

# EL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA: UN DERECHO PROBLEMÁTICO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

**AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA**

*Doctora en Derecho. Abogada especializada en  
Derecho de Familia y Sucesiones.*

*Profesora de la Escuela de Práctica Jurídica  
«Ignacio Morales Lupiáñez» de Jerez de la Frontera*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA.

## **Extracto:**

**EL** derecho a la identidad genética se configura, en nuestro país, como un derecho amparado en el marco constitucional. Sin embargo, no es un derecho pacífico, ya que, con frecuencia, va a entrar en conflicto con otro derecho, también fundamental, cual es el derecho a la intimidad. En el marco de las técnicas de reproducción humana asistida, y con el texto legal en la mano, vemos cómo el derecho a la identidad genética, o sea, el poder conocer los orígenes biológicos, y tener acceso a estos datos genéticos, va a entrar en serios conflictos con el derecho a la intimidad de los donantes de gametos y preembriones, ya que la propia Ley de Reproducción Asistida, del año 2006, ampara y protege el derecho a la intimidad de esos donantes. En este conflicto de derechos, va a prevalecer el derecho a la intimidad, frente a otro derecho, igualmente fundamental, esencial para todo ser humano, para todo hijo, cual es el tener la posibilidad de saber quién es su progenitor.

El derecho a la identidad genética es, a mi juicio, un derecho fundamental, que debería enmarcarse junto a los otros derechos fundamentales que aparecen expresamente reconocidos y protegidos por nuestra Constitución. Nadie, hoy en día, creo yo que puede dudar de la importancia y trascendencia que supone para todo ser humano conocer quién es su padre y su madre. Es el derecho a la identidad biológica, a conocer las raíces de las que provenimos en cuanto seres humanos, es el derecho a conocer la historia personal.

A través del estudio de la Ley de Reproducción Asistida, se ve cómo este fundamental derecho no es protegido, al no estar ni siquiera reconocido en dicha polémica ley.

**Palabras clave:** identidad genética. intimidad.

# THE RIGHT TO GENETICAL IDENTITY

**AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA**

*Doctora en Derecho. Abogada especializada en  
Derecho de Familia y Sucesiones.*

*Profesora de la Escuela de Práctica Jurídica  
«Ignacio Morales Lupiáñez» de Jerez de la Frontera*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA.

## **Abstract:**

**ACCORDING** to the right to genetic identity. it is configured in our country as a right protected under the constitutional framework. However, it is not a peacefully right, as often It will conflict with other right, also critical, which is *the right to privacy*.

In the context of the *Assisted Human Reproduction Techniques*, and with the *Legal Text* in hand, we see how the right to genetic identity, that is, the power to know the biological origins, and have access to genetic data, will come into serious conflict with the privacy rights of donors of gametes and pre-embryos, as the *Assisted Reproduction Act* itself, in the year 2006; it covers and protects the right to privacy of those donors. In this conflict of rights, will prevail the right to privacy against other right, equally fundamental, essential to all human beings, for every child, that is having the possibility to know who is his parentthe right to genetic identity is, from my point of view, a fundamental right that should be framed with other fundamental rights explicitly recognized and protected by our Constitution.

Nobody today, I mean can doubt of the importance and significance to every human being is to know who were his/her father and mother. It Is the right of human beings to know their biological identity, to know the roots from which they come as human beings and their right to know their personal history.

Through the *Study of the Law on Assisted Reproduction*, one can see this fundamental right is not protected, because it is not even recognized in such a controversial law.

**Keywords:** genetical identity. privacy.

# Sumario

1. Introducción al tema.
2. Concepto de identidad genética.
3. El derecho a la identidad y su reconocimiento internacional.
4. La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos.
5. Identidad genética y Ley de Reproducción Humana Asistida.
6. ¿Existe un derecho a la intimidad genética?
7. El secreto de la maternidad: problemática jurídica.
8. Problemática de la constitucionalidad de las técnicas de reproducción humana asistida.
9. La determinación de la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida.
10. El amparo constitucional del derecho a la identidad genética.
11. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

En el seno del Derecho de Familia –aunque con implicaciones en otras ramas del Ordenamiento Jurídico–, no cabe duda que uno de los temas más candentes y apasionantes, así como polémicos, que hay planteados en la actualidad, es el referido al derecho a la identidad genética y sus conflictos, inevitables, con otros derechos, especialmente con el derecho a la intimidad.

En este trabajo, voy a plantear la cuestión de si el derecho a la identidad genética ha de prevalecer, o no, frente al derecho a la intimidad y, asimismo, va a ser objeto de análisis la configuración del derecho a la identidad genética en la Ley de Reproducción Asistida vigente en nuestro país.

## 2. CONCEPTO DE IDENTIDAD GENÉTICA

Hay que reconocer que la identidad genética es un bien, y un derecho –aunque pugne con otros derechos en conflicto–, y debe valorarse positivamente e incluso debe protegerse. Desde el punto de vista científico, hay que entender que el concepto de identidad genética no puede verse como una copia exacta del genotipo. De ahí se deduce que el punto clave de la cuestión es conceptualizar la identidad genética como un bien jurídico complejo, de naturaleza objetivo-subjetiva, ya que, de un lado hace referencia a la composición genética de la persona –componente objetivo–, pero también tiene un claro componente subjetivo, que consiste en la propia individualidad, ya que «identidad significa, y supone, según el diccionario de la Real Academia Española, "cualidad de idéntico", pero, a mi juicio, es más bien su acepción de "conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás"», la que debe ser comprendida para esta investigación, porque esto únicamente puede producirse si se respeta esa individualidad desde sus orígenes.

La identidad genética es un bien jurídico autónomo implícito, que encuentra su fundamento constitucional en el libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, en la dignidad de la persona, porque el libre desarrollo de la personalidad no es más que la vertiente subjetiva de la dignidad y el medio para la conformación de la identidad personal.

