

LA FILIACIÓN POR NATURALEZA Y LA RESULTANTE DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: ALGUNAS CONCORDANCIAS Y DISCORDANCIAS

Antonia Nieto Alonso

Universidade de Santiago de Compostela

Abstract

Spanish Constitution (1978) was a remarkable turning point to the filiation's status taxonomy, showing a new approach corresponding to natural or adoptive filiations. However, in the 21st Century, it is necessary to undertake a new analysis in accordance with recently developed assisted reproduction techniques.

This research emphasizes the most important differences between the natural filiations and the filiations due to the usage of assisted reproduction techniques. Also studies the recent decisions of our Constitutional Court and High Court (Civil Chamber), implying a radical new interpretation about certain major articles of the Civil Code.

Keywords: right to know biological parents, natural filiations, adoptive filiations, assisted reproduction techniques

Sumario: I. Exordio.- II. El derecho a conocer el origen biológico en el Derecho español y algunas consecuencias derivadas de su ocultación.- III. La perfecta coincidencia entre la realidad material (nacimiento biológico-identidad real) con la publicidad (identidad formal-identidad jurídica).- IV. Las técnicas de reproducción asistida humana y el anonimato de los progenitores: su constitucionalidad.- V. Los conflictos de intereses derivados de la interpretación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.- VI. La relevancia de la posesión de estado y las técnicas de reproducción asistida.- VII. A modo de recapitulación.

I. Exordio

La relación de filiación nos ofrece, cada vez más, la posibilidad de fascinantes estudios derivados de las frecuentes novedades legales y juris-

Recibido: 13/03/06. Aceptado: 10/05/06

* Profesora Titular de Derecho Civil

prudenciales –entendiendo aquí incluidos los fallos del Tribunal Constitucional–.

Se observa, sobre todo, en doctrina y jurisprudencia la defensa de la búsqueda de la verdad real, biológica, frente a la presunta resultante del estado matrimonial, por lo tanto quiebra la locución latina que hace derivar la paternidad del hecho del matrimonio, a saber: *pater est quem nuptiae demonstrat*. Se produce la mutación de aquel aforismo tradicional por el de *pater est quem sanguinis demonstrat*, que, a su vez, es superado cuando la filiación no lo es por naturaleza sino por adopción y cuando el nacido procede de las técnicas de reproducción asistida humana. Así, se puede afirmar, con la mejor doctrina, que la filiación no es necesariamente una situación derivada de un hecho biológico. De algún modo puede decirse que una cosa es ser padre y otra cosa ser progenitor. Padre contiene una carga de sentido socio-cultural y jurídico de la que carece el término progenitor¹.

Para reiterar el aforismo *pater est quem sanguinis demonstrat*, la STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944) ha declarado de forma terminante que “La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales” –FD Quinto–. Principio que se exceptúa cuando la relación de filiación resulta de la adopción o de las técnicas de reproducción asistida humana.

En estas apreciaciones ha tenido mucho que ver la Constitución de 1978 que supone un hito importante en nuestro Derecho de filiación, con dos artículos transcendentales: el 14 y el 39. La puesta en práctica de los principios contenidos en esos dos artículos obligó a una profunda revisión del Derecho de filiación del Código Civil, que llevó a cabo la Ley 11/1981, de 13 de mayo. En este punto procede traer a colación la revisión de algunos de los preceptos del Código Civil que habían sido redactados por la Ley 11/1981 y es que por considerar que se oponían a normas constitucionales se han estimado cuestiones de inconstitucionalidad en relación con los artículos 133.1 y 136.1 del Código civil, como se verá en este breve estudio².

¹ Cf. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, Madrid, Tecnos, 2001, p. 229.

² En relación con el art. 136.1 CC se han estimado sendas cuestiones de inconstitucionalidad por las SSTC 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005/138) y 156/2005, de 9 de junio (RTC 2005/156); en cuanto al art. 133.1 CC, también se ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad por la STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005/273) y por la STC 52/2006, de 16 de febrero (RTC 2006/52).

Lo que pretendo con este somero análisis es destacar algunas discordancias entre la filiación que el Código Civil denomina *por naturaleza* y la filiación adoptiva y la resultante de las técnicas de reproducción asistida - ya que la concordancia esencial es la completa igualdad entre las diferentes filiaciones que deriva del derecho fundamental de igualdad ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de... nacimiento... -art. 14 CE-, del mandato constitucional de que los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación -art- 39. 2 CE- y del art. 108.2.º CC, al declarar la igualdad de efectos de los distintos tipos de filiación. Por citar los preceptos más importantes y cercanos al ámbito del Derecho Civil.

Entre las que podría denominar discordancias o desencuentros entre las distintas filiaciones me centraré, por una parte, en el derecho a conocer el propio origen biológico en la filiación por naturaleza y en la filiación adoptiva frente a la constitucionalidad de la legislación de técnicas de reproducción asistida que defiende el derecho al anonimato, a la confidencialidad del donante, por otra parte se estudiará que mientras existe una coincidencia entre filiación real, biológica y filiación jurídica, en la filiación por naturaleza, o, al menos debe defenderse y perseguirse, no ocurre lo mismo en la filiación resultante de la adopción y de las técnicas de reproducción asistida³, sin perjuicio de otras discordancias, como la importancia de la posesión de estado en uno y otro tipo de filiaciones.

En el sentido apuntado, el Tribunal Supremo ha sostenido que la legislación del Estado, que como un solo Ordenamiento ha de contemplarse, demuestra que en ocasiones separa el hecho biológico de la generación del vínculo de la paternidad y de las relaciones sexuales, así se comprueba en la adopción y también en las leyes de reproducción asistida, en la legislación del menor que aconseja oírle en cuanto le afecte, atendiendo más a

³ El nacimiento de la persona debe ser constatado y reflejado con la mayor de las garantías, de manera que la realidad material (nacimiento biológico-identidad real) coincida perfectamente con la publicidad (identidad formal-identidad jurídica) y eficacia jurídica de los diversos Registros, y muy especialmente el (importantísimo y olvidado) Registro Civil, lo que debe ocurrir cuando de la filiación por naturaleza se trata, pero no resulta posible esa coincidencia entre filiación biológica y jurídica en la adopción y en la filiación resultante de las técnicas de reproducción asistida con intervención de un tercero (inseminación artificial heteróloga). Cf. el interesante estudio de FELIU REY, M. I., "El derecho del neonato a la 'inequívoca identificación'. La responsabilidad de la Administración y personal sanitario", *Diario La Ley*, n.º 6360, 16 de noviembre de 2005.

una nueva concepción de la paternidad fundada en la voluntad recíproca, junto a la derivada del hecho biológico –STS de 28 de mayo de 1997 (RJ 1997/4326), FD Primero–.

II. El derecho a conocer el origen biológico en el Derecho español y algunas consecuencias derivadas de su ocultación

El Derecho español se integra en el grupo de ordenamientos que protegen suficientemente el derecho a conocer el propio origen biológico. Uno de los medios más veraces para conocer el origen biológico es la prueba biológica de la paternidad. Ya el art. 39.2 *in fine* CE declara que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad” y el art. 767.2 LEC concreta que “En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas” –trasunto del derogado art. 127.1 CC–.

Tal vez el fallo más importante o, al menos, el que ha ocasionado mayor polémica ha sido la STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7)⁴. Esta Sentencia ha provocado una “Guerra de los Tribunales” (Supremo y Constitucional). En efecto, la STC 7/1994 anula la STS de 30 de abril de 1992 (RJ 1992/4473) con la consiguiente firmeza de la Sentencia de la Audiencia Provincial⁵. La STC se mostró más rigurosa a la hora de valorar una negativa infundada a la prueba hematológica. Con la STC el Tribunal Supremo sintió que aquél había invadido sus competencias y, en su malestar, redactó un escrito apelando al Rey, “como máximo moderador del Estado”, escrito que, con buen criterio, no fue finalmente enviado⁶. Un caso más reciente está constituido por la STC de 14 de febrero de 2005 (RTC 2005/29) que estimó el recurso de amparo frente a la Sentencia recurrida: STS de 20 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8461) si bien considero que ha

⁴ A partir de la doctrina sentada por la STC 7/1994, parece iniciarse un giro en las anteriores interpretaciones. De tal manera que aunque el Tribunal Constitucional no admitió la práctica coactiva de la prueba hematológica, si estima que la negativa a su práctica sin constituir una *facta confessio* sí es un indicio valioso que unido a otros indicios puede servir para declarar la paternidad del demandado.

⁵ El Tribunal Supremo en esta Sentencia de 1992 consideró que ante la falta de pruebas biológicas “queda la demanda sin un soporte de prueba, para señalar con la exigible seguridad y certeza la paternidad del demandado” –FD Tercero–.

⁶ Vid., SIERRA CRISTÓBAL, R., *La guerra de las Cortes. Revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del Recurso de Amparo*, Madrid, Tecnos, 1999

sido más “suave” que la STC 7/1994 ya que en su fallo, la STC de 2005 anula en el Fallo la Sentencia del Tribunal Supremo; pero no da firmeza a la Sentencia de la Audiencia –como sí hizo la STC 7/1994-, sino que retrotrae las actuaciones al momento de dictarse la mencionada Sentencia “para que se dicte otra que sea respetuosa con los mencionados derechos fundamentales” –se refería a los derechos del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE)-⁷.

Ha contribuido al conocimiento de la verdad biológica, no admitiendo la ocultación de la maternidad, la STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944) que viene a confirmar que se puede considerar que rige en nuestro sistema jurídico el principio *mater semper certa est* y que se reconoce indirectamente el derecho a conocer el propio origen. Esta Sentencia representa un “giro copernicano” en la determinación de la maternidad y el derecho del hijo a conocer su origen, al declarar contrarios a la Constitución determinados artículos de la Ley y del Reglamento de Registro Civil que consideró derogados⁸. La Sala (Civil) estima, de conformidad con el Ministerio

⁷ El Tribunal Supremo había declarado una paternidad con base *únicamente* en la negativa de un varón a someterse a la prueba biológica de paternidad. Recuerda el Tribunal Constitucional –FJ Quinto- que es doctrina jurisprudencial que la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es base para suponer una *facta confessio* aunque representa un indicio valioso, pero ha de ser puesto en relación o conjugado con otras pruebas, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar la pretendida paternidad. A lo que debe añadirse que no solo es doctrina jurisprudencial sino que después de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, su art. 767.4 es muy claro al respecto: “La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, *siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad* y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios” –la cursiva es mía-.

