

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Julio-agosto
2018

Publicación bimestral

SUMARIO

TESTAMENTO OTORGADO POR PERSONAS QUE SUFREN DISCAPACIDAD PSÍQUICA O TIENEN SU CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE, por Cristina de Amunátegui Rodríguez, págs. 3-37

LA REPRODUCCIÓN MÉDICA ASISTIDA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA, por Carmen Sánchez Hernández, págs. 39-92

EL DERECHO FAMILIAR CUBANO Y LOS NUEVOS TIEMPOS: EL BRÍO JURISPRUDENCIAL, por Leonardo B. Pérez Gallardo, págs. 93-125

EL ANONIMATO DEL DONANTE EN LA PROCREACIÓN MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, por Marta Madriñán Vázquez, págs. 127-149

TABLE OF CONTENTS

WILLS DRAWN BY MENTALLY DISABLED INDIVIDUALS OR BY PERSONS WITH JUDICIALLY MODIFIED LEGAL CAPACITY, por Cristina de Amunátegui Rodríguez, págs. 3-37

MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: SPECIAL CONSIDERATION FROM THE PERSPECTIVE OF LEGAL CERTAINTY, por Carmen Sánchez Hernández, págs. 39-92

CUBAN FAMILY LAW AND THE NEW TIMES: BRIO JURISPRUDENCE, por Leonardo B. Pérez Gallardo, págs. 93-125

THE ANONYMITY OF THE DONOR IN PROCREATION THROUGH ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES, por Marta Madriñán Vázquez, págs. 127-149

FUNDADA POR

Felipe Clemente de Diego
José M.^a Navarro de Palencia
el 15 de octubre de 1913

CONSEJO DE REDACCIÓN

Eduardo Galán Corona
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca

Ana Díaz Martínez
Profesora titular de Derecho civil acreditada para Catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela

Isabel González Pacanowska
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Murcia

Javier Hualde Sánchez
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco

Miquel Martín Casals
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Gerona

Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alicante

Antonio Pau Pedrón
Registrador de la Propiedad de Madrid

Antonio B. Perdices Huetos
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL

Prof. D. Guido Alpa
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad «La Sapienza» de Roma

Prof. D. Hernán Corral Talciani
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de los Andes

Prof. Dr. Ewoud Hondius
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Utrecht

Prof. D. Bernhard A. Koch
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Innsbruck

Prof. Dr. Jean-Jacques Lemouland
Catedrático de Derecho Privado de la Universidad de Pau et des Pays de l'Adour

Pfra. Dra. Noemí Lidia Nicolau
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Rosario

Prof. Dr. Antonio Pinto Monteiro
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Coimbra

Prof. Dr. h.c. Reiner Schulze
Catedrático de Derecho Civil Alemán y Europeo de la Universidad de Münster

Prof. Dr. Matthias F. Störme
Catedrático de Derecho Mercantil y de la insolvencia ordinario de la Universidad Católica de Lovaina y extraordinario de la Universidad de Amberes

Prof. Dr. Simon Whittaker
Catedrático de Derecho Comparado Europeo de la Universidad de Oxford

DIRECTORA

Silvia Díaz Alabart

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid

SECRETARIA DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

M.^a Patricia Represa Polo

Profesora contratada doctora de la Universidad Complutense de Madrid

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

1. Los originales habrán de remitirse reseñando nombre y apellidos, profesión, domicilio, teléfono de contacto, correo electrónico y NIF de los autores.
2. Los trabajos, que se enviarán en soporte informático, no podrán superar las 50 páginas, escritos en Microsoft Word o en un formato compatible. Se acompañarán de un sumario y de un breve resumen (8 o 10 líneas) y de 4 u 8 palabras clave. Tanto el título del trabajo, como el resumen y palabras clave, se enviarán también traducidos al inglés.
3. Al final de cada trabajo se incluirá una bibliografía de las obras citadas en el trabajo ordenadas alfabéticamente.
4. Las notas, referencias bibliográficas, abreviaturas o subrayados, etc., se harán conforme es usual en publicaciones científicas.

Ejemplo de cita bibliográfica a pie de página:

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, T. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 120.

Los trabajos se enviarán a Editorial Reus, S.A.

C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid (España)

Tels. (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54

Fax: (34) 91 445 11 26

E-mail: reus@editorialreus.es

© EDITORIAL REUS, S. A.

C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid (España)

Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54

Fax: (34) 91 445 11 26

reus@editorialreus.es

www.editorialreus.es

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.

Ctra. Castellón, km 3,400

50013 Zaragoza

I.S.S.N.: 0034-7922

Depósito Legal: M 288-1958

EL ANONIMATO DEL DONANTE EN LA PROCREACIÓN MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

MARTA MADRIÑÁN VÁZQUEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6095-9609>

RESUMEN:

La verdad biológica, como principio rector del régimen de filiación, se ha visto dañada tras la aparición de las técnicas de reproducción asistida en aquellos casos en los que el material reproductor proviene de un donante, pues la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, prevé su anonimato, lo que genera un problema de difícil solución en el momento en que el nacido quiera ejercer su derecho a conocer quién es su progenitor. Ante tal situación, la norma atribuye a los hijos nacidos mediante estas técnicas el derecho a obtener información general de los donantes (art. 5.5 LTRA) con la única salvedad de garantizar la confidencialidad en torno a la identidad de estos. Surge entonces un conflicto entre el derecho a la intimidad de los donantes, previsto en el artículo 18 de la Constitución española y el derecho de los hijos a conocer sus orígenes. Llegados a este punto, nos preguntamos si resulta correcto privar al nacido de la posibilidad de conocer su origen, o lo que es lo mismo, si queda salvaguardado el derecho de los nacidos en estas condiciones a su identidad genética. Y es que la cuestión del anonimato del donante y su posible inconstitucionalidad constituye uno de los temas más complejos en el campo del Derecho de Familia.

Palabras clave: *donante; anonimato; reproducción asistida; filiación; intimidad; identidad genética; verdad biológica.*

THE ANONYMITY OF THE DONOR IN PROCREATION THROUGH ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES

ABSTRACT

The biological truth, as the guiding principle of the filiation regime, has been damaged after the appearance of assisted reproduction techniques. In such cases in where the reproductive material comes from a donor, Law 14/2006 May 26, Techniques of Assisted Human Reproduction, foresees the donor's anonymity; this generates a problem that is difficult to solve when the child wants to exercise his right to know who his or her parent is. Faced with this situation, the norm attributes to children born through these techniques the right to obtain general information from donors (article 5.5 LTRA) with the only exception

of guaranteeing confidentiality regarding their identity. Then arises a conflict between the right to privacy of donors, provided in Article 18 of the Spanish Constitution and the right of children to know their origins. At this point, we ask ourselves if it is right to deprive the born of the possibility of knowing its origin, or what is the same, if the right of those born in these conditions to their genetic identity is safeguarded. And, it is this, the question of the anonymity of the donor and its possible 'unconstitutionality' that constitutes one of the most complex issues in the field of Family Law.

Key words: donor; anonymity; assisted reproduction; filiation; privacy; genetic identity; biological truth.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.– II. CONFIDENCIALIDAD DE LOS DONANTES EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA: 1. Justificación de la confidencialidad.– 2. El anonimato del donante y su alcance.– III. EL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO: 1. Consideraciones generales.– 2. La verdad biológica de los nacidos mediante la utilización de las técnicas de reproducción asistida.– IV. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO.– V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El tema que aquí presento constituye, sin duda, una de las cuestiones más interesantes en el campo del Derecho de Familia, fundamentalmente por los conflictos que aquél suscita con otros derechos, especialmente con el derecho a la intimidad.

Como bien expone el profesor LASARTE, «Una de las claves de bóveda del sistema de reproducción asistida instaurado por la Ley 35/1988 viene representado por el principio del anonimato del donante (...), quien se limita a depositar su semen mediante un «contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado»¹.

