reproducción asistida y Registro Civil.

a. Datos sobre el origen en el Registro Civil.

La inscripción de la filiación en el Registro Civil en los casos en que el nacimiento haya derivado de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida no recibe un tratamiento diferenciado respecto del que proporciona la normativa común, pues en general los mecanismos de determinación de la filiación son los mismos para la determinación de la filiación tanto en la reproducción asistida como al natural. En la mayoría de los casos ni siquiera es necesario que en la documentación presentada conste el hecho de que el nacimiento es consecuencia de la aplicación de técnicas de reproducción asistida.

No obstante, existen una serie de supuestos en los que la determinación de la filiación depende o se encuentra condicionada por la aplicación de técnicas de reproducción asistida, por lo que es necesaria su acreditación para acceder al Registro Civil. Estos supuestos podrían resumirse en tres⁵⁷: cuando se trata de establecer la filiación paterna por medio del expediente registral del artículo 49 LRC basándose en el consentimiento prestado por el varón no casado a la aplicación a su pareja de técnicas

⁵⁵ DÍAZ ROMERO, M.R., Técnicas de reproducción asistida y filiación. En: DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *Derecho de Familia*. Aranzadi, Navarra, 2012. (pág 1673).

⁵⁶ ALES URÍA ACEVEDO, M.M., *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. (pág. 469).

⁵⁷ INIESTA DELGADO, J.J. La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En: YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de la Familia. Volumen V. Las relaciones paterno filiales (I)*. Aranzadi, Navarra, 2011. (pág. 851).

de reproducción asistida con semen del donante; cuando se pretende inscribir un nacimiento pasados 300 días del fallecimiento del marido -momento a partir del cual se entiende destruida la presunción de paternidad- basándose en el consentimiento prestado por éste para que su esposa sea fecundada con sus gametos congelados; o cuando se pretende inscribir la filiación a favor de la mujer cónyuge de la madre que se ha sometido a técnicas de reproducción asistida.

Estos supuestos interfieren con la previsión contenida en el artículo 7.2 LTRHA que establece que “en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación”, debiendo entender por esto último la utilización de técnicas de reproducción asistida. Esta previsión nos lleva a dos posibilidades, en primer lugar que no deba consta en la inscripción ningún dato que haga referencia a la reproducción asistida, idea poco factible teniendo en cuenta aquellos casos en que estos datos sean necesarios; y en segundo lugar que, constando estos datos cuando sea necesario deban ser sometidos a un sistema de publicidad restringida en los términos de los artículos 21 y 22 RRC.

Por tanto, el criterio prevalente en la práctica es este último, que no obstante no deja de presentar dificultades, pues aun restringiendo la publicidad de la inscripción en el Registro Civil puede haber otros medios que nos permitan conocer el “carácter de la generación”, como sería el caso de la inscripción de una filiación matrimonial de un nacimiento que se ha producido muchos después del fallecimiento del marido o la filiación atribuida a un matrimonio de mujeres.

b. Acceso al Registro Civil de las filiaciones derivadas de reproducción asistida practicada en el extranjero.

Un problema específico, de gran trascendencia en la actualidad, surge cuando se pretende inscribir en el Registro Civil español filiaciones derivadas de supuestos de reproducción asistida no admitidas en nuestro país pero que si lo son por otros Derechos extranjeros, como sería el caso de la gestación por sustitución. Los padres españoles que, para tener un hijo, acuden a al amparo de la legislación de alguno de los países en que está permitida esta práctica, en muchas ocasiones se encuentran con problemas cuando acuden al consulado antes de volver a España para inscribir al nacido como hijo, acto de gran importancia, pues es lo que convierte en españoles a estos bebés dotándoles de los derechos que la nacionalidad comporta. Esta situación ha dado lugar a una serie

de resoluciones, entre las que debemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 que ha derogado tácticamente la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, aplicando el orden público regulado en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, declarando nulo el contrato de maternidad subrogada y obligando a determinar la filiación en favor de la madre biológica, por lo que no basta con el reconocimiento de la resolución extranjera pues el Tribunal ahora establece como condición necesaria para proceder al reconocimiento que no sea contraria al orden público internacional español, denegando por tanto la inscripción en España de la filiación del niño así concebido y nacido⁵⁸.

No obstante, con posterioridad la Sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014 (JUR 2014\176908), en el asunto *Mennesson c. Francia* obliga a permitir inscribir en el Registro Civil la filiación de unos gemelos nacidos en California a partir de un vientre de alquiler en favor de sus padres de y a atribuirles la nacionalidad francesa, en contra de la doctrina sentada hasta el momento por la corte de casación francesa que consideraba esta actuación en fraude de ley por existir en Francia una prohibición de orden público sobre el contrato de gestación por sustitución.