⁸ Vid., RUBIO TORRANO, E., “Reclamación de maternidad: Registro Civil y Constitución Española [Comentario a la STS de 21 septiembre 1999 (RJ 1999, 6944)]”, *Aranzadi Civil*. Parte Tribuna (BIB 2000/232). El autor considera que el TS en dicha Sentencia “arregló con acierto y una correcta fundamentación jurídica, lo que podía haber sido un desaguado”. Cf., del mismo autor: “El secreto de la maternidad”, *Aranzadi Civil*. Parte Tribuna (BIB 2003/955).

El supuesto de hecho de la Sentencia es el siguiente: la demandante, embarazada de ocho meses, alegando no poder hacerse cargo de su futuro hijo, hace renuncia anticipada del mismo, una vez que nazca, a favor de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía. La Sentencia declaró radicalmente nulo el asentimiento que había prestado la madre, por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del art. 177.2 CC, ya que dicho asentimiento no podrá prestarse, según el precepto, hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto. Además estimó el

Fiscal que el art. 47.1 de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 (RCL 1957/777) -y sus concordantes- están 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". En consecuencia consideró inaplicables por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los arts. 167 y 182 del Reglamento de Registro Civil (RCL 1958/1957)⁹.

De la doctrina de esta STS de 21 de septiembre de 1999 deriva la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de noviembre de 1999 (RCL 1999/2903) -que acata la doctrina de esta Sentencia del Tribunal Supremo-, sobre cuestionario para la declaración de nacimiento. Orden que, como novedad,

Tribunal que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva -art. 24 CE- al no haberse llevado a cabo la prueba biológica solicitada. También se vulneró el artículo 177.2 CC en el caso resuelto por la SAP-JAÉN de 8 de mayo de 2000 (AC 2000/2445), en relación a un supuesto de adopción irregular que, sin embargo, concluye que prevalecen los intereses del menor, ya totalmente integrado en su familia adoptiva. Sentencia que ha sido confirmada por la STS de 9 de julio de 2001 (RJ 2001/4999). Cf. el comentario a esta Sentencia por CORRAL GARCÍA, E, "El Derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia", *Aranzadi Civil*, Parte Estudio, n.º 11/2003 -BIB 2003/1118-.

⁹ A RIVERO HERNÁNDEZ no le satisface la declaración que hace el Tribunal Supremo de derogación de aquellos preceptos "por inconstitucionalidad sobrevenida". Estoy plenamente de acuerdo con su afirmación: "La norma preconstitucional que se oponga a la Constitución queda derogada por ésta, sin más, por esa oposición y porque lo dice clara y directamente la Disposición Derogatoria de la Constitución (n.º 3)". *Id.*: RIVERO HERNÁNDEZ, F., "De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)", *Actualidad Civil*, n.º 24, 2003, p. 626. Aclara el autor que este concepto de "inconstitucionalidad sobrevenida" fue elaborado por el Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe para otros casos y situaciones.

Cf., QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., "El Derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *Anuario de Derecho Civil*, 1994, pp. 237 y ss.

Adviértase que la STEDH de 13 de febrero de 2003 (TEDH 2003/8) en el asunto Odièvre contra Francia y al referirse al Derecho comparado en el punto 19 hace referencia a esta Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944) y señala que "En España una Sentencia del Tribunal Supremo dictada en 1999 constató la inconstitucionalidad del art. 47 de la Ley sobre el estado civil (*sic*) que ofrecía la posibilidad de hacer figurar la mención 'madre desconocida' en el Registro del estado civil". Obsérvese que la STEDH de Estrasburgo de 13 de febrero de 2003 (TEDH 2003/8) se manifestó en sentido contrario a la STS de 1999, sobre el derecho a conocer el origen biológico y el de la madre a guardar secreto acerca de su identidad. Cf. RUBIO TORRANO, E., "El secreto de la maternidad", *Aranzadi Civil*, Parte Tribuna -BIB 2003/955-. Para el autor, con el que estoy completamente de acuerdo, el criterio de la STS de 21 de septiembre de 1999 se distancia correctamente del adoptado por el TSDH en el caso Odièvre contra Francia.

suprime la referencia marginal al párrafo segundo del art. 167 RRC¹⁰ acatando la doctrina del Tribunal Supremo que declaró la inconstitucionalidad del precepto reglamentario que permitía a la madre por su sola voluntad ocultar la maternidad¹¹.

Por lo que se refiere a la filiación adoptiva y el derecho del adoptado a conocer su origen biológico, destaco la RDGRN de 6 de julio de 1994 (RJ 1994/7661) que estimó que la adopción no supone que desaparezca jurídicamente la situación anterior del adoptado, ni menos la falsedad de que el hijo adoptivo sea hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes, sin perjuicio que a partir de la adopción el adoptado reciba en principio el mismo trato que los hijos por naturaleza conforme al artículo 108 del Código Civil. Por eso cuando se inscribe una adopción se respetan los datos anteriores del nacido y se practica la oportuna inscripción marginal (Cf. art. 46 LRC), la cual implica un cambio de filiación y de apellidos (Cf. art. 197 RRC). La importancia de que no se cancelen las menciones anteriores del nacido está en armonía con el derecho de éste, que no debe ser obstaculizado, a conocer sus orígenes y con el hecho de que si bien la adopción supone la ruptura de vínculos con la posible familia anterior, esto se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales (Cf. Arts. 178.1 y 3 CC)¹².

En esta línea destaca la Instrucción de 15 de febrero de 1999 (RCL 1999/556) sobre "Constancia registral de la adopción", que en su regla cuarta deja abierto el acceso al asiento originario sobre filiación por naturaleza,

¹⁰ El párrafo segundo del art. 167 dispone que "El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad". Recuérdese que conforme al Fundamento de Derecho 5.º de la STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944) este artículo se considera inaplicable, por derogación de la cobertura legal.

¹¹ Otra innovación consiste en la introducción de dos recuadros en blanco destinados a recoger las huellas dactilares de la madre con la misma finalidad de reforzar la identidad biológica del nacido.

Cf., comentario a la citada Orden [En materia del derecho del recién nacido a ser identificado por método exacto y legalmente determinado] de HERNÁNDEZ CERDÁN, P., "El recién nacido: derecho a ser identificado, por método exacto, legalmente determinado, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales", *Aranzadi Civil*. Parte Tribuna (BIB 2000/507).

¹² En el caso analizado por esta Resolución, la Dirección General declaró que no podía prosperar la pretensión del promotor, padre adoptivo de un menor de edad, que consistía en que se cancelase la inscripción de nacimiento de su hijo y se extendiese una nueva inscripción sin referencia a la adopción ni a los apellidos anteriores del nacido.

pese a estar ya cancelado, si bien limitado a los adoptantes, al adoptado mayor de edad y a los terceros que obtengan la autorización especial a que se refiere el último párrafo del art. 21 del Reglamento del Registro Civil –autorización que “... se concederá por el Juez Encargado y sólo a quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla...”¹³. De lo señalado se infiere que la legislación española desconoce cualquier derecho de la madre que ha renunciado a sus derechos y ha consentido la adopción, para que se revelen sus datos. Por el contrario, si quisiera averiguar datos de su hija biológica, una vez adoptada, podría encontrarse con la dificultad de demostrar ante el encargado del Registro Civil un interés legítimo.

El Derecho catalán, con muy buen criterio, se ha adelantado al Código Civil y a la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha seguido los principios constitucionales y, en buena medida, la jurisprudencia. En este sentido, el art. 129.1 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña dispone: “La persona adoptada, a partir de la mayoría o emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes ha sido su padre y su madre biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva”. Como puede apreciarse, el legislador catalán se anticipa a otra legislación para dar solución al problema que se viene planteando, con pleno respeto, además, por la filiación adoptiva. Debería servir este precepto de *lege ferenda* para futuras legislaciones que afronten estos problemas¹⁴.

¹³ La Instrucción de 15-2-1999 (RCL 1999/556) ha sido modificada; pero en su regla primera únicamente, por la Instrucción de 1 de julio de 2004 (RCL 2004/1542). Comenta la Instrucción de 1999, en materia de adopción, BARBERÁ FRAGUAS, M., “La Adopción: cuestión jurídica. Problema Humano”, *Aranzadi*, BIB 2002/635). Cf. RRDGRN de 14 de febrero de 2003 (RJ 2003/4030) y de 21 de febrero de 2004 (RJ 2004/3235).

¹⁴ Son numerosas las Sentencias en las que se resuelven casos de personas acogidas o adoptadas que solicitan datos de su filiación de origen. En efecto, la STSJ-PAÍS VASCO de 2 de febrero de 2000 (JUR 2001/297843) –Contencioso-Administrativo- estimó que el derecho a la intimidad del padre por naturaleza no puede ser opuesto para impedir al hijo el conocimiento de su relación de filiación –FD Tercero-. Cf., también, STSJ- PAÍS VASCO de 14 de julio de 2000 (RJCA 2000/2669) –Contencioso-Administrativo- que llega a la conclusión de que si ciertamente la Jurisprudencia constitucional y ordinaria destacan que la filiación y la identificación del origen del adoptado forma parte del ámbito de lo íntimo, el sujeto activo de dicha reserva es el propio hijo o adoptado y tal ámbito no le excluiría paradójicamente a él, sino a los demás. En este mismo sentido, Cf. STSJ-PAÍS VASCO de 31 de octubre de 2003 (JUR 2004/42405) –Contencioso-Administrativo. Con relación al derecho de intimidad y el acceso a datos en materia de filiación y adopción, *vid.*: STSJ-PAÍS VASCO de 27 de febrero de 2004 (RJCA 2004/397). Interesa en este