La cuestión ya había sido planteada en el seno del Consejo de Europa donde

un Comité *ad hoc* de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas, publicado en 1989, enunció en el Principio número 13 lo siguiente²:

«El médico y el personal de un establecimiento que utilice las técnicas de procreación artificial deben preservar el ano-

² Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), 1989 (<https://rm.coe.int/09000016803113e4>, consultado el 7 de junio de 2018)

Principle 13:

«1. *The physician and the staff of the establishment using the techniques of artificial procreation shall maintain the anonymity of the donor and, subject to the requirements of the national law in legal proceedings, shall keep secret the identity of the members of the couple as well as the fact of artificial procreation. Where it is necessary in the interests of the child's health or for the purpose of genetic counselling, information on the genetic characteristics of the donor can be given.*

2. *However, national law may provide that the child, at an appropriate age, may have access to information relating to the manner of his or her conception or even to the identity of the donor».*

¹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil IV*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

animato del donante y, sin perjuicio de las disposiciones de la ley nacional en caso de procedimiento judicial, el secreto de la identidad de los miembros de la pareja, así como el secreto sobre la procreación artificial en si misma. En caso de necesidad en interés de la salud del hijo, puede suministrarse información acerca de las características genéticas del donante. Sin embargo, el derecho nacional puede prever que el hijo, a una edad apropiada, tenga acceso a la información relativa al modo de su concepción e incluso a la identidad del donante».

El citado principio proclama las posibles soluciones que se pueden mantener en torno al anonimato del donante, que en los países de nuestro entrono, oscilan desde leyes que permiten al hijo, si lo desea, conocer su identidad cuando alcance cierto grado de madurez³, a normas que, como la nuestra, prevén un anonimato relativo, de suerte que sólo se permite revelar la identidad del donante en supuestos excepcionales.

Partiendo del supuesto de reproducción asistida heteróloga, en la que los gametos son aportados por terceros, de modo que resultan involucrados los padres que tienen la voluntad de serlo y un donante ajeno, que sólo aporta las células sexuales a través de centros autorizados al respecto, y por último los hijos concebidos mediante estas técnicas; intentaré dilucidar, a lo largo del presente trabajo, si efectivamente existe un derecho a la identidad genética del menor, que ha sido procreado mediante las técnicas de reproducción asistida, o si por el contrario debe prevalecer el anonimato del donante.

En nuestro ordenamiento jurídico, la verdad biológica, como principio rector

del régimen de filiación, se ha visto dañada tras la aparición de las técnicas de reproducción asistida en aquellos casos en los que el material reproductor proviene de un donante de gametos o embriones, pues la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, siguiendo la misma línea que su predecesora del 1988, prevé en su articulado el anonimato del donante, lo que genera un problema de difícil solución en el momento en que el nacido quiera ejercer su derecho a conocer quién es su progenitor.

Ante tal situación, la norma atribuye a los hijos nacidos mediante estas técnicas el derecho a obtener información general de los donantes (art. 5.5 LTRA) con la única salvedad de garantizar la confidencialidad en torno a la identidad de estos. Surge así un conflicto entre el derecho a la intimidad de los donantes, previsto en el artículo 18 de la Constitución Española y el derecho de los hijos a la investigación de la paternidad, habida cuenta que el art. 39.2 CE, en virtud del cual todo español tiene derecho a conocer quién es su padre o su madre, en conexión con el artículo 10, el 14 e incluso con el 15 del mismo texto legal, fundamenta, en opinión de un importante sector doctrinal, este derecho.

Esta negativa a reconocer el origen biológico a los nacidos con gametos o embriones donados ha sido muy debatida por nuestra doctrina ya desde su primera regulación en 1988, siendo así que muchos autores consideran que esta previsión legal debería ser replanteada como ha ocurrido en muchos países de nuestro entorno⁴ y, como se replanteó en

³ *Vid.* Suecia, Ley sobre inseminación artificial, aprobada el día 22 de diciembre de 1984, art. 4.

⁴ Algunos países como Suecia han optado desde el principio por el no anonimato. Otros, como puede ser Reino Unido, Suiza, Austria, Noruega, Finlandia o los Países Bajos, han rectificado su normativa per-

su día en los supuestos de madre soltera y de adopción.

Dicho esto, nos preguntamos aquí si resulta correcto privar al nacido de la posibilidad de conocer su origen, pues por un lado se les permite la investigación de la paternidad, pero sin embargo se les priva de conocer la identidad de sus progenitores. Es decir, cabe plantearse si queda salvaguardado el derecho de los nacidos en estas condiciones a su identidad genética, si por ello se entiende el poder acceder a conocer a sus progenitores. Y es que la cuestión del anonimato del donante y su posible inconstitucionalidad constituye uno de los temas más complejos que plantea la reproducción asistida, respecto de la cual, a mi modo de ver, no se puede obviar el hecho de que en la procreación a través de las técnicas de reproducción asistida no se puede hablar de verdadera paternidad.

El punto de partida del trabajo que presento se encuentra en el carácter confidencial que la LTRHA otorga a la donación de gametos y preembriones y el alcance de dicha confidencialidad. A tal respecto, se procederá a un análisis tanto del carácter no absoluto del anonimato previsto por la ley como de la justificación de dicho carácter, lo cual es considerado esencial para poder llegar a concluir que, a mi parecer, no debe primar en estos casos la verdad biológica sobre el anonimato.

Acto seguido, y una vez delimitado dicho carácter, se procederá a analizar si efectivamente nuestro ordenamiento jurídico sanciona un derecho absoluto

mitiendo finalmente conocer la identidad de los donantes. (En tal sentido, *vid.* FARNÓS AMORÓS, E., «Derecho y reproducción asistida: nuevos retos treinta años después», *Treinta años de técnicas de reproducción asistida*, Barcelona, Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas, núm. 35, 2015, pp.83 y 84).

a la verdad biológica que pueda anteponerse al derecho de los donantes de gametos, ajenos al proceso, a que guarden su intimidad.

Por último, se procederá a considerar cómo se puede solventar el conflicto generado entre ambos derechos: identidad del niño e intimidad de los donantes.

II. CONFIDENCIALIDAD DE LOS DONANTES EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA

El anonimato o confidencialidad del donante constituye una de las cuestiones más polémicas planteadas por la fecundación asistida.

El artículo 5.1 LTRHA define la donación de gametos y preembriones como un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado».

Más allá de nuestra opinión en torno a la calificación de este hecho como un contrato⁵, quisiera puntualizar que su calificación como confidencial frente al texto de 1988 que lo consideraba un contrato «secreto» vino a solventar, en términos expresados por el profesor INIESTA DELGADO, las críticas vertidas en torno a tal calificativo por la antigua ley, toda vez que realmente no estamos ante un contrato secreto, que no deba desvelarse. Lo que debe ser ocultado, sin duda, no es la

⁵ En efecto, como manifiesta ROCA TRÍAS, la expresión no es nada afortunada, toda vez que la ley se sirve de un término patrimonial para referirse a una «actuación relacionada de forma exclusiva con los derechos de la persona, dado que, además, ni los gametos ni los embriones se encuentran dentro de las cosas que son objeto de contrato, por hallarse fuera del comercio de los hombres (art. 1271 CC)» (*vid.* ROCA TRÍAS, E., «Filiación asistida y protección de derechos fundamentales», *Derecho y salud*, vol. 7, enero-diciembre, 1999, p. 6).

existencia de dicho contrato, sino que «se impone la reserva en la publicidad de los datos del donante»⁶.

En tal sentido, e insistiendo en nuestras reservas sobre si nos encontramos o no ante un contrato, lo cierto es que tal confidencialidad no afecta tan sólo a los hijos nacidos bajo la utilización de estas técnicas, sino también a las receptoras de las técnicas, de suerte que estas no pueden conocer al donante ni participar en la selección y, por otro lado, los hijos nacidos, que no pueden acceder a la identidad de su progenitor biológico. En todo caso, ello no quiere decir que el donante sea desconocido, toda vez que la clínica sí conoce al donante y tiene su historial. Dicha confidencialidad, a diferencia de lo que ocurre en otros contratos, es indisponible para el donante cuya autorización para desvelar sus datos a la receptora o a los hijos nacidos carece de relevancia.

En definitiva, la confidencialidad expresada por la LTRA busca la salvaguarda de la intimidad de los donantes, receptoras e hijos. Para ello impide, no sólo que personas ajenas al proceso de reproducción accedan al ámbito estrictamente reservado de sus vidas, lo que vendría a denominarse confidencialidad externa; sino también a los sujetos intervinientes en un mismo proceso de preproducción, siendo la identidad del donante inaccesible para los usuarios de las técnicas y viceversa. Este último supuesto denominado confidencialidad interna, donde el donante será desconocido para la mujer que va a recibir el gameto o embrión concebido con gametos ajenos, para su pa-

reja y para el bebé que termine naciendo, es en el que centraremos nuestro estudio ya que es respecto de este que procede hablar de anonimato en la donación de gametos y preembriones.

En este sentido, no cabe duda de que la confidencialidad de las personas intervinientes en el proceso reproductivo resulta una exigencia incuestionable, consecuencia del derecho fundamental a la intimidad sancionado en el artículo 18 CE⁷. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de la conveniencia de mantener el anonimato del donante en el ámbito de las relaciones internas del proceso de reproducción asistida, tema este que ha sido arduamente debatido por nuestra doctrina, ya que no todos nuestros autores consideran adecuado imponer este anonimato, por entender que ello contravendría el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos.