El derecho a la identidad es, por tanto, el derecho a ser uno mismo. Sin embargo, el Derecho Positivo ha encontrado bastantes dificultades a la hora de delimitar el concepto y el marco jurídico de la identidad genética. Tanto es así que la mayor parte de los autores han procedido a enlazar la idea de identidad genética con la de identidad personal, extendiendo, de esta forma, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, proclamado en el artículo 10.1 de la Carta Magna, a esta materia

en concreto. En cualquier caso, esta extensión llega a conectar la identidad genética con la dignidad de la persona, lo cual, desde mi punto de vista, supone un importante avance en esta materia.

El Derecho considera a la identidad genética como un derecho subjetivo, es decir, un interés jurídicamente protegido. En cuanto que la identidad genética constituye un bien jurídicamente protegido y, en cuanto supone un presupuesto previo para el libre desarrollo de la personalidad, e incluso para la posesión de la dignidad humana, ha de situarse en el marco de la esfera de los derechos subjetivos. Por ello, muchos Ordenamientos legislativos en el área occidental han incluido, en sus normas, los mecanismos de defensa y protección necesarios para impedir que la persona se vea privada de este fundamental derecho.

A la identidad genética se la puede definir, asimismo, como el conjunto de caracteres por los cuales la persona define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes <sup>1</sup>. El nombre, no cabe duda, constituye la máxima expresión de la identidad personal, sin considerar a esta como derecho autónomo con contenido propio y diverso del derecho al nombre, pero previo a este.

### 3. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y SU RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL

La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, de matiz iusnaturalista, supuso el reconocimiento, a nivel internacional, de la dignidad innata del ser humano y de sus derechos, iguales e imprescindibles, recogiendo la concepción de ROUSSEAU sobre la igualdad de todos en el nacimiento y de la preexistencia de los derechos humanos respecto al Estado.

Pero la Declaración citada, aunque enumera una lista concreta de derechos humanos, no incluye el derecho a la identidad, ni el derecho al nombre. Esta ausencia se materializa en la negación, en el desconocimiento de la propia identidad, por parte del Estado.

Desde 1948, la relación de derechos reconocidos se ha ido ampliando. Esto es lo que sucedió, precisamente, en la Declaración sobre Derechos del Niño, de 1959, en la que, estimando que el niño necesita protección y cuidados especiales, por su falta de madurez física y mental, proclama una serie de principios, entre los que expresamente se reconoce el derecho del niño, desde su nacimiento, a un nombre.

En 1966 se llega a conseguir una efectiva tutela de los derechos reconocidos en la Declaración de 1948, mediante la elaboración de dos auténticos Convenios: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En concreto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 24, aborda el tema de la protección de la infancia, estableciendo que «todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre».

<sup>1</sup> ROMEO MALANDA, Sergio: *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Fundación BBV, Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2006.

La protección internacional del derecho a la identidad se manifiesta en el año 1989, de nuevo en el ámbito de la protección especial a la infancia. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, fue ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, calificada como «Carta Magna a favor de la infancia». Esta Declaración da un paso más en el reconocimiento de los Derechos Humanos, al referirse al «derecho del niño a preservar su identidad». El artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de este a su identidad como un *prius* lógico para el reconocimiento de su personalidad jurídica. Se trata, en definitiva, de conseguir la plena identificación del recién nacido como primer derecho del ser humano del cual derivan todos los demás, a través de «un dato preciso concretamente determinado y biológico único e irrepitible del nuevo ser recién nacido», tal como expuso MARTÍN BERNAL<sup>2</sup>.

Esta Convención alude a las relaciones familiares, de conformidad con la ley, y sin injerencias ilícitas. Se prevé que, cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección adecuadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Es la primera vez que se produce el reconocimiento del derecho a la identidad personal, si bien referido, de forma exclusiva, al niño, entendiendo como tal a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le fuere aplicable, hubiere alcanzado antes la mayoría de edad.

Hay que resaltar que el derecho a la identidad del niño, aunque es un derecho autónomo en sí mismo, se sirve, necesariamente, de unos instrumentos a través de los cuales se realiza ese derecho, o bien, de la identidad. Uno de esos instrumentos es, precisamente, el constituido por las relaciones familiares.

Es a partir de la Convención cuando surge el derecho a la identidad como Derecho sustantivo, con contenido propio, basado, esencialmente, en circunstancias biológicas inmanentes, únicas e irrepitibles en cada ser humano. Llegamos así al concepto de identidad genética, o biológica.

#### 4. LA IDENTIDAD GENÉTICA Y LA INTIMIDAD: UN CONFLICTO DE DERECHOS

En primer lugar, cabe preguntarse si existe, efectivamente, un derecho a la identidad genética, es decir, un derecho del hijo a conocer quién es su padre –y su madre–, un derecho a conocer su origen biológico, y ello frente a la problemática que genera el anonimato de los donantes [cuando nos encontramos con hijos nacidos como consecuencia del empleo de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)].

Agustín ROMERO PAREJA puso de manifiesto, a este respecto, que el acceso al conocimiento de la auténtica y verdadera identidad de la persona es un proceso que se desarrolla y regula por medio

<sup>2</sup> MARTÍN BERNAL, J.F. Y GARRIDO LESTACHE: *Identificación del nacido: historia y estado actual*, Madrid, 1994.

del principio de veracidad biológica<sup>3</sup>, principio que ha sido acogido, de manera expresa, en los países anglosajones, como Alemania, así como en la Constitución suiza y en nuestro propio Ordenamiento Jurídico –si bien con limitaciones o, quizás, cabría hablar de límites a este fundamental derecho–. En los Países Bajos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1994 aceptó el derecho del niño a su personalidad, comprensivo, entre otros derechos, al de conocer la identidad de sus padres biológicos.

El país vecino, Francia, promulgó la Ley número 1993, de 22 de enero de 2002, relativa al acceso a los orígenes de las personas, por la que se creó un Consejo Nacional para la Búsqueda de los Orígenes Personales.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), existe un importante bloque de Sentencias, pero, para resumir, hay que destacar la dictada el 20 de febrero de 2003, en el llamado asunto o caso Odièvre, así como la Sentencia Marchx. En esta última Sentencia, el Tribunal recuerda la protección que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos concedió al derecho a la identidad, al desarrollo personal y a entablar y desarrollar relaciones con los semejantes y el mundo exterior. Y se afirmó algo muy importante por lo que a nuestro tema respecta: que el interés vital, protegido por el Convenio, es obtener las informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad en un aspecto tan importante –yo diría tan vital– como lo es la identidad de los progenitores.