En relación con las responsabilidades derivadas de la ocultación de la verdad biológica, por ejemplo al que se cree padre sin serlo, sorprende que, frente a la tendencia generalizada a aplicar “remedios frente al incumplimiento”, en el ámbito propio del Derecho de familia el recurso a los remedios indemnizatorios es limitado, silencio roto por escasas voces doctrinales que se ocupan del tema y por, también, escasos pronunciamientos jurisprudenciales¹⁵. Tal vez la razón se encuentre en que, como manifestó la STS de 28 de mayo de 1997 (RJ 1997/4326), “las normas de filiación, junto a la búsqueda de la verdad material a través de medios de prueba tienen como contrapunto la *preservación de la paz familiar...*” –la cursiva es mía- (Cf. FD Primero)¹⁶. La discusión sobre la compensación de los daños patrimoniales y morales causados por vulneración de los deberes matrimoniales se planteó en los casos resueltos por dos Sentencias del año 1999, de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo. Los dos supuestos, cuyo ponente es el mismo: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa se caracterizan porque parecen acoger abiertamente el principio de la no reparación de los daños entre cónyuges, ni morales ni patrimoniales, estando la clave de bóveda del problema en la ocultación de la verdadera paternidad, consecuencia de la infidelidad de la esposa, de la que había resultado el nacimiento de hijos, cuya paternidad les había sido atribuida, con fundamento en las normas de la responsabilidad extracontractual, en un caso, y contractual, en el otro¹⁷.

punto destacar que Sentencias constitucionales –como la STC 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991/197)- en relación a una confrontación del derecho a la intimidad con el derecho a difundir información veraz del artículo 20.1 d) CE, están tomando precisamente como referencia subjetiva la afección al derecho a la intimidad personal del propio hijo y, añadidamente, de sus padres adoptivos –Cf. FJ 3.º de la STC 197/1991-, afirmando que “el derecho a la intimidad se extiende no sólo a los aspectos de la vida personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar...”, y no puede extraerse de ellas la consecuencia de que el derecho a la intimidad del padre por naturaleza pueda ser opuesto para impedir al hijo el conocimiento de la relación de filiación –Cf. FD Tercero STSJ-PAÍS VASCO, de 31 de octubre de 2003 (JUR 2004/42405) –Contenciosos-Administrativo-.

¹⁵ A la jurisprudencia haré referencia. En relación con la doctrina, sí plantea la cuestión FERRER Í RIBA, J. con su interesante estudio “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, www.indret.com, Barcelona, octubre, 2001, pp. 1-21. Cfr., también, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.^a, “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre miembros de la pareja de hecho”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 10, 2003, pp. 65-93.

¹⁶ También acude a la idea de la “preservación de la paz familiar”, por ejemplo, la SAP-GUIPÚZCOA de 24 de febrero de 2005 (AC 2005/605).

¹⁷ Precisamente, este debate entre la responsabilidad contractual y extracontractual se trae a colación por DE ÁNGEL YAGÜEZ al analizar la STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ

Una Sentencia que puede resultar polémica; pero que a mi parecer debería sentar precedente y que constituye un cambio de criterio respecto al seguido por las SSTS, 1.ª, 22.7.1999 y 30.7.1999 es la SAP-VALENCIA de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994)¹⁸. La Sentencia de la Audiencia acude, como remedio indemnizatorio a la culpa extracontractual ex art. 1902 CC¹⁹. Estima probado que los demandados actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos y dolosa en su ocultación al actor, y que el posterior conocimiento de la verdad ha sido el desencadenante de un daño al

1985/5901) en la que se concede una indemnización por daño moral, como consecuencia de la declaración de nulidad del matrimonio; la Sentencia limita su argumentación a la interpretación y aplicación del art. 1269 CC, es decir, al dolo entendido como vicio del consentimiento; pues bien, estima el autor que jugar con la figura del dolo –en cuanto engaño producido a la esposa– no constituye el argumento jurídico más adecuado para dar lugar a la consecuencia reparadora o indemnizadora a la que la Sentencia llega y concluye que la teoría más fundada le parece la extracontractualista: teoría de los que entienden que la responsabilidad radica en la violación del principio genérico *neminem laedere* o *alterum non laedere*, de no causar daño a nadie, con fundamento en el art. 1902 CC y, por tanto, en la llamada responsabilidad civil, extracontractual o aquiliana, todos deben actuar socialmente con la debida diligencia, evitando causar perjuicios a los demás, lo que da lugar –como ya advertía COSSIO– a un derecho a favor de todo ciudadano a no ser dañado en su patrimonio o en su persona por la conducta dolosa o negligente de otro. *Vid.*: ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE, “Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio”, *La Ley*, 1986-2, p. 711-714. Nótese que la SAP- VALENCIA de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994) sí apreció la responsabilidad extracontractual, por actuación negligente en la concepción y dolosa en la ocultación de la verdad biológica.

¹⁸ El supuesto de hecho es el siguiente: mediando matrimonio del actor Don C. V. S. con D.ª A. R., nacieron cuatro hijos, pero ella mantenía una relación extraconyugal estable y duradera con Don F. L. R. quien ha resultado ser el padre biológico de los tres niños más pequeños. Advértase que se había estimado la acción de impugnación de la paternidad promovida por D.ª A. R. y que Don C. V. S. formuló demanda contra D.ª A. R. C. y Don F. L. R.

El Tribunal –FD Octavo– trae a colación la referencia al Tribunal Supremo Alemán que ha reconocido excepcionalmente el derecho a ser indemnizado ex §826 BGB por causación dolosa de daños *contra bonos mores* si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño como en el caso en que se haya engañado al marido sobre su paternidad.

¹⁹ Acude el Tribunal a la STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721) cuando señala que la aplicación del art. 1902 CC puede originar una reparación del daño causado que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral y que los perjuicios que reclama el actor deben ser resarcidos al amparo de este precepto –FD Duodécimo de la SAP-VALENCIA que se analiza–. Advierto que, en efecto, la STS de 1999, en su FD Sexto, reconoce que los supuestos que comportan la aplicación del art. 1902 CC vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado patrimonial y moral; pero en la STS de 1999 se concluye que “... no resulta aplicable al caso de autos... debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C...”.

actor que debe ser resarcido. De tal manera que se condena solidariamente a la ex esposa y a su amante a indemnizar 100.000 € al demandante²⁰.

III. La perfecta coincidencia entre la realidad material (nacimiento biológico-identidad real) con la publicidad (identidad formal-identidad jurídica)

La persona es centro del Ordenamiento jurídico, y de esta forma, el nacimiento de la persona debe ser constatado y reflejado con la mayor de las garantías, de manera que la realidad material coincida perfectamente con la identidad jurídica²¹. Coincidencia que se supera, se excepciona, cuando se trata de la filiación adoptiva o de la resultante de inseminación artificial, tal y como declara el Tribunal Supremo al admitir que “la legislación del Estado... demuestra que en ocasiones se separa el hecho biológico de la generación del vínculo de la paternidad y de las relaciones sexuales, así se comprueba en la adopción y también en las leyes de reproducción asistida...” –Cf. STS de 28 de mayo de 1997 (RJ 1997/4326), FD Primero-.

Las acciones de filiación, como reconoce la SAP-GUIPÚZCOA de 24 de febrero de 2005 (AC 2005/605), aparecen sometidas a dos fuerzas contrapuestas, de un lado, la averiguación y difusión de la verdad: que los hijos encuentren a sus padres y los padres a sus auténticos hijos, de otro, la preservación de la paz familiar, que puede verse gravemente afectada por este tipo de litigios. Esta tesitura inspira la regulación que, al efecto, contiene tanto el Código Civil como la actual Ley de Enjuiciamiento Civil –Cf. FD Tercero-²².

Se trata, según se observa en los últimos pronunciamientos de los Tribunales, de facilitar la búsqueda de la verdad biológica, real o material,

²⁰ Como aprecia CARRASCO PERERA, Á. –“El precio de la infidelidad”, *Aranzadi Civil*, Parte Tribuna (BIB 2005/806)-, al referirse a esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia: “Resulta entonces que la fuente del daño no es la conducta infiel, ni el dolo siquiera, sino el descubrimiento de la verdad ‘que ha sido el desencadenante del daño’. Hipócritamente, no se reprocha el adulterio, ni el engaño, sino la falta de prudencia que llevó a que todo se supiera”.

²¹ Cf. el importante estudio de FELIU REY, I., “El derecho del neonato a la ‘inequívoca identificación’. La responsabilidad de la Administración y del personal sanitario”, *Diario La Ley*, n. ° 6360, 16 de noviembre de 2005.

²² Con este mismo criterio, la STS de 28 de mayo de 1997 (RJ 1997/4326) declara que la búsqueda de la verdad material a través de los medios de prueba, tiene como contrapunto la preservación de la paz familiar –Cf. FD Primero-.

considero que a esto se llega facilitando tanto las acciones de reclamación como las de impugnación de la paternidad, aunque reconozco que puede así verse alterada esa preservación de la paz familiar de la que también tratan los Tribunales, como se ha observado²³.

En relación a la posibilidad de facilitar al padre la reclamación de su paternidad, la Jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha atenuado el rigor de la letra del Código para optar por una interpretación flexible que amplía notablemente la legitimación de quien se dice padre extra-matrimonial, en especial, en relación al art. 133.1 CC, que cuando falta el presupuesto de la posesión de estado sólo otorga la legitimación al hijo durante toda su vida y, bajo determinadas condiciones, también a sus herederos, más no –en la literalidad del precepto– al progenitor. Así, existe una línea jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo que ha efectuado una interpretación sistemática del art. 133 CC, poniéndolo en conexión con el 134 CC²⁴. Esta línea jurisprudencial consolidada se ha pretendido que sirviese de apoyo para entender que resultaría posible una interpretación *secundum constitutionem* del precepto que impidiera apreciar su inconstitucionalidad; pero el Tribunal Constitucional ha estimado que no cabe eludir la inconstitucionalidad del precepto cuestionado por la vía de aquella interpretación²⁵. Me refiero a la STC 273/2005, de 27 de octubre

²³ Tampoco hay que desconocer, en esa misma línea, que de la Exposición de Motivos que acompañaba al proyecto de Ley de reforma del Código Civil (Ley 11/1981, de 13 de mayo) que el legislador pretendió reflejar en la regulación introducida en el Código Civil por la Ley 11/1981 dos criterios encontrados: "De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco".

²⁴ Cf., por todos, los siguientes fallos: SSTS de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/7038) y de 22 de marzo de 2002 (RJ 2002/2282), por citar, insisto, algunos de los casos más relevantes.