Antes de adentrarnos en disquisiciones doctrinales en torno a un posible choque de derechos, analicemos un poco el anonimato referenciado, así como su alcance y justificación, pues entiendo que sólo así se podrá llegar a una conclusión al respecto.

Como se podrá observar en las líneas que siguen, la Ley 14/2006 siguiendo la línea de su predecesora, salvaguarda el derecho a la intimidad del donante frente al derecho del hijo a conocer su origen biológico. El anonimato del donante ha sido

⁶ INIESTA DELGADO J.J., «Comentario al art. 5 LTRHA», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, dir. COBACHO GÓMEZ, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, p. 142.

⁷ En contra *vid.*, entre otros, PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Contra la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988, p. 32; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. («Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida», *Revista de Derecho Político*, núm. 26, 1988, p. 105), quien considera que el derecho a la intimidad no puede amparar situaciones que impidan el ejercicio de otros derechos reconocidos también por nuestra Constitución.

avalado por el propio Tribunal Constitucional al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por 63 diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre por entender que el art. 5 que sanciona la confidencialidad resulta incompatible con el art. 39.2 CE conforme al cual la Ley posibilitará la investigación de paternidad⁸. Todo ello sin perjuicio de que tanto la ley como, más concretamente el art. 5.5 de la misma, haya sido calificada por algunos autores de inconstitucional pese a que, como bien apunta el profesor LASARTE ÁLVAREZ⁹, una declaración en tales términos debe quedar reservada a la competencia del Tribunal Constitucional y no a la apreciación subjetiva de los estudiosos, por muy fundada que pudiera encontrarse su opinión.

El derecho a la intimidad del donante, que constituye uno de los argumentos esenciales utilizados por el Tribunal Constitucional para desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra esta ley, ha sido criticado por algunos autores al considerar que, si bien al donante no se le niega la titularidad de este derecho como persona física que es, no debe admitirse en su faceta de donante de gametos. A tal efecto se considera un exceso y un abuso que la intimidad pueda servir para impedir ser conocido por sus descendientes, sobre todo si se tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico español no reconoce un derecho incondicionado ni absoluto a la intimidad¹⁰.

1. JUSTIFICACIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD

A diferencia de lo ocurrido en otros países de nuestro entorno, en España, desde la promulgación de la primera LTRHA, el anonimato del donante sigue siendo una constante para nuestro legislador quien, pese a que la tendencia actual vaya en sentido opuesto, lo sigue manteniendo y garantizando, eso sí, con carácter relativo.

La confidencialidad plasmada en la LTRHA busca por un lado evitar que tanto el donante como la receptora y su pareja, si la tuviera, lleguen a conocerse. Pero la finalidad principal por la que se establece este deber de secreto radica en impedir cualquier posible relación entre el donante y el niño nacido a través de estas técnicas.

A la luz de lo establecido en la LTRHA cabe plantearse en primer lugar si efectivamente existe un derecho a la intimidad genética, o lo que es lo mismo, si está reconocido el derecho a «determinar las condiciones de acceso a la información genética»¹¹. En tal sentido partimos del hecho de que nuestra Constitución garantiza, junto con el derecho al honor y a la propia imagen, el derecho a la intimidad. No olvidemos que el derecho a la intimidad, al igual que el derecho a la integridad moral son derechos fundamentales, proclamados y reconocidos por los artículos 18 y 15 respectivamente CE, los cuales a mi juicio, y en total coincidencia con la profesora CÁMARA ÁGUILA, deben

⁸ Cfr. STC de 17 de junio de 1999 (RJA, núm. 116).

⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., ob. cit.

¹⁰ DURÁN RIVACOBBA, R., «Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma», *Ius et Praxis*, núm. 1, 2010, pp. 51 y 52. Alude en

este sentido a los artículos 2 y 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

¹¹ ROMERO COLOMA, M.^a A., «El derecho a la identidad genética», *Revista de Derecho de familia; Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 27, 2003, ed. digital, www.elderecho.com

prevalecer frente al derecho a conocer la identidad del donante, como vía esencial y necesaria para la consecución del libre desarrollo de la personalidad del individuo, cuya importancia será cuestionada en el epígrafe siguiente¹².

Siguiendo esta línea, varias son las razones manifestadas por el TC en la citada sentencia que justifican o avalan lo expresado *supra* y que intentaré resumir en los párrafos que siguen, pues sólo entendiendo estas se puede llegar a considerar si el deber de secreto debe o no de ceder ante el posible derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos¹³.

Partimos, para ello de la base de que el anonimato no pretende en modo alguno evitar una posible y no deseada determinación de la paternidad. No se puede negar que la confidencialidad dificulta una hipotética pretensión de determinación de la filiación respecto del donante, sin embargo, no es necesario recurrir a la misma para conseguir tal fin, pues la propia ley garantiza expresamente la ausencia o imposibilidad de determinación de la filiación en dichos supuestos¹⁴.

Tres son las razones que, a juicio del TC, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra esta Ley, justifican la protección de la identidad del donante:

Se debe partir, en primer lugar, de la base sobre la que parten los recurrentes

¹² Cfr. CÁMARA ÁGUILA, P., «Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de reproducción asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, enero-diciembre 1999, p. 143.

¹³ *Vid.*, al respecto, INIESTA DELGADO, J.J., *ob. cit.*, pp. 144 y ss.

¹⁴ Art. 8 LTRHA: «Determinación legal de la filiación:

3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación».

del art. 5.5 LTRHA, quienes consideran que la norma es inconstitucional por atentar contra el artículo 39.2 CE cuyo tenor dispone que: «La Ley posibilitará la investigación de la paternidad». Coincido en este punto con la profesora GÓMEZ SÁNCHEZ por cuanto considera, en pro de la igualdad, que debe procederse a una interpretación amplia del término paternidad entendiendo incluido dentro del mismo también la maternidad pues de este modo la redacción de la norma constitucional sería más acorde con la nueva realidad¹⁵.

En respuesta a dicha consideración dispone el TC que «la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad». Ahora bien, si partimos de la base de que la investigación de la paternidad lo que busca es la determinación de la relación paterno filial, podemos afirmar que tal supuesto no procedería¹⁶.

¹⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *ob. cit.*, p. 104.

¹⁶ FJ 15: «La Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el art. 39.2 CE, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad.

No es este el caso de la previsión contenida en el art. 5.5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a construir, 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 al eventual reclamación, con esta concreto y limitado alcance en un ámbito distinto al de acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución».

A partir de lo expuesto, considera el TC en segundo lugar, que la protección de la identidad del donante no supone una desprotección de los hijos, ya que, tal como se ha manifestado, el anonimato del donante establecido por la Ley tiene un carácter relativo, de suerte que dicha protección cederá ante el interés superior del niño en aquellos casos en que concurren circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para su vida. Además, el inciso segundo del art. 5.5 permite a los hijos obtener información general de los donantes exceptuando su identidad.

A mi juicio, la razón fundamental que justifica la necesaria confidencialidad del donante, y así lo considera el TC en la resolución del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra esta Ley, radica no sólo en la protección del derecho a la intimidad de los donantes, sino en la propia viabilidad de las técnicas de reproducción, pues sólo así se contribuye a favorecer el acceso a las mismas. Efectivamente, resulta lógico considerar que lo contrario disuadiría a la mayor parte de los donantes complicando la obtención del material reproductor necesario para llevar a cabo este tipo de técnicas de modo que la finalidad perseguida por la LTRHA, que no es otra que combatir la esterilidad, resultaría frustrada y que, sin duda a mi parecer deben prevalecer sobre el eventual derecho del hijo a conocer la identidad del donante¹⁷. En el mismo sentido se manifiesta la STC 116/1999, quien justifica el carácter anónimo con el objeto de *«favorecer el acceso a estas*

técnicas de reproducción humana artificial (...) que por diversas razones —desde culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación— puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo».

Debe considerarse además que el desconocimiento de la identidad del donante y la consecuente imposibilidad de contacto entre este y el niño, resulta esencial para evitar posibles problemas afectivos que podrían derivarse tanto para el hijo como para la familia de la que forma parte, así como para el donante¹⁸.

2. EL ANONIMATO DEL DONANTE Y SU ALCANCE

Se habla de anonimato en el sentido de que la LTRHA, en su artículo 5 y por remisión el art. 8.3, garantiza la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes, tanto por los bancos de gametos como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyen.