A la luz de esta resolución, el planteamiento fijado por la STS núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\736) ha sido objeto de corrección en España permitiendo que los nacidos por maternidad subrogada en el extranjero sean inscritos de forma prácticamente automática⁵⁹ en el Registro Civil como se venía haciendo hasta febrero de 2014. A la vista de la doctrina ahora sentada por la Corte Europea de Derechos Humanos el Ministerio de Justicia ha decidido a principios de julio de 2014 dictar una instrucción a todos los registros consulares de España para que procedan a la inscripción de estos niños nacidos en países donde la gestación por sustitución está permitida.

⁵⁸ FLORES RODRÍGUEZ, J., “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11”. *Diario La Ley*, 2014 Nº 8363, págs 1 - 4 . ISSN: 2341-0566. (pág. 1).

⁵⁹ Es decir, sin necesidad de exequatur, y sin que tenga que figurar la gestante como madre del niño a inscribir.

CONCLUSIONES ALCANZADAS

Una vez desarrollada la investigación en relación con el derecho a conocer los datos relativos a sus orígenes de los adoptados y los hijos habidos mediante técnicas de reproducción humana asistida podemos destacar las siguientes conclusiones alcanzadas:

Primera: El derecho a la identidad genética aunque no aparece reconocido de forma expresa en el ordenamiento español, desde mi punto de vista se puede considerar incluido dentro del ámbito de la Constitución española de 1978, más concretamente de su artículo 10.1 en la medida en que regula la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, puesto que al privar a una persona del conocimiento de los datos sobre su origen le estamos negando uno de los elementos fundamentales que constituyen su identidad por lo que, en última instancia, no podrá desarrollarse plenamente como persona. Del mismo modo, el derecho a la identidad se encuentra relacionado con otros derechos constitucionales como serían el derecho a la igualdad, la integridad física y moral, el derecho a la protección integral de los hijos y especialmente con el derecho a la intimidad al colisionar en ocasiones este derecho al conocimiento de los orígenes biológicos por parte del hijo con el derecho a la intimidad de los progenitores.

Además de la falta de alusión explícita a este derecho en el ordenamiento interno, es también destacable que no haya sido plasmado de forma directa en el Derecho Comparado y en el Derecho Internacional, ni siquiera por la Declaración Universal de Derechos Humanos, situación que solo se corrige a raíz de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Carta Europea de Derechos del Niño.

No obstante, en la actualidad aún existen en nuestro ordenamiento jurídico determinadas áreas en las que no rige el pleno goce del derecho a la identidad y en consecuencia, tampoco el conocimiento del propio origen por parte de los hijos. Con esto queremos hacer referencia a ciertas figuras en el área de la adopción y por supuesto al anonimato de los donantes en las TRHA.

Segunda: Además de la regulación del derecho de los adoptados a conocer sus orígenes biológicos contenida en numerosas normas de carácter tanto nacional como internacional, merece una especial mención la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, que introdujo de manera explícita en España el derecho a conocer el propio origen biológico

en los supuestos de adopción rompiendo con la tendencia vigente hasta la fecha según la cual se establecía por falta de regulación expresa en sentido contrario la posibilidad de secreto en relación con los datos del adoptado y del o los adoptantes.

Tercera: En materia de adopción constatamos que en España la figura del Registro Civil es esencial para garantizar el derecho a la identidad ya que la inscripción registral del nacimiento de un niño es el primer elemento legal que da fe de su existencia. La adopción da lugar a una inscripción marginal en el Registro Civil o a una anotación en los supuestos de acogimiento previo a la formalización de la adopción, que en cualquier caso será objeto de publicidad restringida.

En este sentido plantean problemas al constituir una limitación al acceso a la información aquellos supuestos de ausencia de asientos registrales relativos al nacimiento de muchos niños o el secreto en torno a algunos de los elementos obrantes en los mismos, o aquellos en que si bien existen datos en el Registro que aluden al propio origen, la Ley impide al hijo acceder a ella ya sea de forma absoluta o dejando la decisión bajo la voluntad de la madre como sería el caso de los países en que se admite el llamado parto anónimo.