De lo que se trata, en definitiva, es de que el hijo conozca su historia personal –su biografía y sus antecedentes– y, para adquirir ese conocimiento obvio resulta afirmar que necesita saber quiénes son sus progenitores, la identidad de estos, pues fueron ellos los que le dieron la vida y son los que, en consecuencia, constituyen los cimientos de esa historia personal, su base, su fundamento.

Desde el punto de vista constitucional, hay algunos preceptos en nuestra carta Magna que se pueden aducir como fundamento de este derecho a la identidad genética. En primer lugar, citemos el artículo 10, que, a modo de pórtico del Texto Constitucional, está referido a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad. Es evidente que una persona que no conozca sus orígenes genéticos mal podrá desarrollarse como persona y mal podrá expandirse su personalidad, aún en crecimiento mientras el menor no ha adquirido la plena capacidad.

El artículo 15 de la Constitución también entronca con el derecho a la identidad genética, ya que está dedicado al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Obviamente, será la integridad psíquica la que entra en juego por lo que respecta a este tema.

El artículo 39.2 del Texto Constitucional establece que los poderes públicos han de asegurar la protección integral de los hijos, siendo estos iguales ante la ley, con independencia de su filiación –y de las técnicas por las que vienen al mundo, cuando se trata de reproducción humana asistida, cabría añadir–, posibilitando, además, según el Texto Constitucional, la ley la investigación de la paternidad. Este último inciso quiere decir, a mi juicio, que la ley ha de proporcionar a todos los hijos

<sup>3</sup> ROMERO PAREJA, Agustín: «El derecho a la reproducción asistida», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre 2007 y julio-septiembre 2008.

—sin excepciones, porque, si hubiera excepciones, el propio Texto de la Constitución debería hacer hincapié en esas excepciones— la posibilidad de conocer quién es su padre (y su madre), o sea, la posibilidad de acceder a sus datos genéticos, conforme a su derecho a la identidad genética.

Y el apartado 4 del artículo 39, ya citado anteriormente, afirma que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos».

Veamos ahora cómo la Ley de Reproducción Humana Asistida puede pugnar con el derecho a la identidad genética, planteando un conflicto de derechos que corresponde al jurista resolver.

## 5. IDENTIDAD GENÉTICA Y LEY DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La Ley de Reproducción Humana Asistida, del año 1988, planteó unos conflictos importantes, pero, al dictarse la actual Ley de 26 de mayo de 2006, los problemas planteados siguen siendo los mismos. Veamos cuáles son.

En primer lugar, es obligado referirse al tema del secreto en la donación de gametos y embriones. ROMEO CASABONA puso de relieve que la usuaria de las técnicas de reproducción asistida no puede elegir al donante, ni aportar tampoco su propio donante, salvo en el supuesto de la donación de semen, siempre y cuando alegue la situación de pareja con el varón donante y este asuma tal condición efectiva, así como las obligaciones —legales— de paternidad que le correspondan <sup>4</sup>.

La constitucionalidad del anonimato en la donación de gametos ha sido ratificada por la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de junio de 1999, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Reproducción Humana Asistida.

Según la Sentencia citada, dicho anonimato responde a la necesidad de cohonstar la obtención de gametos y embriones susceptibles de ser utilizados en las TRHA orientadas a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana, con el derecho a la intimidad de los donantes, lo que, según criterios del Alto Tribunal, contribuye a favorecer el acceso a estas técnicas y a evitar las dificultades de conseguir el material genético para llevarlas a cabo. Pero en el supuesto que entró a resolver el Tribunal Constitucional, en relación con esta Sentencia, no era deseo de las interesadas —hermanas— preservar, entre sí, el derecho a la intimidad sobre dicha cuestión. Es decir; la hermana fértil renunciaba, de antemano, a permanecer en el anonimato, como donante de ovocitos, frente a su hermana infértil.

Según la Sentencia, la Constitución hace al legislador un mandato, en el sentido de que se ha de posibilitar la investigación de la paternidad, pero ello no supone, ni conlleva que exista un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso, y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad del progenitor.

<sup>4</sup> ROMERO CASABONA, Carlos: «Perspectiva legal de las técnicas de reproducción humana asistida. Los límites de la manipulación y experimentación embrionaria, en la filiación», *Cuadernos de Derecho Judicial*, número III-94, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.



Es decir, a mi juicio, lo que en un texto –la Constitución, art. 39– se dice que se haga, se desdice en según qué circunstancias y según qué causas que justifiquen esa decisión –negativa– en relación con la paternidad y con la identidad genética del hijo.

La cuestión del anonimato del donante y su posible inconstitucionalidad es uno de los temas más complejos y debatidos que plantea la reproducción humana asistida.

Cuando la madre quiere, por los motivos que sean, guardar, preservar, en secreto su maternidad –lo cual es indicativo, en cualquier caso, del deseo, por su parte, de mantener, en este aspecto tan importante de su existencia, su derecho a la intimidad–, se plantea, obviamente un conflicto de derechos, conflicto que una interesante Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 1999, abordó, en una cuestión tan compleja, a propósito de la facultad de la madre biológica de ocultar la constancia registral de la maternidad. Los fundamentos jurídicos de esta Sentencia van a ser objeto de análisis a continuación: «El presente recurso expresa, como episodio relevante, la culminación de un conjunto de vicisitudes históricas que desembocan en la todavía no establecida identificación judicial de la menor, cuya filiación reclama su madre (pese a ser aquella plenamente identificable), a causa, sobre todo, de los entorpecimientos que han introducido en el esclarecimiento de los hechos los órganos administrativos correspondientes de la Junta de Andalucía y Consejería de Asuntos Sociales en Jaén, que figuran como parte demandada, contando, en ocasiones, con la activa cooperación de la representación del Ministerio Fiscal, ante los órganos jurisdiccionales de instancia, y con cierta pasividad conformista de estos últimos, que no han efectivizado sus determinaciones iniciales, impidiendo, hasta ahora, que tenga cumplida satisfacción el derecho de la menor a conocer al menos a su progenitora que establece, como principio, la Convención sobre los derechos del niño, de 1989, ratificada por España en 1990 (art. 7)» (fundamento jurídico 1.º).