En tal sentido el art. 18.3 LTRHA establece el deber de los equipos médicos de recoger en una historia clínica todas las referencias sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para proceder a la realización de la donación o de las técnicas, de suerte que los datos de las historias, exceptuando la identidad de los donantes, se pondrán a

¹⁷ Vid., entre otros, RUIZ SÁENZ, A., «El contrato de donación de gametos y preembriones en la legislación española sobre técnicas de reproducción humana asistida», *Cuadernos Ibero-Americanos de Derecho Sanitario*, vol. 2, núm. 2, 2013, p. 796; CÁMARA ÁGUILA, P., ob. cit., p. 144.

¹⁸ En tal sentido se manifiesta INIESTA DELGADO, J.J., ob. cit., p. 145, que el anonimato evitaría temores tales como el que la posible injerencia de un extraño en la relación paternofamiliar pudiera provocar problemas psicológicos o de identidad en el niño, el miedo en los padres al rechazo del hijo o a que se descubra el problema de esterilidad, el pudor del donante ante la relación con el hijo o los padres o el temor a ser criticado en su entorno social.

disposición de la receptora y de su pareja, si la hubiera, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales, cuando al llegar la mayoría de edad así lo solicitaran. Ahora bien, ello no impide a las receptoras de los gametos y preembriones y a los hijos nacidos mediante estas técnicas, ya sea por sí o por sus representantes legales, obtener información general de los donantes, siempre y cuando esta no incluya su identidad, la cual sólo podrá ser revelada en casos excepcionales que se reducen a los supuestos en que exista algún peligro para la vida del hijo o cuando proceda conforme a las normas procesales penales¹⁹.

Así las cosas, no puede pensarse en que la Ley impone un anonimato absoluto, ya que esta contempla en su articulado diversas excepciones que pueden llevarnos a afirmar que dicho anonimato es relativo. En tal sentido aludimos al art. 5.5 LTRHA por cuanto 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».

¹⁹ En aras a tal garantía el art. 18.3 LTRHA impone el deber de los equipos médicos de recoger en un historial clínico, custodiado con la debida protección y confidencialidad, todas las referencias sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas. Así, todos los datos, a excepción de la identidad del donante se pone a disposición de la receptora y su pareja, si la hubiera, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales si, llegados a la mayoría de edad, así lo solicitaran

En estos términos, el TC ha dictaminado 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 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».

Además, tal como dispone el artículo 8.3 LTRHA, la revelación de la identidad, si finalmente tuviera lugar por cualquiera de las causas expresadas en el párrafo anterior, no implicará en modo alguno, la determinación legal de la filiación, de suerte que, una vez revelada la identidad del donante, ello no supondrá ninguna modificación de la relación paterno o materno filial establecida en su momento, ni desde el punto de vista personal ni patrimonial. Asimismo, la revelación tendrá carácter restringido, de modo que no se procederá a dar publicidad a la identidad de los donantes²⁰.

En relación con lo dicho, voces de nuestra doctrina han mostrado su disconformidad haciendo notar la parquedad de la regulación que la Ley prevé respecto de las excepciones aludidas por considerarlas insuficiente para que los

²⁰ *Cfr.*, RUIZ SÁENZ, A., ob. cit., pp. 154 y 155.

hijos nacidos bajo estas técnicas vean cumplido su derecho a la verdad biológica o, lo que es lo mismo, a su identidad genética. En tal sentido, consideran que la LTRHA ignora la extraordinaria importancia que el conocimiento de los orígenes biológicos de las personas tiene en orden a determinar su identidad como ser humano individual²¹.

En atención a lo expresado *supra*, dado que el anonimato que la Ley trata de preservar no constituye una imposibilidad absoluta de determinar su identidad, entiende el TC en la sentencia que citamos a lo largo del presente trabajo que: «No puede afirmarse que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasiona consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de estos»²². Así, el Alto Tribunal considera que los nacidos bajo estas técnicas no resultan privados de su origen biológico, toda vez que en el supuesto de que su vida corriera algún peligro o por mandato de las leyes penales, entonces podrá desvelarse la identidad paterna, siempre y cuando fuera necesario para la consecución de los fines perseguidos por estas medidas.

Tal argumentación no se salva de críticas por ciertos autores de nuestra doctrina, que entienden que, en base a la misma, sólo los descendientes en los que concurriera este factor de riesgo podrían acceder a conocer su origen biológico. Dicho esto, no debería inclinarse *ab initio* por el desconocimiento de la filiación biológica salvo razones de peso, dentro de las que no entrarían causas genéricas que beneficien al progenitor. «(...)

que dicha óptica legal tenga excepciones contadísimas, y por motivos tan graves como poner coto a enfermedades de transmisión genética, no comporta ni de lejos que la pauta del anonimato quede amortiguada»²³.

III. EL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Nuestro ordenamiento jurídico forma parte de aquéllos que protegen el derecho a conocer el propio origen biológico. El acceso al mismo se encuadró, tradicionalmente en el contexto de la filiación, cuyo fundamento se basaba en la verdad biológica, la cual constituía el principio informador que facilitaba y permitía determinar la filiación por naturaleza. En tal sentido, la Constitución Española impone a los poderes públicos la obligación de proteger a los hijos, con independencia de cuál hubiera sido su filiación, y de las madres, con independencia de su estado civil, a la par que consagra la investigación de la paternidad, cuya finalidad no es otra que la adecuación de la verdad biológica o el hecho de la generación y la verdad jurídica, o lo que es lo mismo, la filiación legalmente determinada. En resumidas cuentas, con carácter general la filiación se construye a partir de la verdad biológica²⁴.

La STS de 21 de septiembre de 1999²⁵ ha jugado un papel esencial en este sen-

²¹ ROMERO COLOMA, A. M^a., «Identidad genética frente a la intimidad», *Diario La Ley*, núm. 7199, 18 de junio de 2009, p. 3;

²² STC de 17 de junio de 1999, cit.

²³ DURÁN RIVACOBRA, R., ob. cit., pp. 48 y 49.

²⁴ Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos», *La Ley*, núm. 9, primer trimestre de 2016, ed. digital, www.laleydigital.es.

²⁵ STS de 21 de septiembre de 1999 (RJA, núm. 6944).

tido, pues, a partir de la misma, se puede considerar que rige en nuestro Derecho el principio «*mater semper certa est*» que reconoce, si bien de un modo indirecto, el derecho a conocer el propio origen declarando contrarios a la Constitución ciertos preceptos de la Ley y del Reglamento del Registro Civil que considera derogados porque permitían ocultar la identidad de la madre biológica soltera. Así, La sentencia dictaminó que los actos producidos al amparo de los preceptos permisivos de ello «*pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (art. 39.2 de la Constitución Española), y con el de igualdad (art. 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución Española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24.1 en cuanto resulta proscrito de la indefensión*»²⁶. En esta misma línea podríamos señalar también la STS de 26 de enero de 1993 que añade que el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación afecta a su dignidad y al desarrollo de la personalidad, ambos derechos fundamentales reconocidos en el art. 10.1 CE²⁷.

²⁶ NIETO ALONSO, A., «El *iter* en la búsqueda de la verdad real frente a la presunta y el derecho a conocer el propio origen biológico», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, II, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004, p. 3543; *ídem*, «Reproducción asistida y anonimato de los progenitores», *Aranzadi Civil*, núm. 16, 2004, pp. 2309 y ss. La autora hace referencia también a la STS de 15 de marzo de 1989 (RJA, núm. 2054) por cuanto reconoce que la admisión en nuestro ordenamiento jurídico del principio de investigación de la paternidad (art. 39.2 CE y 127 CC) ha supuesto un giro copernicano al destacar, como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica.

²⁷ STS de 26 de enero de 1993 (RJA núm. 364).