²⁵ En efecto, declaró el Tribunal Constitucional que resulta claro que el legislador (como se explicitaba en la Exposición de Motivos que acompañaba al proyecto de Ley de reforma del Código Civil -Ley 11/1981-) no ha querido reconocer la legitimación para reclamar la filiación nada más que al hijo y, cuando éste fallezca, durante determinado tiempo, a sus herederos, lo que impide una interpretación extensiva de la regla restrictiva del art. 133 CC, por más que resulte plausible el intento jurisprudencial de salvar una evidente trasgresión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STS de 19 de mayo de 1998 [RJ 1998/3797]). "En consecuencia, no cabe eludir la inconstitucionalidad del

(RTC 2005/273) que en el Fundamento Jurídico 7 estima que "... la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas" declara, en suma, que la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad, ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción²⁶. Adviértase que la STC 52/2006, de 16 de febrero (RTC 2006/52) se remite "in totum" a la doctrina sentada en la STC 273/2005. Confróntese lo dispuesto en el art. 104.2 del Código de Familia de Cataluña, Ley 9/1998, de 15 de julio, que dispone: "El padre y la madre pueden ejercer, durante su vida, la acción de reclamación de paternidad o maternidad no matrimonial, en nombre e interés propio, si su reconocimiento no ha sido eficaz por falta de consentimiento de los hijos o de aprobación judicial".

precepto cuestionado por la vía de una interpretación *secundum constitutionem*" -Cf. STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005/273), FJ 8-.

²⁶ Sentencia que ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad que se había planteado y que en el FJ 9 resuelve que sea el legislador el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado. Al mismo tiempo, en este FJ 9 se realiza, a mi juicio, una importante precisión al señalar que cuando el legislador regule dicha legitimación lo haga "con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)".

Cf. RUBIO TORRANO, E., "Inconstitucionalidad del art. 133, párrafo 1.º, del Código Civil", *Aranzadi Civil*, n.º 17, 2006, Parte Tribuna.

Trae a colación la STC 273/2005, la STS de 2 de febrero de 2006 (RJ 2006/440), en un supuesto de acción de reclamación de filiación extramatrimonial sin posesión de estado, se legitima al padre, insisto, sin posesión de estado. Recuerda la declaración de inconstitucionalidad -STC 273/2005- de la limitación al hijo del ejercicio de la acción -Cf. art. 133.1 CC-. Además, en el caso de autos, se produce la negativa injustificada de la demandada a someterse a las pruebas biológicas: indicio que unido a otras pruebas posibilita un juicio de verosimilitud conducente a la declaración de paternidad -Cf. FFD Tercero y Sexto, especialmente-.

También se logra el acercamiento de la verdad real o biológica a la jurídica o a la resultante del estado matrimonial si se permite al padre impugnar una paternidad cuando descubre no serlo pero ya ha transcurrido el plazo que a tal efecto dispone el Código Civil, art. 136.1²⁷. En efecto, la cuestión medular de los recursos que analizaré consiste en determinar el “*dies a quo*” para el cómputo del plazo regulado en el art. 136 CC –acción de impugnación de la paternidad–, cuyo tenor literal no suscita duda: desde que el padre conoce el nacimiento del hijo, siempre que, naturalmente, se haya inscrito en el Registro Civil. Y es que, en determinados casos, se averigua una vez transcurrido el plazo legal del art. 136 CC que no se es padre del que se consideró como hijo; pero ya ha transcurrido dicho plazo, lo que se interpreta flexiblemente, como se verá.

Destaco la STS de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6227) que ya es jurisprudencia por la dosis de estabilidad y reiteración de los criterios y doctrinas²⁸. Estima el Tribunal Supremo que el formalismo del art. 136 CC no puede llevarse a extremos tales que conllevarían a instaurar situaciones de indefensión en el padre atribuido por la Ley que llega a conocer que no es el progenitor del menor, como aquí ocurre, al estar el actor afectado de

²⁷ Dispone el art. 136 CC: “El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento”. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ propone una redacción alternativa a dicha norma –art. 136 CC– y es la siguiente: “El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año, contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil o del descubrimiento de la no paternidad basado en pruebas científicas indubitadas. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento”. *Vid.*: HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “La impugnación de la paternidad matrimonial por el marido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Actualidad Civil*, n.º 8, 2004, p. 864.

²⁸ En el caso de autos el hijo –Romeo– nacido de la unión matrimonial que mantuvieron los litigantes, resuelto por sentencia de divorcio, fue inscrito en el Registro Civil el 4 de marzo de 1985 y la demanda se presentó el 6 de julio de 1998, transcurrido en exceso el plazo legal –del art. 136 CC que señala que el padre puede impugnar la paternidad atribuida desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil–; pero ello, según el Alto Tribunal, no impide la interpretación del precepto atendiendo a las circunstancias concurrentes integradas en los hechos probados, firmes en casación, y acreditan que el padre demandante, ante las dificultades de tener descendencia de su segundo matrimonio, acudió al médico especialista que emitió dictamen el 20 de noviembre de 1997 y ratificó en prueba testifical, en el que diagnosticó que padecía azoospermia y una atrofia testicular bilateral que le imposibilitaba para tener descendencia. A su vez, las pruebas de investigación de la paternidad realizadas en el Instituto Nacional de Toxicología son contundentes, pues su resultado es el siguiente: “Permiten excluir la paternidad biológica de D. Augusto con respecto a Romeo”.

impotencia y no podía en modo alguno impugnar la asignación registral, llegándose así a situaciones fraudulentas que no autoriza el art. 6.4 CC²⁹.

Una solución plausible y digna de todo encomio es la de plantear una cuestión de inconstitucionalidad como ha ocurrido con el AUTO TC de 9 de marzo de 1999 (RTC 1999/57)³⁰. Se plantea por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, en relación con el art. 12.1 de la Ley de Cataluña 7/1991, de Filiaciones –precepto sustancialmente idéntico al art. 136 CC-³¹.

Pero la cuestión de inconstitucionalidad pierde, en el caso analizado, sobrevenidamente su objeto, pues el art. 12.1 de la Ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones, no resulta ya relevante para la resolución del proceso en el que fue planteada, rigiéndose la acción de impugnación de la paternidad por lo que dispone el nuevo Código de Derecho de Familia, lo que

²⁹ La Jurisprudencia de esta Sala (Civil) en: STS de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003/24) con apoyo en las de 30 de enero de 1993 (RJ 1993/353) y de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/4758), declara que la aplicación rigurosa y literal del art. 136 CC, en los casos en que la paternidad resulta absolutamente descartada, ofrece serios problemas de contradicción con los principios que informan la Ley de 13 de mayo de 1981 (RCL 1981/1151), al resultar patentizada su tendencia a que prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial conforme proclama dicha Ley y deja constancia el art. 127 CC [hoy, art. 767 LEC], al admitir toda clase de pruebas en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas, pues la reforma de 13 de mayo de 1981 (RCL 1981/1151) integró como presupuesto importante asentar la filiación sobre la verdad biológica, lo que no se puede desatender tanto en su aspecto positivo como negativo.

³⁰ Recuérdese que el art. 163 CE dispone: “Cuando un órgano judicial considere en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

En el caso del Auto analizado, la cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona y se considera la posible vulneración de los arts. 14, 39.2 y 24.1 de la CE.

³¹ La cuestión trae su causa de la demanda promovida por el padre registral de dos menores contra su ex esposa y éstos, en la que, entre otras, ejercita la acción de impugnación de la filiación matrimonial respecto de los dos hijos menores nacidos durante el matrimonio y de cuyo nacimiento tuvo conocimiento desde el momento de producirse, la acción se ejercita ya pasado más del año que dispone el art. 12.1. El actor fundamenta su pretensión, en síntesis, en la circunstancia de que, ya disuelto el matrimonio le fue diagnosticado por el Instituto de Urología, Nefrología y Andrología del Hospital de Santa Cruz y San Pablo una “agnesia bilateral congénita de conductos deferentes, no siendo posible la fertilidad de forma espontánea”. Además, finalizado el período probatorio en el que se practicó prueba biológica de paternidad por el Instituto Nacional de Toxicología, su informe concluye que los resultados obtenidos excluyen su paternidad respecto a ambos menores.

hace innecesario el pronunciamiento sobre la presente cuestión de inconstitucionalidad³².

En efecto, el art. 106.1 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña dispone: "El marido puede ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el plazo de dos años a contar desde la fecha en que conozca el nacimiento del hijo o hija *o del descubrimiento de las pruebas en las que fundamenta la impugnación*" (la cursiva es mía)³³.

El tan anhelado pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha llegado con la STC 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005/138), que estima la cuestión de inconstitucionalidad que se había planteado y, en su virtud, declara inconstitucional el párrafo primero, *in fine*, del artículo 136 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil³⁴.

³² El AUTO TC de 25 de marzo de 2003 (RTC 2003/102) acuerda inadmitir a trámite –se incumplen los requisitos exigidos en la audiencia a las partes– la cuestión de inconstitucionalidad que plantea el Juzgado de Primera Instancia de Gandía, respecto del párrafo primero del art. 136 CC por su posible contradicción con el art. 24.1 CE. Entiende el Juzgado que el art. 136.1 CC puede resultar lesivo del art. 24.1 CE porque establece un plazo de caducidad de un año de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, fijando como "*dies a quo*" para el cómputo de dicho plazo la fecha de inscripción registral, sin tener en cuenta que el marido puede llegar a tener conocimiento de que no es el progenitor una vez que ya ha transcurrido el mencionado plazo de caducidad de la acción, lo que puede suponer, si no un límite absoluto e incondicional, si un obstáculo desproporcionado al ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

³³ Asimismo, el art. 107 CF Cataluña –Ley 9/1998– posibilita la impugnación por la madre de la paternidad matrimonial, en nombre propio o en interés y representación del hijo o hija, si es menor o incapaz, durante los dos años contados desde la fecha del nacimiento de aquéllos o del descubrimiento de las pruebas en las que se fundamenta la impugnación.

De nuevo el legislador catalán ha resuelto satisfactoriamente el problema que plantea la solución jurisprudencial favorable al principio de búsqueda de la verdad biológica al margen del art. 136 CC, al permitir que el "*dies a quo*" comience también desde "el descubrimiento de las pruebas en las que fundamenta la impugnación", por eso puede hablarse de *occasio legis* del precepto (art. 106 CF Cataluña).

³⁴ La Sentencia del Tribunal Constitucional deja claro que no procede declarar la nulidad de la regla general que concede hoy al marido la acción de impugnación de la paternidad legal porque "generaría un vacío normativo, sin duda no deseable". De ahí que, dada la

IV. Las técnicas de reproducción asistida humana y el anonimato de los progenitores: su constitucionalidad

Se ha defendido hasta este preciso momento el derecho del hijo a conocer su propio origen biológico, como se deduce de la numerosa jurisprudencia y la opinión doctrinal, ya apuntada, y, desde luego, de la Constitución: art. 39.2 *in fine*: “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”; sin perjuicio de la legislación: el Código Civil, en su art. 127 admitió la investigación de la paternidad con amplitud y hoy la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, art. 767.2 –que contiene el derogado art. 127.1 CC- dispone que “En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”.