El fundamento de derecho segundo refiere que la actora, M.V.M. dio a luz un feto de hembra vivo el día 4 de noviembre de 1991, en el Hospital «San Agustín» de Linares (Jaén). Antes del alumbramiento, con carácter previo, la actora suscribió en documento, en el Centro de La Milagrosa, de Baeza, de la Junta de Andalucía, que se encontraba embarazada, en el octavo mes de gestación y que, teniendo en cuenta sus circunstancias concurrentes, tanto familiares, como sociales, económicas y emocionales, estimaba que no podría hacerse cargo de su futuro hijo y, ante esta circunstancia, hacía renuncia anticipada del mismo, una vez que naciera, a favor de la entidad pública, a los efectos de su guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción, en el marco establecido en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, prestando su consentimiento expreso para la efectividad de estos actos, manifestando, asimismo, haber sido informada de sus derechos y de las consecuencias de su renuncia, y anticipando su asentimiento a la adopción, que adquiriría plena validez una vez transcurridos treinta días desde la fecha de nacimiento del hijo. En la base de esta renuncia, se consignaba la voluntad de la madre de mantener oculta su identidad, tanto a los efectos registrales civiles, como en el procedimiento de acogimiento y adopción, en sus fases administrativa y judicial, que debería tramitarse, respecto del nacido, como si se tratase de un menor desamparado y de padres desconocidos.

Se acordó requerir a la Delegación, en Jaén, de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, a fin de que facilitara al Tribunal el nombre y completa identificación de la niña que alumbró M.V.M.

Hay que resaltar que los padres de la niña no hicieron manifestación alguna en el plazo concedido a dicho efecto. La diligencia encaminada a conocer la identidad de la niña dada a luz por la actora resultó «negativa» o, en otras palabras, no fue atendida. La Administración autonómica asumió la tutela automática de la niña nada más nacer esta, tal como el artículo 172 de nuestro Código Civil prevé.

El fundamento de derecho cuarto de esta Sentencia puso de manifiesto, claramente, que no se puede renunciar, con antelación, a unos derechos-deberes que aún no han nacido, es decir, que se encuentran expectantes. En este sentido, la mencionada Sentencia declaró que «la falta de colaboración de la Administración autonómica demandada, con el Poder Judicial, resulta patente, con infracción de lo dispuesto en el artículo 118 de la vigente Constitución Española, que considera obligado que se preste la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso. Pero, además, esta falta de colaboración no es explicable, ni está justificada, pues, ni la alegada renuncia al cumplimiento de sus deberes por la madre es válida, ni son de recibo posibles interpretaciones anti-constitucionales de las disposiciones reglamentarias sobre el Registro Civil. En efecto, en la comparecencia documentada, ya referida, la renuncia anticipada –con un mes y medio de antelación– a unos derechos-deberes expectantes, pugna expresamente con lo dispuesto en el artículo 172.2 del Código Civil, respecto de los consentimientos exigibles para la eficacia de la adopción, que, claramente, determina que "el consentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto". El sentido de este precepto es meridiano. No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación al parto, y ni siquiera en el periodo de treinta días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día treinta y uno; y nunca con anterioridad al momento del parto. Desde esta interpretación, nuestra conclusión resulta unívoca: el asentimiento que M.V.M. prestó en 24 de septiembre de 1991 ante la Delegación Provincial de Asuntos Sociales de Jaén resulta radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del artículo 177.2 del Código Civil. Las razones de esta cautela legal se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia de la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño. Y si en el texto legal se habla del periodo postparto de treinta días, para que la recuperación de la madre sea plena física y psíquicamente, debe reconocerse que la situación personal, familiar y económica de la actora, cuando suscribió anticipadamente el documento de cesión, no era la más idónea para la ponderación de su asentimiento, que, si pudo servir inicialmente para el acceso de la niña al acogimiento familiar, resulta insuficiente y contrario a la ley en cuanto a la adopción, dada la configuración y trascendencia legal de la institución. El efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que la nulidad de pleno derecho (art. 6.3 del Código Civil). La entidad del vicio es de tal naturaleza que se extiende a todo el contenido del documento, concebido en atención a la obtención expedida (y, desde luego, *contra legem*) de la autorización para adoptar, máxime cuando la identidad de razón para estimar inválido el consentimiento anticipado subsiste, conforme al artículo 173 respecto del acogimiento. El propio órgano a quo viene a reconocer los escasos márgenes de libertad de la madre al suscribir el acta de la "comparecencia" al establecer que esta "intentaba ocultar por todos los medios su embarazo", dadas sus circunstancias personales y estado de viudez que hacían que se hallase afectada socialmente en su intimidad y honorabilidad. Relieve singular adquiere, en este sentido, la declaración prestada ante el Juez de Instruc-

ción (luego no corroboradas en el pleito) por la testigo M.N.G.D. en las diligencias previas... seguidas ante el Juzgado de Instrucción de Baeza, al manifestar "que la señora –se refiere a la actora– no leyó el documento", que a los treinta días aproximadamente después del parto, la citada señora vino a preguntar... "y estaba un poco desesperada"... "le hubiera dado igual quedarse con la niña". Sin duda, que en las postrimerías del Siglo XX perduran severas constricciones originadas por la inmisericorde, a veces, censura social, con reviviscencias que recuerdan en sus secuencias historias de orfanato e "inclusas" del pasado siglo. En definitiva, la actora prestó consentimiento viciado en un documento, cuyo contenido, sustancialmente, era ilegal».

Efectivamente, la declaración de la madre se hizo antes de los treinta días de haber dado a luz, contraviniendo, de este modo, una norma imperativa, por lo que la consecuencia de la contravención no podía ser otra sino la nulidad radical, o de pleno derecho, de dicha declaración, tal como establece el artículo 6.3 del Código Civil.