En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que el conocimiento de los orígenes biológicos permite hacer efectivo el derecho a la propia identidad, integrado en la noción de vida privada y familiar del art. 8.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950²⁸. A tal efecto, admite que la identidad de los padres biológicos forma parte de la identidad personal propia, si bien este habrá de ser conciliado con los derechos de todas las personas afectadas por ese conocimiento igualmente protegidos por el Convenio. Nos referimos aquí a sentencias como la STEDH de 13 de febrero de 2003 dictada en el asunto Odièvre²⁹ donde el Tribunal recuerda la protección que el art. 8 concede al derecho a la identidad, al desarrollo personal y a entablar y desarrollar relaciones con los semejantes y el mundo exterior. En contra recuerda el Gobierno francés al Tribunal que no se puede hablar de familia en el sentido del Convenio, toda vez que la existencia de una familia exige unos lazos personales entre sus miembros que, obviamente no se dan en este caso. Cabe mencionar también la STEDH de 13 de junio de 1979, dictada en el asunto Marcks contra Bélgica, donde la Corte mantiene que el derecho al conocimiento de los orígenes encuentra su fundamento en la interpretación amplia del campo de aplicación de la noción vida privada, asimismo se hace referencia al interés vital del menor en su desarrollo. Se trata, en palabras de la

²⁸ Art. 8 CEDH/LF: «Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

²⁹ STEDH de 13 de febrero de 2003 (TEDH 2003\8),

profesora ROMERO COLOMA de «que el menor conozca su historia personal, y para ello, ha de saber la identidad de sus progenitores, porque fueron estos los que le dieron la vida y constituyen, por tanto, los cimientos, los orígenes, de esa historia personal»³⁰.

También la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que se encuentra en vigor en nuestro país desde el 5 de enero de 1991 incluye dentro de su articulado el derecho a conocer los orígenes biológicos³¹.

Por su parte, el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone que: «Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

³⁰ ROMERO COLOMA, A. M^a., «Identidad genética...», *cit.*, p. 2.

³¹ Art. 7.1 CDN: «El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos».

Además, el art. 3 de dicha Convención dispone que: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.» Asimismo, el art. 2.1 de la misma ley establece que: «Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Dicho lo cual, no se puede negar que la verdad biológica constituye uno de los principios fundamentales en materia de Derecho de familia, habida cuenta que se considera que la identidad personal de los seres humanos comienza desde sus orígenes. Así las cosas, se considera que dicha identidad personal sólo puede alcanzarse desde el momento en que conocemos nuestra verdad biológica, es decir nuestros orígenes³².

Esta situación se produce, sin duda alguna, en el supuesto de reproducción natural, en la que el hijo puede investigar la paternidad para que se le atribuya el vínculo jurídico de la filiación con

³² DE LORENZI, M., «El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una asignatura pendiente?, *RDES*, enero-julio 2016, pp. 103 y 104.

sus derechos y deberes correspondientes. Efectivamente, en estos supuestos el vínculo biológico constituye el principal criterio de atribución legal de la filiación, por lo que no es de extrañar que existan varios mecanismos para garantizar el conocimiento de la verdad biológica. En el supuesto de la madre, a través del parto como determinante de la filiación, y en el caso del padre a través de la garantía de la investigación de la paternidad sancionada en el art. 39.2 CE, pues sólo a través de la obligación legal de facilitar la investigación de la paternidad se consigue garantizar la protección integral de los hijos, toda vez que dicho reconocimiento tiene como finalidad la atribución de la paternidad legal con sus derechos y deberes inherentes³³.

Ahora bien, el orden familiar existente hasta la fecha ha cambiado. La paternidad y la maternidad ya no se establecen en atención a la sangre o la genética, pues la realidad fisiológica de ser progenitor ya no siempre coincide con la realidad jurídica de ser padre o madre. Ante tal circunstancia, el profesor LLEDÓ YAGÜE, con el que coincido plenamente, considera esencial otorgar primacía a la paternidad o maternidad jurídica, que es la que ha determinado legalmente la filiación sin necesidad de que coincida con la verdad genética, que corresponde, en el supuesto que estamos analizando, a la persona del donante³⁴.

³³ Cfr., SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.^a O., «Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, p. 306.

³⁴ LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 121, 137 y 143. Añade el autor que la posesión de estado cobra en el supuesto de nacidos mediante técnicas de reproducción asistida cierta virtualidad al ampararse y protegerse «una realidad social en detrimento de la realidad genética».

Efectivamente, como bien apunta el profesor DURÁN RIVACOBA, «la verdad biológica sirve como premisa básica pero no absoluta o excluyente» y en consecuencia existen ciertos supuestos que aconsejan su moderación. Así en el campo jurídico no se reputa necesariamente, y en todo caso progenitor al ascendiente carnal de ahí que el *favor filii* o el *tout pour l'enfant* disminuya un fundamento fisiológico que en ocasiones pudiera resultar más lesivo que beneficioso. Hace referencia aquí el autor a dos variantes novedosas entre las que nos encontramos, los avances científicos que hicieron factibles las técnicas de reproducción humana asistida que estamos estudiando en este trabajo y, que a su juicio —de modo equivocado a mi parecer—, impulsan el desconocimiento de la filiación biológica³⁵.

Surge así la necesidad de diferenciar entre los términos «padre», cuya carga es fundamentalmente sociocultural y jurídica, y «progenitor», referido este única y exclusivamente a la procedencia genética que, como se ha dicho, para la ley no siempre resulta determinante de la paternidad, la cual supone la imposición de ciertos derechos y obligaciones de quien ostenta esta cualidad. En tal sentido resulta importante destacar que en el ámbito de la reproducción asistida se desdibuja el papel del progenitor como simple aportante del material genético³⁶. La mencionada sentencia del Tribunal de septiembre de 1999³⁷, si bien ha supuesto un avance importante en la determinación de la maternidad y el derecho del

³⁵ Cfr., DURÁN RIVACOBA, R., ob. cit., pp. 5 a 7.

³⁶ Vid., LACRUZ BERDEJO, J.L., «La Constitución y los hijos artificiales», *AC*, 1987-2, p. 2037; LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial...*, cit., p. 137

³⁷ FD Quinto «La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales»

hijo a conocer su origen, no ha pensado, sin embargo, en las técnicas de reproducción asistida toda vez que el nacido por estas técnicas quiebra el aforismo «*pater is quem sanguinis demonstrat*».

Lo dicho nos lleva, y así lo ha considerado cierto sector doctrinal, a la necesidad de conceptualizar *ex novo el* orden familiar establecido hasta entonces, en virtud del cual tanto la paternidad como la maternidad era una consecuencia derivada ineludiblemente de la sangre, de modo que la realidad fisiológica de ser progenitor y la realidad jurídica de ser formalmente padre quedaban subsumidas en un mismo rol³⁸.

Esta disociación entre progenitor y padre legal resulta patente ya en la LTRHA de 1988 donde la filiación del hijo nacido utilizando estos métodos o técnicas no tiene que corresponder con su filiación biológica. A mayor abundamiento, dicha distinción es perfectamente lícita desde el punto constitucional y así lo determina explícitamente el Tribunal Constitucional y como tal sirve de fundamento a ciertas cuestiones contenidas en la Ley³⁹.

Dicho esto, huelga analizar a continuación si el derecho a conocer los orígenes biológicos se reconoce también en los supuestos de los nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida, pues la ley relativa a esta materia consagra el anonimato de los donantes para los supuestos de donaciones heterólogas.

³⁸ *Vid.*, entre otros, LACRUZ BERDEJO, J.L., ob. cit., p. 2037; LLEDÓ YAGÜE, F., ob. cit., pp. 121 y ss., *Ídem* «La ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida», ADC, octubre-diciembre, 1988, pp. 1243 y ss.; NIETO ALONSO, A., ob. cit., p. 8.

³⁹ *Cfr.* STC de 17 de junio de 1999, (RJA, núm. 116) FJ 13.

2. LA VERDAD BIOLÓGICA DE LOS NACIDOS MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Nuestro ordenamiento jurídico garantiza el derecho a conocer los orígenes biológicos a favor de las personas cuya filiación es por naturaleza, e incluso en los supuestos de adopción después de que la Ley 54/2007 reconociera expresamente el derecho de los adoptados a conocer su origen. Sin embargo, la cuestión difiere respecto de los nacidos mediante la utilización de técnicas de reproducción asistida con donación de gametos o de embriones⁴⁰.

Efectivamente, en el supuesto de los nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida, parece que la LTRHA constituye una excepción al mencionado derecho. A tal efecto el art. 5.5 LTRHA, en cuanto dispone 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», salvaguarda el derecho a la intimidad del donante frente al derecho del hijo a conocer su origen biológico. En tal sentido se ha manifestado que este derecho a conocer la identidad del progenitor biológico es

⁴⁰ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, art. 12.1: «Derecho a conocer los orígenes biológicos:

Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública, los organismos acreditados o entidades autorizadas para tal fin.»

relativo y circunstancial. Obviamente, pudiera ocurrir que los progenitores no informen a su hijo sobre el origen de su concepción, en cuyo caso éste no tendría manera, salvo descubrimiento casual o salvo que hubiera nacido en el marco de una familia monoparental u homoparental, de cuestionarse sus orígenes⁴¹.