La cuestión nuclear que se nos plantea ahora, al menos en nuestro Derecho³⁵, es la aplicación de este mismo derecho a conocer el propio origen

inconstitucionalidad apreciada en dicho artículo, señala que exige que sea el legislador el que trace de forma “precisa”, en aras a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) el *dies a quo* de plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad prevista en el art. 136 del Código Civil, dentro de los cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) –Cf. FJ 6-. Cf., en este sentido, la STC 156/2005, de 9 de junio (RTC 2007/156), que estima la cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo 1.º del art. 136 CC, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en los términos del Fundamento Jurídico 3 de la STC 138/2005, de 26 de mayo. Se remite a la STC 138/2005, la SAP-Santa Cruz de Tenerife, de 22 de febrero de 2006 (JUR 2006/127544).

Como dice CARRASCO PEREA, si a un marido se le dice que ya no puede impugnar la paternidad respecto del hijo de su mujer, el infierno subsiguiente está servido. Aherrojado por la cosa juzgada, este engañado marido acabará haciendo la vida imposible al chaval y a su madre, imposibilitando cualquier forma de convivencia pacífica: “Y Dios no quiera que la cosa acabe en las estadísticas de la vida familiar. Es mucho mejor que aquí prevalezca la verdad biológica, y que el marido pueda siquiera marcharse en paz, sin lastres de mentidas paternidades”. *Vid.*, CARRASCO PERERA, Á., “Los hijos de mi mujer”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 683/2005. Parte Tribuna (BIB 2005/1700). Cf. RUBIO TORRANO, E., “Inconstitucionalidad del artículo 136, *in fine*, del Código Civil”, *Aranzadi Civil*, n.º 9, 2005, Parte Tribuna (BIB 2005/1382). Y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La investigación de la paternidad”, *Aranzadi Civil*, n.º 14, 2005, Parte Tribuna (BIB 2005/2253).

³⁵ La primera Ley que sobre la materia constituye hoy *iure condito* es la Ley sueca 1140/1984, de 20 de diciembre, sobre inseminación artificial (Boletín Oficial del Estado Sueco, de 22 de diciembre de 1985). Si bien sólo permite la inseminación artificial en las parejas casadas o que convivan maritalmente de hecho (art. 2 [de una Ley breve, de siete artículos], en su art. 6.1, que permite que sea receptora o usuaria de las técnicas, con determinados requisitos como tener dieciocho años al menos y capacidad de obrar, a “toda mujer”). La Ley sueca opta por la defensa del derecho del hijo a conocer su origen biológico y en su

a los nacidos de técnicas de reproducción asistida ya que el art. 5.5. 1.º de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que regula las técnicas de reproducción humana asistida, declara que “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan”³⁶. Puede, *ab initio* y de la

art. 4 reconoce al futuro hijo la posibilidad de acceder a los informes relativos al donante una vez alcanzada la suficiente capacidad, frente a la posibilidad de proteger la intimidad de los donantes mediante el anonimato, en la Ley española -Cf. art. 5.5.1.º Ley 14/2006, de técnicas de reproducción asistida-. Vid.: GARCÍA RUIZ, Y., *Reproducción asistida. Derecho, conciencia y libertad*, Granada, Comares, 2002, pp. 91-96. LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 133. ALKORTA IDIAKEZ; I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Navarra, Thomson/Aranzadi, 2003, p. 265. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Reproducción asistida “Post Mortem”, *Aranzadi Civil*. Parte Tribuna (BIB 2001/741). En relación con estas cuestiones, vid.: RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La fecundación artificial post mortem”, *Revista Jurídica de Cataluña* (4), 1987, p. 876.

El Reino Unido, con la Ley que entró en vigor el 1 de abril de 2005, anula el derecho al anonimato de los donantes de óvulos o esperma. Los niños que sean concebidos de esta forma tendrán derecho a identificar a sus padres genéticos, una vez que hayan cumplido los dieciocho años. Considero que la consecuencia inmediata de esta medida es la reducción de donaciones y la consiguiente dificultad de las parejas estériles de iniciar una familia. El remedio será acudir al que viene denominándose “turismo in vitro” o “turismo de la fertilidad”, bien hacia España, donde, como estamos observando, se reconoce el anonimato de los donantes, bien a otros países. Destaco Dinamarca, y el más famoso banco de esperma (semen) del mundo: Cryos Internacional.

³⁶ Nótese que la Ley 35/1988 –anterior a la reciente Ley 14/2006– ha sido modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre –si bien en cuestiones que no afectan al punto concreto que trato, al menos inmediateamente–. También afecta a la Ley, el Real Decreto 1720/2004, de 23 de julio, por el que se establecen las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida. En particular, nos importa el Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo que afecta, precisamente, y desarrolla el art. 5.5 de la Ley 35/1988 –que coincide en su *ratio* con el art. 5.5 de la nueva Ley 14/2006–. Establece los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y regula la creación del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción asistida. Destaco que en su Exposición de Motivos señala, insistiendo en el anonimato del donante, que “... se pretende garantizar la confidencialidad de la información obtenida de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.5 de la Ley 35/1988”. La Orden de 25 de marzo de 1996, establece las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones, también en relación a la confidencialidad, ya en su Exposición de Motivos afirma que regula el mencionado Registro “... a fin de garantizar que su actividad se desarrolle bajo las máximas garantías de exactitud, integridad, puntualidad y confidencialidad” y en el punto Decimocuarto.2 señala que “Previamente a la petición de inscripción de los archivos en la Agencia de Protección de Datos, se dispondrá de protocolos de protección de la confidencialidad de los archivos y comunicaciones informáticas...”.

simple lectura de este apartado, pensarse en un anonimato absoluto, sin embargo, como se observa a continuación, el anonimato puede calificarse de relativo, porque el art. 5.5 de la Ley admite excepciones, como se verá.

Pienso que puede considerarse que con la reproducción asistida se produce una excepción a ese derecho de conocer el origen biológico³⁷, al menos, en términos generales y, sin perjuicio, insisto, de las excepciones que el propio art. 5.5 de la Ley contempla, no puede olvidarse que se ha pretendido su inconstitucionalidad, no sólo de la Ley sino, y en particular, de este art. 5.5, y no ha prosperado; sin perjuicio del importante sector doctrinal que mantiene opiniones encontradas, llegando algunos, incluso, a afirmar su inconstitucionalidad, declaración que, como señala LASARTE ÁLVAREZ³⁸, técnicamente hablando, debe quedar reservada a la competencia del Tribunal Constitucional y no a la apreciación subjetiva de los estudiosos, por muy fundada que se encuentre su opinión.

Si, desde todos los ámbitos, se ha proclamado el derecho constitucional a conocer el propio origen biológico –Cf., *ad exemplum*, art. 39.2 *in fine* CE y art. 767.2 LEC- y ratificado por la trascendental STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944) que proclamó que “La coincidencia entre la filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales” –Cf. FD Quinto-³⁹. Considero que procede acudir a una interpretación sociológica de las normas y atender a “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” y, además, finalista o teleológica “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas” interpretaciones que permite el art. 3.1 CC requeridas por los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y, en especial, en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología que han posibilitado el cumplimiento de determinados fines, entre otros, el desarrollo y utilización de las técnicas de reproducción asistida

³⁷ LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 123 y 143. El autor estima que “... la verdad biogenética *prius* de la reforma de la filiación, de 1981, encuentra su excepción en el fenómeno de la reproducción humana asistida...”.

³⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, t. VI, Derecho de familia, Barcelona, Pons, 2002, p. 341.

³⁹ Sentencia que consideró inaplicables, por derogación de la cobertura legal, los arts. 47. I de la Ley de Registro Civil (RCL 1957/777) y los arts. 167 y 182 del Reglamento (RCL 1958/1957) y se refiere, el fallo del Alto Tribunal -FD Quinto- a la inconstitucionalidad sobrevenida, en el particular, que permite interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre, la circunstancia registral de la maternidad.

como alternativas a la esterilidad de la pareja. Por lo señalado, a mi juicio, no estimo transpolable el citado derecho a conocer el origen biológico, al menos en términos absolutos, a la nueva realidad a la que nos enfrentamos: filiación resultante de una reproducción asistida heteróloga –IAD (inseminación artificial con semen de donante)- que nace como consecuencia de presupuestos distintos de las otras formas de filiación.

La STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999/116 [Ponente: D. Pablo García Manzano]) declaró, entre otras cosas y para lo que aquí importa, que el art. 5.5 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que corresponde al art. 5.5 de la actual Ley 14/2006, al defender el anonimato del donante, no es inconstitucional. Destaco, sobre todo, cinco puntos que considero esenciales; los cuatro primeros se infieren del FJ 15 y el quinto, del FJ 13⁴⁰. Veamos:

1. °.- La finalidad de la acción de reclamación o de investigación de la paternidad⁴¹.

A mi modo de entender el art. 39.2 *in fine* de la constitución no tiene la simple finalidad de conocer un origen sino que trasciende a las consecuencias: responsabilidad que debe asumir el que voluntariamente llegó a ser padre y se comporta como tal y debe, además, interpretarse, el citado precepto, sistemáticamente –Cf. art. 3.1 CC- “en relación con el contexto”: el derecho de los hijos a una protección integral –Cf. art. 39.1 CE-; y el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o *fuera del matrimonio* (la cursiva es mía) –Cf. art. 39.3 CE-,

⁴⁰ Cf. ROCA SASTRE, E., “Embriones, padres y donantes. La constitucionalidad de la Ley 35/1988, de reproducción asistida humana, según la STC 116/1999”, *Revista Jurídica de Cataluña* (2) 2000, pp. 426 y ss.

GARCÍA VICENTE, J. R., en: “Los principios del Derecho de las acciones de filiación”, *Aranzadi Civil. Parte Tribuna*, (BIB 2004/480), califica la STC 116/1999 de “decepcionante”.

⁴¹ Señala el Tribunal Constitucional que:

“Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de 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 su causa de lo dispuesto en el último inciso del artículo. 39.2 de la Constitución”.

interesa, pues, que el padre, aunque no sea biológico preste tal asistencia y asuma responsabilidades.