Cabe referirse ahora, brevemente, con motivo de esta Sentencia, al secreto de la identidad materna, tema este que repercute, directamente, en la problemática que plantea el derecho a la identidad genética del hijo.

A la vista del tema analizado, cabe plantearse una cuestión que estimo es muy interesante. ¿cabe hablar, en nuestro país, hoy en día, con la Ley de Reproducción Asistida actual, de un derecho, no ya a la identidad genética, sino a la intimidad genética. Paso a analizar este tema a continuación, perfilando, en primer lugar, algunas ideas en torno a la existencia de un derecho a la intimidad genética.

## 6. ¿EXISTE UN DERECHO A LA INTIMIDAD GENÉTICA?

En primer lugar, cabe preguntarse si, efectivamente, existe, en la actualidad, con arreglo al texto de la vigente Ley de Reproducción Asistida (del año 2006), un derecho a la intimidad en su vertiente genética, o biológica.

Para responder a este interrogante, lo primero que hay que hacer es estudiar el Texto Constitucional e intentar, en función de ese estudio, dar una respuesta coherente, desde el punto de vista jurídico.

El artículo 18 de nuestra Constitución garantiza y protege el derecho a la intimidad –junto al derecho al honor y a la propia imagen–. Pero, si nos fijamos en los Textos Internacionales, también encontramos, por ejemplo, la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, que fue aprobada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1998, en su artículo 7, que es un documento declarativo, aunque no exento de ciertos efectos jurídicos. Por otro lado, es oportuno citar el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, que fue ratificado por nuestro país mediante Instrumen-

to publicado en el Boletín Oficial del Estado de 20 de octubre de 1999, y que entró en vigor el 1 de enero de 2000.

Sobre la base de estos documentos, se puede definir el derecho a la intimidad genética –partiendo de la viabilidad de su existencia– como el derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética. El contenido de este derecho se va a configurar, así, sobre dos elementos: el elemento objetivo y el subjetivo.

El elemento objetivo de la intimidad genética lo constituye aquel espacio, zona o esfera que no es público. Este elemento enlaza con el denominado «derecho a la intimidad corporal», que fue reconocido por nuestro Tribunal Constitucional. El derecho a la intimidad corporal supone garantizar una inmunidad en las relaciones jurídico-públicas frente a toda indagación, o pesquisa, sobre el cuerpo humano que quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Es el sentimiento de pudor, de recato, el que queda, sin duda, protegido por el Ordenamiento Jurídico, en tanto responda a criterios o estimaciones arraigadas en la cultura de nuestro entorno.

Es evidente que, sin una intervención corporal, es muy difícil –por no decir imposible– obtener el genoma de una persona. Sin embargo, el hecho de que pueda haber intervenciones corporales lícitas no debe significar que, en todo caso, sea lícito acceder al genoma. En consecuencia, el elemento objetivo del derecho a la intimidad genética lo constituye el genoma humano y, por derivación, cualquier tejido, o parte, del cuerpo humano en el que se encuentre esa información genética.

De otro lado, el elemento subjetivo lo va a constituir la voluntad del sujeto de determinar quién, y en qué condiciones, puede acceder a la información sobre su genoma. Es decir, solo será lícito el acceso a la información genética de una persona cuando se cuente con el consentimiento de esta.

El derecho a la intimidad genética, así considerado, enlaza, de manera directa e inmediata, con el principio constitucional de la dignidad humana, en función del artículo 10 del Texto Constitucional. En este sentido, además de en su vertiente pública, el derecho a la intimidad genética ha de ser respetado por los poderes públicos –y por los particulares, en su vertiente privada–.

Cabe preguntarse si el derecho a la intimidad genética, como cualquier otro derecho reconocido y protegido en el marco de la Constitución, tiene unos límites, o limitaciones.

Efectivamente, el derecho a la intimidad genética tiene unas limitaciones que han de operar mediante ley orgánica. Asimismo, la limitación debe ser necesaria, lo cual quiere decir que solo puede procederse a la limitación si las demás medidas posibles, no lesivas del derecho fundamental, han resultado inoperantes. Y, por último, la limitación ha de ser proporcionada al fin pretendido, lo cual implica que la autorización para invadir ese derecho no debe significar una destrucción total del mismo –lo cual sería, en definitiva, ir contra el propio orden constitucional establecido–, sino tan solo el sacrificio de aquella parte del mismo que resulte imprescindible. Hay que entender, además, que la limitación solo podrá verificarse en defensa de otros derechos constitucionales.

## 7. EL SECRETO DE LA MATERNIDAD: PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Este tema hay que enfocarlo desde la perspectiva de los preceptos del Reglamento del Registro Civil. El artículo 167 de este corpus legal enumera los extremos que debe contener el cuestionario de declaración de nacimiento, haciéndose constar que han de figurar los relativos, entre otros, a la identidad de la madre. El párrafo segundo de este precepto precisa 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». En estos supuestos, precisamente, se advierte que se escribirá lo siguiente: «desconocida». Con ello, en principio, parece abrirse paso el desconocimiento, o ignorancia, del hijo acerca de quién es su progenitora. Este factor es, a mi juicio, muy fuerte, porque se está vulnerando uno de los derechos más esenciales, fundamental, de la persona, cual es el de conocer quién es su madre, de quién es hijo/a.

El artículo 182 del Reglamento del Registro Civil permite a la madre no matrimonial desconocer el hecho de su maternidad si, en el parte facultativo, se hubieran puesto sus datos de identidad. Estos preceptos del Reglamento del Registro Civil parecen, según la tesis de la Sentencia anteriormente citada, constituir el desarrollo de los artículos 47 y concordantes de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, según los cuales, en la inscripción de nacimiento, constará la filiación materna, siempre que en ella coincidan la declaración y el parte, o comprobación reglamentaria.