A tal efecto, la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos⁴², garantiza que la identidad, tanto del receptor como del donante o su familia no sea revelada, ello sin perjuicio de que los Estados miembros regulen las condiciones de comunicación de la información⁴³.

⁴¹ ALKORTA IDIAKEZ, I., «Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio», *Oñati socio-legales series*, vol. 7, núm. 1, 2017, p. 165; INIESTA DELGADO J.J., ob. cit., p. 150

⁴² Diario oficial nº L 102 DE 07/04/2004 p. 0048-0058

⁴³ Art. 14 Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004:

«Protección de datos y confidencialidad

1. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que todos los datos, incluidos los de carácter genético, recogidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a los que tengan accesos terceros, se hayan convertido en anónimos, a fin de que el donante y el receptor ya no sean identificables.

2. A tal fin, velarán por que:

a) se adopten medidas que garanticen la seguridad de los datos, así como salvaguardias para evitar adiciones, supresiones o modificaciones no autorizadas de los datos en las fichas de los donantes o en los registros de donantes excluidos, así como cualquier transferencia de información;

b) se establezcan procedimientos para solventar las discrepancias en los datos, y

c) se impida la revelación no autorizada de información garantizando al mismo tiempo la trazabilidad de las donaciones.

Dejando a un lado la Directiva, lo cierto es que de unos años aquí, se puede observar una cierta tendencia entre nuestros países vecinos a confinar el anonimato en beneficio del derecho de los hijos a obtener información sobre sus orígenes, a conocer su verdad biológica sin que ello suponga en modo alguno la determinación de la paternidad del donante respecto del hijo concebido con tales técnicas. En esta línea, cada vez son más los autores que se muestran favorables a reconocer el derecho de información de las personas concebidas mediante gametos donados, todo ello resultado de la consideración del interés del nacido como un bien jurídico superior al interés de los padres en mantener el secreto y la intimidad familiar⁴⁴.

Así, muchas son las voces doctrinales que se alzan para proclamar la inconstitucionalidad del art. 5.5 LTRHA. Entre otras razones, la fundamental, es que consideran que el precepto vulnera algunos artículos de nuestra Constitución. A grandes rasgos, entienden que una defensa del anonimato vulnera el art. 39.2 CE, que consagra el derecho a conocer el origen biológico; el artículo 10.1 CE, que sanciona la dignidad humana, ya que con la previsión de la LTRHA se degrada a los futuros niños nacidos de estas técnicas a la condición de objetos, de medios involuntarios de fines ajenos; el art. 15 CE relativo al derecho a la integridad moral, pues se considera respecto del mismo que la imposibilidad de conocer el propio origen pudiera ser fuente de trastornos

3. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que no se revele la identidad del receptor o receptores al donante o a su familia y viceversa, sin perjuicio de la legislación vigente en los Estados miembros sobre las condiciones para la comunicación de la información, en particular en caso de donación de gametos».

⁴⁴ ALKORTA IDIAKEZ, I., ob. cit., pp. 164 y 165.

psíquicos por ser un dato necesario para encontrar la propia identidad y en consecuencia el desarrollo de la personalidad. Por último, entienden que el anonimato también atenta contra el art. 39.3 CE, pues priva al nacido de la posibilidad de reclamar la paternidad de su padre genético y, en consecuencia, el cumplimiento por su parte de los deberes inherentes a la condición de padres cuando estos no pudieran ser impuestos al marido o compañero *more uxorio* de la madre por no estar esta casada o no vivir *more uxorio* con nadie, o bien porque la fecundación artificial se llevó a cabo sin el consentimiento del marido⁴⁵.

Así pues, entienden estos autores que el fundamento jurídico de dicho derecho se encuentra, por un lado en la propia Constitución española, especialmente en el artículo 39.2 *in fine*, en virtud del cual «La ley posibilitará la investigación de la paternidad», lo que implica que todos los españoles tienen derecho a conocer quiénes son su padre y su madre⁴⁶. Pero también en la legislación civil, concretamente en el artículo 767.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil⁴⁷ por cuanto 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».

Los principios de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE o el libre desarrollo de la personalidad, sancionado en el artículo 10 del mismo texto legal,

también son aducidos por la doctrina contraria al anonimato del donante⁴⁸. Abogan por la existencia de un derecho a conocer la identidad genética que, aunque no está recogido expresamente en la Constitución, puede desprenderse del art. 10.1 CE, protector la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Además, consideran que una defensa del anonimato otorga a los nacidos mediante estas técnicas, peor trato y condición que a los nacidos por reproducción natural, ya que a aquellos se les está negando el derecho a conocer su verdad biológica. Una vez más, la LTRHA atentaría contra los artículos 14 y 39.2 CE⁴⁹.

Asimismo se mantiene que si el principio constitucional resulta favorable a la constatación de la identidad biológica de los padres y a que el nacido pueda acceder al conocimiento de su origen, este principio no puede servir para afirmar que los poderes públicos estén habilitados para legislar en su contra y a favor de el anonimato en las donaciones pues carece de sentido que mientras la Constitución propugna la posibilidad de identificar al padre biológico, los poderes públicos se encarguen de ocultar a estas personas que generan biológicamente⁵⁰.

En contra de este sector doctrinal se ha venido considerando que el art. 39.2 CE, tiene una función instrumental por cuanto busca que los padres cumplan con sus obligaciones para con los hijos. Así las cosas, el derecho a la investiga-

⁴⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, 1993, pp. 138 y ss.

⁴⁶ Cfr. VIDAL PRADO, C., «El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996, pp. 265 y ss.

⁴⁷ En adelante LEC.

⁴⁸ La vinculación entre el derecho a conocer los orígenes biológicos y la libre investigación de la paternidad es defendida por ciertas resoluciones de la jurisprudencia menor. *Vid.* SAP de Navarra de 13 de septiembre de 2011 (AC 2012/362).

⁴⁹ BLASCO GASCÓ, F., «Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, núm. 2, 1991, p. 708; PANTALEÓN PRIETO, F., «Contra la Ley...», cit., pp. 22 y ss.

⁵⁰ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., ob. cit., p. 105.

ción de la paternidad, garantizada por la Carta Magna no implicaría un derecho a conocer los orígenes biológicos⁵¹. En esta línea se ha manifestado el TC al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por 63 diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre por entender que el art. 5 LTRHA, que sanciona la confidencialidad, resulta incompatible con el art. 39.2 CE conforme al cual la Ley posibilitará la investigación de paternidad⁵². En tal sentido, el TC lleva a cabo una interpretación conjunta del art. 39.2 y 39.3 de suerte que considera que la ley, al garantizar la investigación de la paternidad lo hace en aras a determinar la filiación del progenitor respecto de su hijo para sentar las obligaciones que se generan de cara a dotarle de la asistencia debida. Consecuentemente, si partimos del hecho de que la LTRHA dispone expresamente la ausencia de cualquier vinculación jurídica entre el donante y el nacido bajo estas técnicas⁵³, entonces, el conocimiento de la identidad de aquel carece de todo fundamento.

En efecto, en Alto Tribunal considera que la norma constitucional que prevé la investigación de la paternidad se encuentra dirigida a establecer un vínculo jurídico que comprende los derechos y deberes que conforman la relación paternofilial. Sin embargo, no es esta la situación en la que se encuentran los donantes de gametos o embriones, pues su

identificación no produciría la constitución de ese vínculo jurídico. Además, insiste el Tribunal en que el anonimato de los donantes no impide el derecho a obtener información sobre las donaciones ni una imposibilidad absoluta de revelar sus identidades, pues ya se ha explicado que este anonimato no es absoluto y que dichas identidades sí podrán ser reveladas en circunstancias extraordinarias. Es por todo ello que la confidencialidad de los donantes no ocasiona «consecuencias perjudiciales para los hijos de modo que se encuentren desprotegidos»⁵⁴.

Partiendo del hecho de que un posible conocimiento del donante no supondrá en modo alguno una relación de paternidad, algún autor ha llegado a plantearse cuál es entonces el objetivo que se persigue en el intento de conceder el derecho al conocimiento de los orígenes biológicos. En estos términos se posiciona HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, quien se cuestiona: «qué objetivo se persigue con ello, pues no considero que sea necesario conocer quién es el progenitor, excepto si ello evitara o solucionara enfermedades hereditarias, pero este otro aspecto lo recoge el artículo 5.5 de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, y admite en estos supuestos conocer la identidad del donante»⁵⁵.

⁵⁴ FJ Decimoquinto de la STC 116/1999.