Cuarta: En relación con las TRHA, aunque no se ha adoptado una solución unánime en los distintos países, cabe destacar que a través de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, en España prima la concepción de que la identidad de quién aporta la mitad de la herencia genética de una persona en este caso, no debe ser conocida por ésta, es decir, rige como regla general el secreto en materia de donación de gametos y embriones. En consecuencia, las receptoras de las técnicas no pueden conocer al donante ni participar en su selección, al igual que los hijos nacidos a través de las mismas tienen también vedado el acceso a los datos relativos a la identidad de su progenitor genético, aunque si pueden, al igual que la madre, obtener información general de los donantes siempre y cuando no incluya la identidad. No obstante, la Ley regula una serie de supuestos excepcionales en los que se permite la revelación con carácter restringido de la identidad de los donantes, que se resumen en aquellos casos en que se den determinadas 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, y siempre y cuando dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto

Quinta: Resulta esencial como elemento destinado a proteger la información relativa al origen de las personas concebidas mediante donación de gametos el Registro

Nacional de donantes, cuya creación fue prevista por la LTRHA de 22 de noviembre de 1988. A pesar de que la Ley 14/2006, sucesora de la anterior, volvió a insistir en esta idea ordenando la creación del mismo en su artículo 21, esta premisa hasta la fecha no ha sido cumplida, careciendo España por tanto de dicho Registro.

Sexta: En cuando a la inscripción en el Registro Civil de los nacimientos producidos a través de técnicas de reproducción humana asistida, como regla general no recibe un tratamiento diferenciado respecto del que proporciona la normativa común. No obstante, un problema de gran trascendencia en la actualidad se desarrolla en torno al acceso al Registro Civil de las filiaciones derivadas de reproducción asistida practicada en el extranjero, pues los padres españoles que para tener un hijo acuden al amparo de la legislación de alguno de los países en que está permitida la práctica de alguna técnica prohibida en España - como sería el caso de la maternidad subrogada- , en muchas ocasiones se encuentran con problemas cuando acuden al consulado español para inscribir al nacido como hijo. Tras diversas resoluciones al respecto, parece ser que la solución adoptada por el momento en nuestro país a raíz de la STEDH de 26 de junio de 2014 (JUR 2014/176908) en el caso *Mennesson c. Francia* ha sido posibilitar la inscripción automática de los nacidos por maternidad subrogada en el extranjero.

Séptima: Desde mi punto de vista, la regulación actualmente vigente en España sobre el acceso a los datos relativos al propio origen en los supuestos de adopción y técnicas de reproducción humana asistida es correcta. Comparto por tanto la idea que regula la Ley de Adopción Internacional en tanto elimina el secreto en relación con los datos relativos a los orígenes biológicos de los adoptados, al mismo tiempo que apoya la tendencia al secreto en relación con el acceso a los datos relativos a los propios orígenes de los hijos habidos mediante TRHA.

Mis argumentos para sustentar estas dos posturas tan contrapuestas se basan en la idea de que actualmente y al margen de convicciones morales, las personas tenemos en nuestro poder la capacidad de decisión a la hora de tener un hijo - aunque solo se quiera tenerlo y en cambio no hacerse responsable del mismo -, lo que da pie a pensar que al tratarse de una decisión generalmente libre debemos acatar al menos un mínimo de responsabilidad, por lo que me parece correcto que los hijos tengan la posibilidad de conocer la identidad de sus progenitores siempre y cuando, tal y como aparece regulado, este hecho no interfiera para nada en la determinación de la paternidad y la maternidad. Por el contrario, la donación de material reproductivo destinado a su utilización para la procreación mediante técnicas de reproducción humana asistida también se trata de un

acto libre y voluntario, pero que no tiene como finalidad satisfacer el deseo del donante de procrear – aunque esto sea lo que se consiga realmente - , sino que se busca, entre otras cosas, colaborar con otras personas que no pueden hacerlo por sí mismos, por lo que justifico la tendencia al secreto en relación con el donante en estas premisas. Es decir, quien dona material reproductivo no busca tener un hijo sino que su intención es que lo tengan otros, por lo que no me parecería justificado que en este caso le impongamos responsabilidad alguna, aunque esta se limite al simple conocimiento de su identidad por parte del futuro hijo, siempre y cuando no exista una razón de peso que justifique su conveniencia.

Como precisión última he de decir que estoy de acuerdo con la opción legislativa de nuestro país en la materia siempre y cuando tengamos en cuenta las circunstancias sociales y culturales que acaecen en este momento y teniendo presente que en mi opinión quizá influya la mayor difusión, normalización y conocimiento por parte de la sociedad en general del instituto de la adopción en detrimento de la menor evolución y expansión de la procreación mediante técnicas de reproducción asistida, al tratarse de una figura más novedosa. Por tanto, no afirmo que mi postura se mantenga así de forma definitiva pues, a raíz del avance social y cultural, acompañado de un mayor conocimiento y familiarización con la figura de las técnicas de reproducción humana asistida, podría cambiar mi parecer para adaptarse a las nuevas circunstancias.