De otro lado, el artículo 120.4 de nuestro Código Civil, en redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, previene que la filiación matrimonial quedará determinada legalmente, respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

La Circular de 2 de junio de 1981, en relación con las consecuencias registrales del nuevo régimen de filiación, se refería, si bien de una manera sucinta, a la coincidencia que necesariamente había de existir entre el dato de maternidad y el parte o comprobación reglamentaria.

La regulación normativa registral anterior a la promulgación de la Constitución de 1978 posibilitaba la ocultación de la identidad de la madre biológica, por su propia decisión, posibilidad que fue confirmada por los desarrollos reglamentarios posteriores a dicha fecha, ya que la redacción del artículo 120 del Código Civil se configuraba en términos genéricos y no incluía un expreso reconocimiento de tan negativa restricción.

Lógicamente, tal como cabía esperar, la doctrina española ha manifestado, con claridad, sus reservas a esta formulación del desconocimiento de la filiación, ya que, entre otros motivos esgrimidos, las graves razones de interés público en la determinación del vínculo de la filiación, cualquiera que fuera su clase –matrimonial y no matrimonial– se oponen a esa ocultación. Desde luego, por lo que respecta a la familia constituida a través del vínculo matrimonial, no parece que esta ocultación sea siquiera factible, ya que estaríamos, incluso, rozando la ilegalidad. Desde el punto de vista penal, sería punible. Tras la vigencia de la Constitución de 1978, la elusión de la constancia clínica de la identidad materna ha quedado derogada por su manifiesta oposición a los principios y valores que inte-

gran la Carta Magna y no debe ser aplicada por los Juzgados y Tribunales, debiendo ser declarados nulos los actos producidos bajo su cobertura. El sistema diseñado en los artículos 167, 182 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, y sus disposiciones de desarrollo, pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad. Recordemos, a este respecto, el contenido del artículo 39.2 de la Constitución, que establece que «los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad». La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales, lo cual implica que decae la regulación reglamentaria permisiva de la ocultación.

No menos importante es el párrafo tercero de este precepto constitucional citado, que declara que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda». Desde luego, no cabe duda que, si no se favorece la investigación de la paternidad, por los medios existentes en la actualidad, se estaría conculcando el artículo 14 de la Constitución, que proclama el principio de igualdad formal de todos los españoles, con independencia de su condición —este precepto integra a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por lo que al tema planteado respecta, e igualmente estimo que a aquellos hijos nacidos en virtud, o por medio, de TRHA—. En el mismo sentido, y siguiendo esta línea, hay que entender que se conculca el artículo 10 de la Constitución, al quedar afectada la propia dignidad del hijo, así como de la madre en determinados supuestos, sus derechos inviolables inherentes a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, e incluso, llegando a las últimas consecuencias jurídicas, el artículo 24.1 de la Norma Constitucional quedaría también conculcado, en cuanto que este precepto prohíbe la indefensión.

De admitirse que la madre pudiera ocultar su maternidad, se estaría, con meridiana evidencia, despojando al hijo del nexo que le permite conocer su verdadera filiación y todo ello, meramente, por un acto voluntario de la madre biológica.

De ahí que la Instrucción de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción, posibilitara la cancelación de la inscripción principal de nacimiento, abriéndose una nueva, con un régimen de publicidad limitada de la inicial, lo cual parece algo más coherente y más en armonía con el respeto a los principios constitucionales que, de otro modo, quedan en entredicho. En este sentido, hay que subrayar que la sala estimó, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el artículo 47.1 de la Ley de Registro Civil (de 8 de junio de 1957), así como sus concordantes, quedaban derogados por inconstitucionalidad sobrevenida en el particular que permitía interpretaciones reglamentarias que hicieran depender de la voluntad de la madre la circunstancia registral de la maternidad. De ahí que se considerasen inaplicables, por derogación de la cobertura legal que los sustentaba, los artículos 167 y 187 del Reglamento citado anteriormente.

Resulta oportuna la referencia al asunto Odièvre, ya citado. Se trata de una Sentencia que fue dictada por el TEDH, el 13 de febrero de 2003. Los hechos que dieron lugar al pleito concluyeron con una resolución distinta a la analizada hasta ahora. La demandante, Pascale Odièvre, nacida en 1965, y cuya madre biológica había solicitado el secreto de su identidad en el momento del parto, la abandonó ante los servicios de asistencia pública. Por medio de una carta, la madre declaró lo siguiente:

te: «Certifico haber sido informada de que, pasado el plazo de un mes, mi hija será definitivamente abandonada y de que la Administración se reserva la facultad de darla en adopción».

La niña fue, efectivamente, acogida en una familia y adoptada, posteriormente, en 1969, por el matrimonio Odièvre. Pasado el tiempo, la niña adoptada sintió la necesidad de conocer su identidad genética, su filiación biológica. Para este fin, llevó a cabo algunas pesquisas y, en enero de 1998, solicitó ante el Tribunal de Gran Instancia de París que se levantara el secreto de su nacimiento y se le autorizara el acceso a toda la documentación relativa a su identidad genética. Asimismo, señalaba que sus progenitores habían tenido, después de 1965, otros hijos, habiéndosele negado cualquier tipo de información acerca de sus hermanos biológicos y señalando que la existencia de estos justificaba su reclamación, porque, evidentemente, quería conocerles. En febrero de 1998 el Tribunal Civil la envió al Tribunal Administrativo, a fin de que la Administración levantara el secreto de la maternidad que, en principio, parecía contrario a la Ley de 8 de enero de 1993, pero se le volvieron a negar los datos solicitados, con la única fundamentación de la prioridad del secreto del nacimiento que la ley protegía.

Ante esta negativa, Pascale Odièvre recurrió al TEDH, demandando al Estado francés por violación de los artículos 8 y 14 de la Convención.

La Sentencia del TEDH declaró que el levantamiento del secreto del nacimiento –es decir, el hecho de desvelar la identidad biológica de la madre– podría conllevar riesgos importantes, no solo para esta, sino también para la familia adoptiva, y para el padre y los hijos biológicos –hermanos de la recurrente–, al tener todos ellos el mismo derecho de respeto a su vida privada y familiar. En definitiva, lo que venía a decir esta Sentencia, controvertida, es que el derecho a su identidad genética quedaba postergado en aras de la «tranquilidad» y «paz» familiar, ya que, según esta resolución, la revelación de la identidad materna y paterna de la recurrente generaría, en su familia biológica, un elemento de perturbación, de tensión emocional y afectiva, que, según el TEDH, sería pernicioso y gravemente perjudicial.