⁵⁵ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «La filiación en la Ley obre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 75, 1989, p. 418. Quisiera resaltar que la autora tiene aquí una postura más matizada, ya que en sus orígenes se mostraba defensora a ultranza del anonimato contando a tal efecto con afirmaciones como la que sigue: «El anonimato considero que hay que mantenerlo a ultranza, y que no hay ninguna razón para que éste se pueda llegar a conocer» (*Cfr.*, «Nuevas técnicas ...», cit., p. 496). Defensores también de un anonimato a ultranza, se muestra algún otro autor como MONTÉS PENADÉS, V.L., «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», *La fi-*

⁵¹ ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 244; MAGALDI N., *Derecho a saber, filiación biológica y Administración pública*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 72

⁵² *Cfr.* STC de 17 de junio de 1999 (RJA, núm. 116)

⁵³ Art. 8.3 LTRHA: «3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación».

Existe así un importante sector doctrinal, con el que coincido plenamente, que aboga, en mayor o menor medida, por el mantenimiento del anonimato. Habíamos ya apuntado en páginas anteriores que una de las cuestiones fundamentales que busca la LTRHA es paliar los deseos frustrados de quienes, queriendo ser padres, no pueden serlo por esterilidad o por otras razones. Pues bien, considero, al igual que lo hizo el TC en su momento, que eliminar el anonimato sólo conduciría a una reducción de los donantes de gametos, cuya única intención es que esas personas lleguen a tener descendencia, sin ningún interés, obviamente, en que esto genere las responsabilidades propias de una relación paterno filial. Efectivamente, entiendo que el anonimato resulta esencial de cara a garantizar la existencia de donantes, que en ningún caso preten-

den tener un hijo y, consecuentemente, que subsistan estas prácticas, tan necesarias para conseguir el nacimiento de personas que de otra forma no habrían llegado a nacer⁵⁶.

Los autores contrarios al mantenimiento del anonimato del donante parecen obviar que existe un derecho a la intimidad personal y familiar tanto de los donantes como de los padres jurídicos y que también resulta preciso preservar pues, a mi parecer, también serían esenciales para el niño, ya que responden al interés familiar de disfrutar de una estabilidad afectiva sin interferencias. Así las cosas, entiendo que el anonimato del donante no sólo fortalece la relación parental del niño con la pareja receptora, sino que, al contrario, el poder acceder a la identidad de los donantes podría llevar a resultados contrarios a la protección integral de los hijos⁵⁷.

En contra se ha considerado que si bien los componentes genéticos no son los únicos factores que forman la personalidad del individuo, sí contribuyen de manera importante y decisiva, toda vez que permiten individualizar al ser humano diferenciándolo de sus semejantes. Se trata de elementos permanentes e inalterables que afectan, no sólo a la persona, sino también a sus descendientes con una posible incidencia en la salud de estos. Por ello, el hecho de que el donante no tuviera voluntad procreadora, que el anonimato facilite el uso de estas técnicas y que se garantice el derecho a la intimidad personal y familiar de pa-

liación a finales del siglo XX : problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Madrid, 1988, pp. 171 y ss. En una postura más moderada se encuentran autores como LLEDÓ YAGÜE quien aboga por un conocimiento relativo de la identidad del donante al considerar que negarle al hijo de forma absoluta el derecho a conocer supondría «desconocérsele al hijo un derecho ontológico preeminente, cual es la cognoscencia de sus raíces genéticas, de suerte que en este punto entiendo como la Ley reguladora de estas técnicas de reproducción humana asistida que no ha planteado un anonimato total, no incurre en el quebranto de norma constitucional alguna». De sus palabras, parece que el autor se muestra favorable al hecho de que la LTRHA sancione un anonimato relativo (Cfr., «Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto», *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación* (dir. LLEDÓ Yagüe), marzo, 1994, p. 376 y ss. Considera este autor que la solución más salomónica para no transgredir el art. 39 CE habría sido permitir en todo caso el conocimiento de la identidad del donante, eso sí, explicitándose en la Ley que en ningún caso se derivarán responsabilidades derivadas de la filiación (vid. «La ley sobre técnicas...», cit., p. 1246.

⁵⁶ Vid. GAFO, J., *Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1986, pp. 111 y 112; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «Nuevas técnicas de procreación artificial: consecuencias jurídicas», *RGLJ*, núm. 4, octubre, 1986, pp. 496 y ss.

⁵⁷ Cfr. GAFO, J., ob. cit., pp. 111 y 112.

dres legales y donantes, o se pueda evitar una daño psíquico o afectivo en los hijos; estas razones sólo forman parte de una realidad compleja, pues en la otra parte, los hijos tienen reconocidos derechos muy importantes como puede ser el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad e integridad moral, la identidad, la intimidad, la integridad física y la salud, entre otros, que encuentran en el derecho a conocer los orígenes biológicos un modo de satisfacer los derechos de los hijos, sin necesidad de que ello conlleve una modificación de la filiación legalmente atribuida⁵⁸.

Ahora bien, tal vez no deberíamos cerrarnos en la importancia del vínculo biológico como factor determinante para que el niño alcance todos esos valores a los que se ha aludido, y me explico. La paternidad y la maternidad deben ser considerados algo más que el resultado de una aportación biológica concreta, (otras veces en una mera aportación sexual). Y es que maternidad o paternidad significan algo más, significan un cuidado, una educación una provisión de recursos de toda índole, entre otros los afectivos. Desde este punto de vista, la ley parece asumir, con gran acierto desde mi punto de vista, que los derechos de los niños se encuentran más protegidos en el entorno de aquellos que los desearon y se comprometieron a quererlo y educarlo, que en el de quienes tan sólo prestaron su material reproductivo sin pretender asumir compromiso alguno respecto del que naciera fruto de su aportación. Este es el criterio que, a mi entender, debe primar en estos casos de cara a una integridad moral o espiritual propicia para que los

niños alcancen ese libre desarrollo de la personalidad⁵⁹.

Llegados a este punto considero que, si tan importante resulta para el desarrollo del niño el conocimiento de la verdad biológica, de modo que se ha llegado incluso a elevar ese derecho a fundamental, entonces tal aseveración debería llevar implícita una obligación de informar al niño sobre su origen. ¿Qué ocurre cuando la madre no quiere revelar su origen al niño nacido bajo las técnicas de reproducción asistida? ¿No resulta una contradicción que por un lado se exija que la ley elimine el anonimato sobre la base del interés superior del niño, pero esos mismos autores no aboguen por obligar a sus padres a dar esta información? ¿No se estaría también atentando contra su dignidad e integridad personal? Desde luego, resulta cuanto menos curioso, que se exija el reconocimiento legal de una verdad biológica a medias, ya que el silencio de la madre cerraría siempre y en todo caso el alcance de dicha verdad por parte de los nacidos mediante estas técnicas.

En contra de lo que consideran algunos autores⁶⁰, el derecho a conocer la propia identidad no puede ser considerado un derecho fundamental, entre otras cosas porque nuestra Constitución no recoge entre los derechos fundamentales el derecho a la identidad personal⁶¹.

⁵⁹ Cfr. VILLAGRASA ALCAIDE, C., «Familia y cambio social», *El derecho del niño a vivir en su propia familia*, coords. BARRANCO, GARRIDO y GUILLÓ, Madrid Exlibris, 2007, p. 76.

⁶⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., «¿*Mater semper certa est?* Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español», *ADC*, 1997-I, pp. 22 y 23

⁶¹ HERNÁNDEZ GIL, F., «El derecho del niño a su identidad personal», *Revista de Estudios del Ministerio Fiscal*, 1995, III, pp. 586 y ss.

⁵⁸ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a O., ob. cit., p. 310.

IV. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO

Llegados a este punto, se puede considerar que uno de los conflictos esenciales que suscita la LTRHA lo constituye el conflicto de intereses que se genera entre el derecho fundamental a la intimidad del donante, interesado en preservar su anonimato y cuya intención no es en ningún caso el asumir la filiación que resulte de esta operación, y el derecho del hijo, nacido como producto de la utilización de dichas técnicas, a conocer sus propios orígenes.

Como bien explica la profesora NIETO ALONSO⁶², no cabe duda de que la voluntad del donante radica en mantener su anonimato, toda vez que el hecho de que su identidad se llegara a conocer podría acarrearle numerosos problemas, tal vez con su familia, en caso de que la tuviera, o bien por las responsabilidades que asumiría de su consideración como padre. Coincido con la profesora en que cargarle con las consecuencias de la procreación sería absurdo teniendo en cuenta que el donante tan sólo ha aportado el material genético.