2.º.- El tipo de anonimato que defiende la Ley 35/1988: es el "anonimato relativo"⁴².

En efecto, como destaco en el apartado que se refiere a la colisión de intereses entre el derecho al anonimato y el derecho a la salud del receptor, el art. 5.5, apartados 2 y 3, Ley 14/2006, como la anterior Ley 35/1988, protege suficientemente, a la vez que el anonimato, el derecho a la vida y a la salud del donatario.

3.º.- La base racional de la cautela del anonimato⁴³.

Si, precisamente, se acude a la inseminación artificial con semen de donante (IAD) es para reclamar la colaboración de esas terceras personas, donantes. Y como reconocía la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 "La colaboración de donantes de material reproductor en la realización de estas técnicas supone la incorporación de personas ajenas a las receptoras y a los varones a ellas vinculados en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entredicho cuestiones del máximo interés relacionadas con el Derecho de Familia, la

⁴² Que resulta constitucional para el Tribunal ya que:
"Ha de señalarse, en primer término, que el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional, 'en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto'. Asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas de reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos".

⁴³ Considera en este punto, el Tribunal que:
"[...] los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de coonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [orientadas -debe nuevamente recordarse- a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (artículo 1.2 de la Ley)] [...]".

maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión; es necesario, por lo tanto, establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con hijos así nacidos". Creo que no serían muchos los que se prestasen a ser donantes si se les hace responder de esa generación... o, simplemente, no les interesa que se conozca su identidad... otra cosa es que presten su consentimiento para asumir todas las obligaciones derivadas de su "paternidad"; otra posibilidad sería la admisión de conocimiento del donante; pero sin que surjan las responsabilidades propias de la filiación, incluidas, por supuesto, las sucesorias...

4.º.- La defensa de la intimidad del donante. Esta es otra de las razones que argumenta el Tribunal para declarar la constitucionalidad del art. 5.5 de la Ley 35/1988⁴⁴.

Se produce la colisión del derecho a la intimidad del donante con el derecho a conocer el propio origen, el primero es derecho fundamental, y, además, se protege el derecho a la vida y a la salud del concebido mediante estas técnicas -Cf. art. 5.5.2.º y 3.º, Ley 14/2006.

5.º.- Y, por último, se cuestiona ¿quebra la garantía constitucional del instituto de la familia?. Los recurrentes habían imputado a la Ley dicha quebra⁴⁵.

Adviértase que considera el Tribunal Constitucional, STC 32/1981, de 28 de julio (RTC 1981/32) que la garantía institucional supone la voluntad del constituyente de la preservación de una institución en términos

⁴⁴ Y a continuación del párrafo transcrito en el apartado anterior estima:

"...con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones -desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación- puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo".

⁴⁵ Sin embargo, el Tribunal Constitucional decidió que:

"[...] sin negar que la Constitución garantiza el instituto de la familia y, por ende, la existencia de un 'reducto indisponible o núcleo esencial' del mismo (STC 32/1981 [RTC 1981/32], fundamento jurídico 3.º, últimamente reiterado en las SSTC 40/1998 [RTC 1998/40] y 109/1998 [RTC 1998/109])... no es menos cierto que el concepto constitucional de familia posee perfiles notoriamente más amplios que los considerados como tales por los diputados recurrentes..."

reconoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar –FJ 3.º-⁴⁶.

Piénsese en los hijos adoptivos que se integran y constituyen una familia, aunque sus padres legales no se correspondan con los biológicos y como señala el Tribunal Constitucional –STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999/116), en este fallo que estamos analizando y en su FJ 13.º -: “[...] como es normal y arraigado en nuestra cultura, la noción constitucional de familia incluye relaciones sin descendencia (STC 222/1992, fundamento jurídico 4.º)”.

Un sector doctrinal defiende, en general, la decisión que adoptó el Tribunal Constitucional: en este sentido ROCA SASTRE al declarar que “[...] sea como sea, el ajuste de la Ley a la Constitución resulta plenamente aceptado” y afirma que con el sistema introducido en la ley y aceptado por el Tribunal Constitucional se protege el derecho a conocer el propio origen de un ser que aún no ha adquirido la personalidad y, por ello, no es aún titular de los derechos fundamentales, con la protección de un derecho fundamental efectivo: el de la intimidad del donante⁴⁷.

V. Los conflictos de intereses derivados de la interpretación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

El primer conflicto de intereses que aparece en esta problemática ocurre: entre el derecho a la intimidad del donante de gametos y el dere-

⁴⁶ Antes de llegar a esa conclusión, el Tribunal Constitucional estima, en esta Sentencia, que el orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Considera que las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional. Adviértase que esta Sentencia se refería a la Provincia. El Tribunal Constitucional en esta Sentencia estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 6/1980, de 17 de diciembre: transferencia de las Diputaciones catalanas a la Generalidad. También la STC 51/2004, de 13 de abril (RTC 2004/51) dispone que la autonomía local consagrada en el art. 137 CE se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales del autogobierno de los entes locales territoriales.

Se utiliza el término “garantía institucional” de acuerdo con la sistematización llevada a cabo por C. SCHMITT: “*Verfassungslehre*”, 1928, pp. 170 y ss.

⁴⁷ Vid.: ROCA SASTRE, E., “Embriones, Padres y Donantes. La Constitucionalidad de la Ley 35/1988, de reproducción asistida humana, según la STC 116/1999”, *Revista Jurídica de Cataluña* (2), p. 432.

cho del hijo a conocer el propio origen biológico. Cuenta el donante con el mandato legal del art. 5.5.1.º de la Ley 14/2006 que le garantiza el anonimato –salvo casos extraordinarios, y, en algunos supuestos incluso extremos no se podría revelar tampoco la identidad –Cf. art. 5.5.2.º– o si revelarse la identidad, excepcionalmente –art. 5.5.3.º–. Sin perjuicio de la protección que le depara la Constitución cuando al amparo del art. 18.1 tiene derecho a que se le garantice su intimidad, derecho a la intimidad que tiene como sujeto activo a la persona individual y como sujeto pasivo tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos⁴⁸, luego, los Bancos respectivos de semen y el Registro Nacional de Donantes no podrían facilitar información alguna⁴⁹. Frente a este derecho fundamental se alza el que se ha denominado derecho del hijo a conocer su origen biológico. No olvidemos que en nuestro Derecho rige el principio de búsqueda de la verdad real, de la verdad biológica, consecuencia de la proclamación por nuestra Constitución en el art. 39.2 *in fine* que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad” –Cf. art. 767.2 LEC–. Entonces, si no se le reconoce este derecho a conocer el origen al nacido de una reproducción asistida, se vulnerarían preceptos tan relevantes como el art. 14 CE, discriminación que comprende tanto la cometida por órganos estatales como por personas privadas, y cohonestando el citado precepto con el art. 39.2 CE al referirse a la protección por los poderes públicos a los hijos “iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” –Cf. art. 108.2 CC⁵⁰.

⁴⁸ Cf. SERRANO ALBERCA, J. M. ^a, *Comentarios a la Constitución* (Dirigidos por GARRIDO FALLA, F.), Madrid, Civitas, 1980, p. 233.

⁴⁹ El art. 5.5 de la Ley 14/2006 –como con anterioridad la Ley 35/1988–, reguladora de las técnicas de reproducción asistida humana, defiende, con alguna excepción relevante y extraordinaria, el anonimato de los donantes; se refuerza en el RD 412/1996, de 1 de marzo que desarrolla el artículo citado y por la Orden de 25 de marzo de 1996 cuando se refiere a los “protocolos de protección de la confidencialidad”, de los que se dispondrá, previamente a la petición de inscripción de los archivos en la Agencia de Protección de Datos. *Vid.*: LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, que sanciona como infracción grave, la vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal incorporados a ficheros que contengan... un conjunto de datos de carácter personal suficiente para obtener una evaluación de la personalidad del individuo –Cf. art. 44.3 g)–. Cf., además, arts. 197-201 CP, en el Libro II, Título X, Capítulo Primero del Código Penal: *Del descubrimiento y revelación de secretos*.

⁵⁰ Cf. GÁLVEZ MONTES, F. J., *Comentarios a la Constitución* (Dirigidos por GARRIDO FALLA, F.), Madrid, Civitas, 1980, p. 184.

El segundo conflicto de intereses se estructura: entre el derecho a obtener información y el derecho a la intimidad, anonimato u ocultación, en este sentido destaco la STSJ-NAVARRA de 18 de enero de 2002 (JUR 2002/87147) centrada en la cuestión de los derechos fundamentales y las libertades públicas, en concreto, comprende el conflicto entre: el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20 CE) y el derecho de la madre biológica a omitir en la inscripción del nacimiento sus datos de identidad. Se resuelve concluyendo que "... cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética" – FD Segundo-. Además, el art. 105 b) CE dispone que la ley regulará: "El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, *salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*" (la cursiva es mía). Y aquí está la excepción: "la intimidad de las personas"⁵¹.

El tercer conflicto de intereses o colisión que se produce es: entre el citado derecho a la intimidad del donante y el derecho a la salud del concebido por medio de estas técnicas. Pero piénsese que mediante estas técnicas se está "curando" una posible esterilidad de los padres que acuden a un donante; la contrapartida no puede ser revelar su identidad con carácter absoluto y sin límites. El derecho a la intimidad está reconocido en el art. 18 CE, Capítulo Segundo, *Derechos y libertades*, del Título I, De los derechos y deberes fundamentales, en el núcleo de los derechos fundamentales. El derecho a la protección de la salud, aparece en el art. 43.1 CE, también en el Título I; pero en el Capítulo Tercero, *De los principios rectores de la política social y económica*; con todas las consecuencias que esta colocación de normas en la Carta Magna comporta. Ahora bien creo que debe entrar también en juego el art. 15 de la Constitución, derecho a la vida, para cohonestarlo con el art. 43.1, y ese art. 15, sí está situado, también en el núcleo de los derechos fundamentales y deberá respetarse su contenido esencial, art. 53.1 CE.

⁵¹ Adviértase como el art. 105 b) CE excepciona del acceso a los archivos y registros, también, además de los casos en que se afecte a la intimidad de las personas, el supuesto en que "afecte a la seguridad y defensa del Estado", pues bien, el art. 5.5.3.º, después de establecer el anonimato del donante, admite que excepcionalmente podrá revelarse la identidad del donante cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales: siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto.