BIBLIOGRAFÍA

ALES URÍA ACEVEDO, M.M., *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ALKORTA IDIAKEZ, I., “Nuevos límites del derecho a procrear”. *Derecho Privado y Constitución*, 2006, N.º. 20, págs. 9 - 61. ISSN: 1133-8768.

ALONSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras” *Actualidad Civil*, 1997, N.º. 2, págs. 17 - 40. ISSN: 0213-7100.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2008, N.º 6908-6910, págs. 1764 - 1774. ISSN: 0211 - 2744.

AYARZA SANCHO, J.A., “La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento” *Revista Jurídica Española La Ley*, 2008 , N.º 6932, pág. 1598 – 1605. ISSN: 0211 - 2744.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, *Aranzadi Civil*, 2008, N.º. 3, págs 2727 - 2758. ISSN: 1133-0198.

BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, 2010, N.º8, págs. 25 - 37. ISSN: 1695-078X.

CAMARA AGUILA, M.P., “Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción asistida: (Comentario a la SRC 116/1999, de 17 de junio)”. *Derecho Privado y Constitución*, 1999, N.º. 13 , págs. 117-148. ISSN: 1133-8768.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II, vol. 1º, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 2000.

DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, M., “Inscripción en el Registro Civil de la adopción internacional: la protección de la intimidad personal y familiar a través del Registro

Civil. Breve reflexión en torno al derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, *Revista de Derecho Privado*, 2010, N.º. 94, págs 89 - 102. ISSN: 0034-7922.

DÍAZ FRAILE, J.M., Novedades más relevantes de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nacionalidad y estado civil durante 2006. Si aplicación a la calificación registral. En: BENTO COMPANY, J.M., *Problemas actuales del Registro Civil*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

DÍAZ ROMERO, M.R., Técnicas de reproducción asistida y filiación. En: DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *Derecho de Familia*. Aranzadi, Navarra, 2012.

DÍAZ ROMERO, M.R., Técnicas de reproducción asistida y filiación. En: DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *Derecho de Familia*. Aranzadi, Navarra, 2012.

FLORES RODRÍGUEZ, J., “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso n.º 65192/11”. *Diario La Ley*, 2014 N.º 8363, págs. 1 - 4 . ISSN: 2341-0566.

GARCÍA ABURUZA, M.P., “La adopción tras el convenio de Estrasburgo”, *Aranzadi Doctrinal*, 2013, N.º.11 , págs 129-140. ISSN: 1889-4380.

GARCÍA VILLALUENGA, L.; LINACERO DE LA FUENTE, M., *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.

GARRIGA GORINA, M., “El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero”. *Derecho Privado y Constitución*, 29007, N.º. 21, págs. 167-228. ISSN: 1133-8768.

GARRIGA GORINA, M., *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2000.

INIESTA DELGADO J.J., Artículo 5. Donantes y contratos de donación. En: COBACHO GÓMEZ, J.A., *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Aranzadi, Navarra, 2007.

INIESTA DELGADO, J.J., La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En: YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de la Familia. Volumen V. Las relaciones paterno filiales (I)*. Aranzadi, Navarra, 2011.

LESMESS SERRANO, C., Control administrativo de la actividad científica y protección de datos en la reproducción humana asistida. En: PÉREZ DEL VALLE, C., *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

QUICIOS MOLINA, S., “Comentario a la STS de 14 de julio de 2004”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2005, N°67, págs. 449 - 472. ISSN: 0212-6206.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. “Los reconocimientos del complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)”, *Anuario de Derecho civil*, 2005, Vol 58, N° 3, págs 1049-1114. ISSN: 0210-301X.

ROMERO COLOMA, A.M., “Identidad genética frente a intimidad”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2009, N°. 7199, págs 1979 - 1987 . ISSN: 0211 - 2744.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2010, N°. 7526, págs. 1768 – 1778. ISSN: 0211 – 2744.

VERDERA IZQUIERDO, B., “Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida”, *Actualidad Civil*, 2007, N°.10, págs. 1109-1124. ISSN: 0213-7100.

VIDAL PRADO, C. “El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)”, *Revista jurídica de Navarra*, 1996, N° 22, págs 265-282. ISSN: 0213-5795.