Hemos apuntado *supra* cómo el derecho a la intimidad, con el que cuenta el donante, es un derecho fundamental amparado por el art. 18 CE. También hemos hecho alusión al derecho del hijo a conocer su propio origen biológico, que tiene su base fundamental en el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de la verdad biológica consagrado en el art. 39.2 CE en virtud del cual, la ley debe posibilitar la investi-

gación de la paternidad, de lo contrario, hemos explicado cómo el sector doctrinal partidario de que prime el derecho del menor a conocer los orígenes entiende que se produciría la vulneración del art. 14 CE en virtud del cual, todos somos iguales ante la ley; así como el art. 10 CE relativo a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, en tanto en cuanto una persona que no conozca sus orígenes genéticos no podrá desarrollarse plenamente desde el punto de visto psicológico. Por último, entiende este sector doctrinal que también se atentaría contra el art. 15 de nuestra Carta Magna, referido a la vida e integridad física y psíquica siendo esta última la que estaría en juego⁶³.

Consideran estos autores que el derecho a la intimidad no debe protegerse frente al del nacido porque este último resulta más digno de protección. En tal sentido argumentan que el derecho del nacido no debe limitarse al de acceder a simples datos biológicos que conforman su herencia genética, sino que se trata de un derecho unido a la inviolabilidad de la persona, considerado como fundamental y por ende digno de protección⁶⁴.

Los estudiosos de este conflicto de derechos, partidarios de la segunda línea ex-

⁶³ ROMERO COLOMA, M.^a A., «El derecho a la identidad...», cit., ed. digital, www.elderecho.com, se manifiesta en este sentido concluyendo que resulta evidente que la ocultación de la identidad del donante conculca los derechos de los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida.

⁶⁴ *Vid.*, en este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial», *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances en materia de reproducción humana; ponencias y comunicaciones*, Trivium, 1988, pp. 160 y ss.; QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «El derecho constitucional a conocer el propio origen biológico» *ADC*, 1994, pp. 290 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Contra la Ley de Técnicas de Reproducción...», cit., p. 32.

⁶² *Cfr.* ob. cit., p. 14. Favorable a que prevalezca el derecho a la intimidad, *vid.* CÁMARA ÁGUILA, P., ob. cit. p. 143.

puesta, argumentan que se plantea aquí una posible discriminación por parte de los hijos nacidos por estas técnicas, toda vez que, su situación no debería ser distinta a la del adoptado

Planteada esta colisión y de lo escrito en el presente trabajo puede afirmarse que la LTRHA salvaguarda, con gran acierto a mi parecer, el derecho a la intimidad del donante frente al derecho del hijo a conocer su origen biológico, solución que ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en la tan mencionada sentencia de 17 de junio de 1999, al considerar que el hecho de que la Constitución ordene al legislador que posibilite la investigación de la paternidad, ello no implica que los ciudadanos tengan un derecho incondicionado a averiguar la identidad de su progenitor.

La reclamación o investigación de la paternidad, garantizada en el art. 39.2 CE está orientada a constituir entre los sujetos afectados un vínculo jurídico que conlleva derechos y obligaciones recíprocos, una relación paterno-filial que no se ordena en ningún momento en la revelación de la identidad del progenitor cuando se aplican las técnicas de reproducción asistida, en cuyo caso, no se constituirá ningún vínculo. En conclusión, la identificación del donante cuando se aplican estas técnicas, lejos de buscar la determinación de la filiación, tiene por objeto satisfacer una necesidad personal del nacido bajo las mismas de conocer su origen biológico⁶⁵.

Para ROCA TRÍAS, la solución a la tensión entre ambos derechos pasa por dos soluciones, decantándose con razón por la segunda de ellas. Es decir, o bien se opta por el conocimiento de la identidad del donante o, por el contrario, la cues-

tion se soluciona optando por un sistema de anonimato relativo, que es lo que ocurre en nuestro país, de forma que lo que se protege es el derecho fundamental del donante, y lo hace optando por la fórmula antes descrita de anonimato relativo, de suerte que asegura al donante la intimidad frente a las reclamaciones de paternidad o maternidad excluyéndole así de cualquier relación con el nacido. Ahora bien, no impide que éste pueda ejercitar su derecho a investigar su origen genético como forma de proteger su personalidad. Así, la fórmula de compaginar ambos derechos: el del donante y el derecho a conocer el origen genético del nacido mediante las técnicas de reproducción asistida, sólo podrá encontrarse a través de una fórmula que permite la investigación sobre este último excluyendo la identidad del donante tal y como recoge el art. 5.5 LTRHA al afirmar que «los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de gametos». Así las cosas, considera la autora que se está otorgando al derecho a la investigación de la paternidad, consagrado en el art. 39.2 CE un valor absoluto que no tiene, pues no se trata de un derecho fundamental, ni puede llegar a ser considerado como tal. Ahora bien, la fórmula del anonimato establecido por la LTRHA no puede ser absoluta toda vez que es cierto que, en ocasiones el interés del nacido requiere que no se proteja la intimidad del donante⁶⁶.

Esta ha sido la línea seguida por el TC que en la sentencia a la que se ha aludido a lo largo de este trabajo ha considerado que no existe tal conflicto de intereses,

⁶⁵ Cfr. RUIZ SAENZ, A., ob. cit., p. 155.

⁶⁶ ROCA TRÍAS, E., «Filiación asistida...», cit., p. 5.

pues la protección de la identidad del donante no implica una desprotección de los hijos, ya que la LTRHA establece el anonimato del donante con un carácter relativo al ceder ante el interés superior de hijo en aquellos supuestos en los que concurren circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para su vida. Además, el inciso segundo del art. 5.5 LTRHA permite a los hijos obtener información general de los donantes a excepción de su identidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, «Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio», *Oñati socio-legales series*, vol. 7, núm. 1, 2017.
- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO, «Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, núm. 2, 1991.
- CÁMARA ÁGUILA, Pilar, «Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de reproducción asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, enero-diciembre 1999.
- DE LORENZI, Mariana, «El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una asignatura pendiente?», *RDES*, enero-julio 2016.
- DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, «Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma», *Ius et Praxis*, núm. 1, 2010.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, «Derecho y reproducción asistida: nuevos retos treinta años después», *Treinta años de técnicas de reproducción asistida*, Barcelona, Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas, núm. 35, 2015.
- GAFO, Javier, *Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, Ética y Derecho*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1986.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda «Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida», *Revista de Derecho Político*, núm. 26, 1988.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos», *La Ley*, núm. 9, primer trimestre de 2016, ed. digital, www.laleydigital.es.
- HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO, «El derecho del niño a su identidad personal», *Revista de Estudios del Ministerio Fiscal*, 1995, III.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen, «Nuevas técnicas de procreación artificial: consecuencias jurídicas», *RGLJ*, núm. 4, octubre, 1986.
- «La filiación en la Ley obre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 75, 1989
- INIESTA DELAGADO, Juan José, «Comentario al art. 5 LTRHA», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, dir. Cobacho Gómez, Cizur Menor, Aranzadi, 2007.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, «La Constitución y los hijos artificiales», *AC*, 1987-2.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos., *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil IV*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988.
- «La ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida», *ADC*, octubre-diciembre, 1988.
- MAGALDI, Nuria, *Derecho a saber, filiación biológica y Administración pública*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

- MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis, «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», *La filiación a finales del siglo XX : problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988.
- NIETO ALONSO, Antonia, «El íter en la búsqueda de la verdad real frente a la presunta y el derecho a conocer el propio origen biológico», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, II, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004.
- «Reproducción asistida y anonimato de los progenitores», *Aranzadi Civil*, núm. 16, 2004
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando, «Contra la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988.
- «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, 1993.
- QUESADA GONZÁLEZ, María Corona., «El derecho constitucional a conocer el propio origen biológico» *ADC*, 1994.
- ROCA TRÍAS, Encarna, «Filiación asistida y protección de derechos fundamentales», *Derecho y salud*, vol. 7, enero-diciembre, 1999.
- «Familia y cambio social», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1999.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, «El derecho a la identidad genética», *Revista de Derecho de familia; Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 27, 2003.
- «Identidad genética frente a la intimidad», *Diario La Ley*, núm. 7199, 18 de junio de 2009.
- RUIZ SÁENZ, Ángela, «El contrato de donación de gametos y preembriones en la legislación española sobre técnicas de reproducción humana asistida», *Cadernos iberoamericanos de Direito Sanitário*, vol. 2, núm. 2, 2013.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga, «Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016.
- VIDAL PRADO, Carlos, «El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Familia y cambio social», *El derecho del niño a vivir en su propia familia*, coords. BARRANCO, GARRIDO y GUILLÓ, Madrid, Exlibris, 2007.