La mejor forma de salvar este tercer conflicto de intereses es acudir a la propia Ley y observar que el tipo de anonimato que proclama permite compatibilizar el derecho a la intimidad del donante con el derecho a la salud del nacido por medio de estas técnicas. En efecto, la Ley 14/2006 defiende el anonimato de los donantes; pero no lo hace de manera absoluta, de tal forma que puede hablarse de un "anonimato relativo", ya que el art. 5.5, después de declarar que la donación será anónima, párrafo 1.º, en el párrafo 3.º dispone que "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". Procede la confrontación de esta precepto concreto con el art. 8, apartado 3.⁵². Adviértase, que en este párrafo 3.º del art. 5.5 sí se admite la posibilidad de conocer la "identidad" personal del donante, que se reconoce, como se ve, sólo excepcionalmente. Sin embargo, del párrafo 2.º del art. 5.5 parece deducirse que admite la accesibilidad sólo a datos biogenéticos del donante, no a su identidad: "Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identi-

⁵² Dispone el apartado 3.º del art. 8 que "La revelación de la identidad del donante en los supuestos en los que proceda con arreglo al art. 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación". En relación con este apartado 3.º del art. 8, si bien a la luz de la Ley 35/1988; pero que nos sirve, igualmente, como valioso comentario al art. 8.3.º de la Ley 14/2006, por tener idéntica redacción, PANTALEÓN PRIETO, F., en su artículo: "Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida", en el libro: *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1989, pp. 669 y 670, declara que diga lo que quiera el art. 8.3 de la Ley, podrá también el nacido fruto de una fecundación artificial heteróloga (IAD) [el semen no procede del varón de la pareja, sino de un tercero, a través de los Centros autorizados que la propia Ley regula] reclamar con éxito durante toda su vida (art. 133.I CC) la paternidad de aquél, con todas las consecuencias personales y patrimoniales que ello conlleva, si se trató de una fecundación realizada sin el consentimiento eficaz del marido -que, por ello impugnó su paternidad con éxito- o del compañero *more uxorio* de su madre -que por ello, no se avino a reconocerle-. El Profesor PANTALEÓN reconoce, entonces, que el donante del semen cuya paternidad haya sido reclamada con éxito, podrá exigir al Centro, Banco o médico, responsabilidad civil por los daños y perjuicios que le reporte quedar cargado con los deberes a aquélla inherentes, salvo que haya asumido voluntariamente el riesgo correspondiente.

dad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones⁵³.

VI. La relevancia de la posesión de estado y las técnicas de reproducción asistida

Otra de las discordancias que podemos encontrar entre una filiación por naturaleza y una filiación resultante de las técnicas de reproducción asistida humana está en la relevancia que la denominada posesión de estado tiene en uno u en otro tipo de filiaciones. Veamos, el art. 767.3 LEC, que tenía su equivalente en el derogado art. 135 CC, para la acción de determinación de la filiación, regula una serie de pruebas indirectas o presunciones judiciales y preceptúa: "Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo". Destaco para lo que interesa a este estudio, la *posesión de estado*, que es, en ocasiones, un requisito para el ejercicio de la acción -Cf. arts. 764,1 LEC y 113, 131, 132, 133, 137.3, 140 CC-, y debe entenderse de la manera concebida por los tribunales⁵⁴. Así, la SAP-PONTEVEDRA de 31 de enero de 2002 (JUR 2002/99116), resume de modo eficiente la doctrina de la Sala Primera -Civil- del Tribunal Supremo que, con doctrina reiterada, sostiene que por posesión de estado debe entenderse aquella relación del hijo con el padre (o madre, en su caso), en concepto de tal hijo (*nomen* -ser designado como "hijo"-, *tractatus* -ejercicio de la autoridad parental, prestación de

⁵³ Nótese que el art. 129.2 del Código de Familia de Cataluña -Ley 9/1998, de 15 de julio- dispone que "El adoptado o adoptada puede solicitar, en interés de su salud, los datos biogenéticos de sus progenitores. También pueden hacerlo los adoptantes mientras el adoptado o adoptada es menor de edad".

⁵⁴ Obsérvese, en relación con el art. 133.1 CC, que la STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005/273) -a la que me he referido en el apartado III de este estudio- ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el citado precepto, al considerar que la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción -Cf. FJ 7-. Nótese que la STC 52/2006, de 16 de febrero (RTC 2006/52) realiza una remisión "in totum" a la doctrina sentada en la STC 273/2005. Cf. el art. 104.2 del Código de Familia de Cataluña, Ley 9/1998, de 15 de julio.

alimentos...- y *fama o reputatio* –reputación social-) manifestada por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública⁵⁵.

Considero que la consecuencia inmediata de lo señalado es que el donante únicamente aportante del material genético –en la fecundación asistida heteróloga: inseminación artificial con semen de donante (IAD) y no con semen del marido o del varón de la pareja (IAC)-, nunca podrá acreditar la filiación por la posesión de estado, no podrá declararse la filiación que resulte de la posesión de estado –Cf. arts.: 113 CC y 767.3 LEC-, el que sí podría llegar a acreditarlo sería el marido o varón de la pareja, que es el que realmente se está comportando como padre. Obsérvese como la STS de 10 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8284) reconoce que, en el supuesto de autos, ha existido posesión de estado: "... pues ha habido una actuación ininterrumpida y reveladora de la *libre voluntad* del padre de prestar asistencia, cuidado y compañía a la actora a través de actos continuados y públicos y de carácter personal..." (la cursiva es mía). Esa trascendencia que se otorga a la "libre voluntad", no la encontramos en los supuestos de generación resultante de la reproducción asistida. Como estima, acertadamente LACRUZ BERDEJO que se refiere a la falta de elección de *partenaire*, tanto por parte de la mujer como, más singularmente, por parte del donante, y teniendo en cuenta además "la nula relevancia de la voluntad" de éste, resultaría absurdo cargarle con las consecuencias de la procreación⁵⁶. En este orden de consideraciones estima LLEDÓ YAGÜE que la verdad biológica encuentra su restricción en la consolidación y estabilidad de la relación familiar constantemente mantenida, es decir, por la propia posesión de estado que acredita la filiación, *ad hoc*, cual título de legitimación (art. 113 CC). Como observa: quien actúa constantemente como padre no es a la sazón simultáneamente progenitor, luego, dice, la manera de reforzar la figura social del padre es a través del concepto jurídico de la posesión de

⁵⁵ Explícita resulta la SAP-MADRID de 21 de mayo de 2003 (JUR 2003/189159) que en el FD Quinto recuerda que los elementos clásicos integradores de la posesión de estado son: el "nomen" (uso habitual y constante de los apellidos del supuesto progenitor), "tractatus" (comportamiento continuado y afectivo del padre hacia el hijo, traducido en alimentación, educación y asistencia económica y moral, y no en esporádicas atenciones) y la "fama" o "reputatio" (proyección de la aparente relación paterno-filial sobre el entorno y círculo social).

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., "La Constitución y los hijos artificiales", *Actualidad Civil*, 1987-2, p. 2035.

estado, que no predica por excelencia una coincidencia entre la realidad genética y la realidad legal o registral, sino que, por el contrario, potencia, ampara y protege el grupo, o unión familiar, en la que la relación paterno y materno-filial comparta este comportamiento ininterrumpido para con el hijo de carácter permanente⁵⁷.

VII. A modo de recapitulación

Destaco, a modo de conclusiones recopilatorias y como puntos de “desencuentro” entre los diferentes tipos de filiación, especialmente dos que a mi juicio presentan suficiente relevancia. A saber: por una parte, el derecho constitucional a conocer el propio origen biológico –Cf. art. 39.2 CE y 767.2 LEC- en la filiación por naturaleza y en la adoptiva⁵⁸ frente a la constitucionalidad del derecho al anonimato, a la confidencialidad, de los donantes de gametos, en la filiación resultante de las técnicas de reproducción asistida –Cf. art. 5.5, Ley 14/2006, con el mismo criterio que la anterior Ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción humana asistida y STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999/116)-. Por otra parte la coincidencia que se observa y produce entre la filiación real, biológica y la filiación jurídica es normal en la filiación por naturaleza, mientras que esto no ocurre en la filiación adoptiva ni en la filiación de los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida⁵⁹. También resalto la relevancia de la posesión de estado, como manera de reforzar la figura social del padre, en unos casos biológico, en otros adoptivo o padre, beneficiario de técnicas de reproducción asistida.

⁵⁷ LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988. El autor en esta monografía dedica un apartado a la “Revisión de los conceptos jurídicos de paternidad y maternidad en la fecundación humana asistida”, Cf., sobre todo, pp. 135-137 y 143. Como conclusión, entiende que ha de ser preferente el mantenimiento del círculo familiar en el que formalmente queda insertado el hijo y estima que la ley debe amparar, proteger y tutelar al/o a los que socialmente se hubiesen comportado como padre/es, aunque biológica y genéticamente no fueran el/la/los progenitores. *Ad summam*, la posesión de estado adquiere una importancia decisiva en las técnicas de reproducción asistida humana.

⁵⁸ Se trata, como afirma la SAP-GUIPÚZCOA de 24 de febrero de 2005 (AC 2005/605), de que “los hijos encuentren a sus padres y los padres a sus auténticos hijos” –Cf. FD Tercero-.

⁵⁹ En este sentido, la STS de 28 de mayo de 1997 (RJ 1997/4326) estimó que la legislación del Estado demuestra que en ocasiones se separa el hecho biológico de la generación del vínculo de la paternidad y de las relaciones sexuales. Destaca el Tribunal que así se comprueba en la adopción y también en las leyes de reproducción asistida –Cf. FD Primero-.

Pero, así como ya he manifestado al principio de este estudio, son más los puntos de encuentro entre los diferentes tipos de filiaciones que los aspectos o puntos, muy concretos, que las separan. Por todos los pronunciamientos, destaco, como digno de mención, el mantenido por la STC de 4 de octubre de 2001 (RTC 2001/200) –Cf. FJ 4 c)–. Cuando estima que dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, más concretamente, dentro de la no discriminación por razón de nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación, de modo que deben entenderse absolutamente equiparadas éstas (ATC 22/1992, de 27 de enero)⁶⁰. Y directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación, se encuentra el mandato constitucional recogido en el art. 39.2 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (STC 67/1998, de 18 de marzo, FJ. 5).