Puso, también, de manifiesto esta Sentencia citada que los Estados deberían poder elegir los medios que estimen mejores para la conciliación de los intereses en juego en cada caso, concluyendo que el Estado francés no ha sobrepasado el margen de discrecionalidad que debe serle reconocido en razón del carácter, complejo y delicado, de la opción de los padres biológicos, del lazo familiar y de los padres adoptivos.

La mencionada Sentencia concluye afirmando que no ha existido violación del artículo 8 de la Convención, ni del artículo 14 en relación con el artículo 8.

A la vista de esta conocida Sentencia del TEDH, y como comentario crítico de la misma, surge una cuestión que debería preocupar a todo jurista de Familia: ¿por qué no se protege el derecho a la identidad genética de la recurrente, de la hija? ¿En base a qué fundamentación se concluye afirmando que es prioritario el interés de sus padres biológicos en mantener en secreto la identidad biológica de Pascale?



En realidad, para contestar a estos interrogantes, bastaría una sola respuesta: no se protege el derecho a la identidad genética de la recurrente porque en ningún momento ese derecho está garantizado. Es más: se prefiere acudir a «eufemismos» como dar a entender que sería contraproducente, tanto para la familia biológica de la recurrente, como para la adoptiva, el hecho de desvelar la identidad genética de la hija. Este factor de disarmonía familiar que, al parecer generaría, o podría generar, el conocimiento de la identidad de los padres biológicos de la recurrente, se extiende, incluso, a los hermanos biológicos de esta, lo cual puede dar una idea, bastante aproximada, de hasta qué punto el derecho a la identidad genética de la recurrente quedó vulnerado, transgredido, ignorado. En ningún momento se alude, aunque sea someramente, al respeto al derecho a la identidad genética de la hija, siendo esta la persona más afectada en esta compleja y delicada situación. En consecuencia, la hija –recurrente– ha de conformarse con dejar transcurrir su existencia sin conocer a su madre biológica, ni a su progenitor, ni a sus hermanos. La Sentencia, desde mi punto de vista, ignora –y elude– el derecho a la identidad genética, aunque, paradójicamente, afirma que no se ha producido ninguna violación de este.

La ley francesa, tal como se puede observar a través de la lectura de este caso Odièvre, ha aceptado, como obstáculo, o valladar, infranqueable en la búsqueda de la información genética de la hija, la decisión de la madre, cualesquiera que fueran sus razones y su legitimidad, por lo que, de una forma irreversible, se impone el rechazo de la madre hacia su hija y esta, en consecuencia, se ve indefensa, sin medios de ningún tipo, ya que legales no los tiene, para oponerse a ese rechazo y, en definitiva, a la negativa al acceso a su información genética, biológica. La madre tomó esta resolución libre y voluntariamente, pero de una forma puramente discrecional, a su arbitrio, condenando a la hija, de este modo, al desconocimiento, durante toda su vida, de sus orígenes biológicos.

Cabe plantearse, como interrogante, si a la hija le queda algún derecho en este sentido. Al parecer, no, ya que se la ha despojado de uno de los derechos más importantes y esenciales que existen, y que debería estar protegido, garantizado y no minimizado, como se observa en el supuesto de hecho analizado. Se le veta la posibilidad de conocer a su madre biológica, simplemente porque esta no lo desea, no lo necesita, ni le interesa. Y, a mayor abundamiento, sin medios defensivos para evitar este desafuero. El olvido, cuando no el rechazo, de los derechos de la hija es un hecho consumado en el caso Odièvre. Pero no queda ahí solamente: la madre puede, asimismo, paralizar los derechos de terceras personas y, en particular, los del padre biológico y los de los hermanos de la recurrente.

Un sector de la doctrina española, al analizar esta Sentencia dictada en el caso Odièvre, llegó a afirmar que era excesiva la consideración del protagonismo de la madre que, a la postre, es el obstáculo legal fundamental que provoca el rechazo, la negativa, a la información genética de la hija<sup>5</sup>. En concreto, Enrique RUBIO TORRANO, desde una posición que pretendía ser ecuánime, ponderando los intereses en juego, afirmaba que el derecho de todo ser humano a conocer su filiación genética es fundamental en la conformación de la propia identidad, y que, a la vista de esta Sentencia, resultaba, a su juicio, deficientemente reconocido.

La crítica a esta teoría de RUBIO, desde mi punto de vista, viene de la mano de la referencia a ese «deficiente reconocimiento». A mi juicio, o hay un reconocimiento del derecho a la identidad

<sup>5</sup> RUBIO TORRANO, Enrique: «El secreto de la maternidad», en Revista *Aranzadi civil*, Pamplona, septiembre 2003.



genética, o, en otro caso, no lo hay. Hablar de un «deficiente reconocimiento» es instalarse en una posición intermedia que reconoce, por un lado, lo que, por otro, niega. Estimo que los intereses en juego de la recurrente Pascale Odièvre iban encaminados al descubrimiento de su identidad genética, basándose en un derecho que es fundamental y que, con toda evidencia, no fue reconocido, ni respetado, ni, por supuesto, protegido. Por tanto, no es que se le otorgara un «deficiente reconocimiento» de su derecho, sino que, lisa y llanamente, no se le concedió ningún reconocimiento a su fundamental derecho. A la recurrente se la despojó de toda posibilidad de acceso al conocimiento de sus orígenes, sin otorgar la menor importancia a las consecuencias, sin duda traumáticas, que ello podía conllevar e implicar, pues fue su propia progenitora la persona que le negó tan fundamental derecho.