El art. 108.1 CC es consecuente con los nuevos principios que informan la filiación, en el momento de la reforma, Ley 11/1981, de 13 de mayo, con pretensiones clasificatorias que, tal vez a la luz de la aparición y reconocimiento por nuestro legislador de nuevas categorías debería revisarse, me refiero a los hijos que no nacen “naturalmente” ni lo son por adopción, sino a los nacidos como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida humana –Cf. Ley 14/2006–. Tal vez, el art. 108 CC debería reconocer que “La filiación puede tener lugar por naturaleza, por adopción, o como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida...”. Pero con la redacción actual del art. 108 CC, a mi juicio, los hijos nacidos por medio de técnicas de reproducción asistida con semen de donante (IAD), y no del marido o varón de la pareja (IAC) deben considerarse como matrimoniales, se encuadrarían en la categoría de la filiación por naturaleza matrimonial -eso si ha habido consentimiento del marido y el nacimiento se produce dentro del matrimonio- o no matrimonial si nace fuera del matrimonio. La Ley

⁶⁰ Cf. SSTC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7), FJ 3.b; 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1978, de 18 de marzo, FJ 5, entre otras.

16/2006 –como antes lo hacía la Ley 35/1988-, reguladora de las técnicas de reproducción asistida humana, en su art. 8.1 califica de matrimonial al hijo nacido por consecuencia de tal fecundación asistida, incluso con semen de donante, siempre que hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso marido y mujer: “Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”. También al hijo nacido como consecuencia de una reproducción asistida post mortem se le considera matrimonial, en este sentido, el art. 9.2, Ley 14/2006, dispone que “... tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial...”.

Adviértase que la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña en su Preámbulo y al referirse a la estructura y contenido de la Ley reconoce que la filiación por naturaleza se regula específicamente en el título IV como referencia lo dispuesto en la Ley 7/1991, de filiaciones: “Se mantienen, en consecuencia, los principios rectores en los que se inspiró esta normativa y, por lo tanto... la inclusión, dentro de la filiación por naturaleza, de la que deriva de las técnicas modernas de fecundación asistida, comprendida la fecundación *post mortem*”⁶¹.

⁶¹ Cf.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Reproducción asistida *Post Mortem*”, *Aranzadi Civil* (BIB 2001/741). PIZARRO MAQUEDA, M. ^a J., “Fecundación *in vitro*, fallecimiento del marido y filiación”, *Aranzadi Civil*, núm. 42/2002 (BIB 2003/181).

El AUTO AP-LA CORUÑA de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001/183) deniega la autorización instada por doña Paloma R. P. para ser inseminada con el semen de su marido premuerto, se falta al cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley y se insiste en la imposibilidad de ser suplidos por el consentimiento de parientes o autorización judicial. En este sentido, vid., SAP-BARCELONA de 16 de septiembre de 2004 (JUR 2004/292813). Cf. AJPI-VALENCIA de 29 de octubre de 2004 (AC 2004/1983) que ha desestimado la inseminación con el semen de esposo fallecido al “no acreditarse su voluntad de descendencia para después de su fallecimiento. Por otra parte, la Dirección General acuerda desestimar un recurso gubernativo, interpuesto por la promotora del expediente, contra la negativa del encargado del Registro Civil de B. a practicar una inscripción de nacimiento. Así, la RDGRN de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2003/2453) declara la improcedencia de la inscripción en el Registro Civil y como filiación matrimonial, por el transcurso de más de trescientos días desde la disolución del matrimonio por fallecimiento del marido. Se trataba de un hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida y se aprecia la inexistencia de consentimiento expreso del marido.

Nótese que el art. 9 de la Ley 14/2006 dispone que “1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material

Se infiere de lo estudiado que en nuestro Derecho se defiende el derecho a conocer el propio origen biológico; pero también que una afirmación absoluta de tal derecho tiene su excepción en una nueva forma de filiación por naturaleza –matrimonial o no matrimonial– que es la derivada de la fecundación asistida heteróloga, con semen de donante y no del marido o varón de la pareja (IAD) y esto no implica que con el reconocimiento de un anonimato relativo –la Ley 16/2006 admite excepciones al anonimato del donante, art. 5.5– se desconozca el mandato constitucional del art. 39.2 *in fine* CE, que reconoce la libre investigación de la paternidad, ni tampoco el art. 14 CE, al declarar que los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación, porque estas normas constitucionales tienen una significación mucho más amplia y quieren como fin último el interés de los nacidos como consecuencia de cualquier tipo de filiación y la creación de un vínculo paterno-materno-filial. Además sin necesidad de la absoluta coincidencia entre la filiación legal y paternidad y maternidad biológica⁶².

A mi juicio, en este campo, de filiación resultante de la fecundación artificial y también en relación a la filiación adoptiva, lo más importante, y que en este caso emerge con fuerza, resulta ser la posesión de estado, entendida como una actuación interrumpida y reveladora de la libre volun-

reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento al que se hace referencia en el artículo 6.3 [constancia del consentimiento de manera fehaciente y con los requisitos de expresión libre, consciente y formal], en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado, en los 12 meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. 3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”

⁶² Cf. STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944) que sí dispone- FD Quinto-: “La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica han de ser totales ; pero considero que al estimar esto el Alto Tribunal no piensa, en modo alguno, en la filiación resultante de las técnicas de reproducción asistida, ni en la adoptiva.

tad del padre –sin necesidad de que lo sea biológico- de prestar asistencia, cuidado, compañía...⁶³

Los presupuestos de la filiación por naturaleza, resultante de una concepción por los que después serán padres y son progenitores y de la adoptiva y los de la filiación resultante de la inseminación artificial, con semen de donante son distintos. Así, destaco, la nula significación de la voluntad del donante en esta última. También resulta relevante la intercambiabilidad y aleatoriedad del material⁶⁴.

Estoy de acuerdo con la defensa de la falta de responsabilidad del donante por el mero hecho de ser progenitor. Piénsese en la ausencia de relación coital con la receptora del gameto fecundante. Y en el caso de que se permitiese de modo absoluto el conocimiento del donante una solución sería que de tal conocimiento no se derivaran responsabilidades como consecuencia de la filiación, ni personales, ni tampoco patrimoniales⁶⁵.

Un absurdo al que se podría llegar es observado por LACRUZ BERDEJO “[...] el donante podría ser padre de centenares o miles de hijos, responsabilidad que aun cuando se le impusiera carecería de toda eficacia por no poder el interesado hacer frente a ella”⁶⁶.

En ningún caso puede inferirse de lo estudiado que se defiende un anonimato absoluto del donante sino que considero que el anonimato relativo que se desprende del art. 5.5 de la Ley 16/2006 –y antes, de la Ley 35/1988- es suficiente al admitir importantes excepciones que garantizan derechos constitucionales tan importantes como la salud y la vida del re-

⁶³ Cf. STS de 10 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8284).

⁶⁴ En efecto, LACRUZ BERDEJO, J. L., en: “La Constitución y los hijos artificiales”, *Actualidad Civil*, 1987-2, p. 2035, defiende que “[...] padre, podría ser cualquiera de los donantes cuyos gametos están a disposición del consumidor –de la solicitante de concepción o maternidad- en el centro correspondiente. La mujer no pretende –por lo común- los gametos de una persona determinada, que entonces el caso sería otro”.

⁶⁵ Vid., LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, fundamentalmente, pp. 126, 135 y 143.

⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, p. 2035.

En relación con que alguien pueda ser padre de “centenares o miles de hijos” ha de advertirse que la Orden de 25 de marzo de 1996 (RCL 1996/1474) al establecer las “Normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones”, dispone en el punto Decimotercero los supuestos de “baja forzosa” de donantes y entre ellos los donantes que a) “Hubieren generado seis descendientes como hijos propios del donante o mediante el empleo de los gametos o preembriones donados”.

ceptor y así, a la postre se respeta otro derecho fundamental, el derecho a la intimidad del donante y posiblemente, también el de los padres que han tenido que acudir a estas técnicas y no desean que esto sea conocido.

Además me pregunto si no resultaría improcedente responsabilizar a un mero donante de gametos que, precisamente, ha contribuido, con su aportación, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 que regulaba las técnicas de reproducción asistida humana, “[...] a abrir expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad [...]”, en cierto modo, ha contribuido a mejorar la “salud reproductiva” de una pareja...⁶⁷.

En todo caso, incluso si se admite el conocimiento del donante esto no debe afectar a la relación paterno-materno-filial que es la que debe prevalecer frente al progenitor o aportante de gametos, no en vano, el art. 8.3 de la Ley 14/2006 dispone que “La revelación de la identidad del donante en los supuestos en los que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica, en ningún caso, la determinación legal de la filiación” y *mutatis mutandis* procede la aplicación del art. 180.4 CC “La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”, en el entendido de que el conocimiento del donante no afectará a la verdadera relación paterno-materno-filial, ni en las relaciones personales ni en las patrimoniales⁶⁸.

Un último argumento, verdaderamente pragmático para proteger el anonimato relativo –Cf. Art. 5.5 Ley 16/2006, en el mismo sentido que el art. 5.5 de la Ley 35/1988– es el utilizado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia que reconoció la constitucionalidad, en particular, y para lo que aquí nos importa, del art. 5.5 de la Ley 35/1988, referido al anonimato del donante, -artículo, que como he repetido tantas veces, conserva

⁶⁷ En este sentido, la actual Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, utiliza similar argumento a la Ley 35/1988, también en su Exposición de Motivos, a saber: “La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología...”.

⁶⁸ Cf. El art. 129.1 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña que dispone: “La persona adoptada, a partir de la mayoría de edad o emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido su padre y su madre biológicos, lo cual *no afecta a la filiación adoptiva*” –la cursiva es mía-. Norma que resulta digna de todo encomio por reconocer, directamente y sin tapujos, el derecho del hijo adoptado a conocer su propio origen biológico.

igual *ratio legis* que la reciente Ley 14/2006-, al considerar el Constitucional que la necesidad de obtener los materiales necesarios para producir las fecundaciones asistidas no sería posible de no admitir un anonimato en los términos que lo hace la Ley -anonimato que podría denominarse "relativo", por las excepciones que el citado art. 5.5 consiente-. En efecto, la STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999/116) en su FJ 15 -apartado 5.º- estimó que "[...] los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [...] con el derecho a la intimidad de los donantes [...]".