En el asunto Gaskin, que cito para abordar más profundamente el tema planteado, de 7 de julio de 1989, entró en juego un concepto más amplio de la identidad de la persona: ya no se trataba, exclusivamente, de la identidad biológica, sino de una acepción de la identidad integrada por las experiencias y recuerdos de la infancia de una persona, que conforman su pasado y que permiten explicar y entender su personalidad e identidad actual. Es un concepto cultural y evolutivo –también muy importante– de la identidad.

El caso planteado, y resuelto por el Tribunal, partía del hecho de que el interesado, acogido durante su infancia por diversas familias, pretendió, al llegar a su mayoría de edad, conocer su expediente administrativo, que se encontraba en poder de los servicios sociales municipales. Tras una serie de peticiones, la autoridad local denegó al peticionario la información solicitada, alegando el carácter reservado de la información obrante en el expediente. Se reconoció, efectivamente, que el interesado tenía derecho a conseguir estas informaciones fundamentales, al ser importantes para la formación de su personalidad. El Tribunal estimó que, en el caso Gaskin, se había violado el artículo 8 del Convenio, al considerar que «las personas que estén en la situación del demandante tienen un interés primordial, protegido por el Convenio, en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia...».

Otro autor, Antonio OCAÑA RODRÍGUEZ <sup>6</sup>, ha expresado que la verdad biológica es el principio predominante en el Código Civil, ex artículo 127 del Código Civil –en la actualidad, ese precepto ha quedado derogado–, y en relación con el artículo 39 de la Constitución, siendo, incluso, el más adecuado por razones de salud personal, en cuanto que los avances de la Genética permiten, en la actualidad, la curación de enfermedades mediante la aportación de células de los progenitores, o parientes allegados. Un ejemplo de ello es la leucemia. El primer derecho del niño, tal como mantienen los Convenios Internacionales, es el de conocer a su madre, y quedar identificado genéticamente, siendo, precisamente, la maternidad el factor que en mayor medida afecta a la identificación de la persona, porque el derecho a la identidad es, sin duda, uno de los más importantes derechos de la personalidad –a mi juicio, no es solo un derecho, sino que es, además, un bien esencial, vital–, por lo que se ha de procurar al máximo, con todos los medios legales al alcance, la búsqueda de la verdad material por lo que respecta a la maternidad.

<sup>6</sup> OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: «Mater semper certa est», en *Diez años de abogados de familia*, Asociación Española de Abogados de Familia, editorial La Ley, Madrid, 2003.

Un amplio sector doctrinal –al que me he adherido desde hace tiempo– entiende que el establecimiento del anonimato del donante atenta, efectivamente, contra el principio de verdad biológica y el derecho de toda persona de conocer su origen, incardinado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En el artículo 2.5 de la Ley de Reproducción Humana Asistida, de 1988, se imponía al médico el estricto secreto de la identidad de los donantes, añadiendo el artículo 5.5 que «la donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes».

«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 la receptora de los gametos.»

«Solo excepcionalmente, 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 (...) Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.»

La doctrina ha adoptado dos teorías, contrapuestas, en torno a la posible inconstitucionalidad del donante en la Ley de Reproducción Humana Asistida: primera, considerar inconstitucional la disposición del anonimato. En esta postura se sitúa PANTALEÓN PRIETO<sup>7</sup>, afirmando que el precepto citado conculca los siguientes artículos de la Constitución: el artículo 39.2, que impone el denominado principio de «verdad biológica» en materia de filiación, así como que el negar a unos hijos la posibilidad de conocer su filiación biológica frente a otros, atenta contra el derecho a la igualdad establecido en el artículo 14 de la propia Constitución.

Este planteamiento adoptado por PANTALEÓN PRIETO no es, sin embargo, correcto, a mi juicio, ya que el Tribunal Constitucional se ha encargado de poner de manifiesto, en reiteradas ocasiones, que no afecta a la igualdad el hecho de que existan tratamientos distintos para situaciones distintas, siempre que la distinción esté justificada y no sea meramente arbitraria, irrazonable o caprichosa (SSTC de 12 de febrero de 1986 y 24 de julio de 1984, entre otras).

- El artículo 10 de la Constitución, ya que degrada al hijo a la condición de objeto, atentando contra su dignidad, al ocultarle a su padre de modo sistemático, sin justificación alguna. Reconduce la inconstitucionalidad al derecho a conocer el propio origen.
- El artículo 15, ya que la revelación del donante –en punto al derecho a la vida y a la integridad física y/o psíquica– puede resultar necesaria para proteger dichos bienes, y no solo la vida del nacido, único caso permitido por el artículo 5.5 de la citada ley.

<sup>7</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Procreación artificial y responsabilidad», en *La filiación a finales del siglo XX*, editorial Trivium, Madrid, 1988.

- El artículo 39.3, que impone el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos, sobre todo en aquellos casos en que la pareja de la receptora no aceptase la procreación, lo que también podría conculcar el principio de la igualdad constitucional.

Segunda teoría que admite la constitucionalidad de la disposición: es la tesis mantenida, entre otros, por José Luis LACRUZ BERDEJO <sup>8</sup>, al entender que el legislador constitucional no se planteó la existencia de estas TRHA, pensando, en cambio, en todo momento, en la cópula natural, concluyendo en que es lógico admitir un trato diferenciado de las mismas, dada la nula relevancia de la voluntad del donante en la elección de la usuaria.

Según CARBAJO GONZÁLEZ <sup>9</sup>, nos encontramos ante una nueva realidad jurídica, regida por principios y normas propias distintas de la filiación convencional, lo que parece contradecir su postura contraria al anonimato basándose en los preceptos de esa materia distinta.

BERCOVITZ defiende también el anonimato, tomando como fundamento que la generalización de estas técnicas se basa, precisamente, y de modo necesario, en dicho anonimato <sup>10</sup>, entendiéndose que existe base suficiente para defender una interpretación en la que dicha investigación quede limitada a los supuestos de fecundación natural, pues, para este jurista, en los casos de reproducción humana asistida, no se puede hablar de verdadera paternidad.

Por su parte, RIVERO HERNÁNDEZ parte, igualmente, de la existencia de una categoría jurídica diferente, distinta <sup>11</sup>, enfrentando padres por naturaleza a padres civiles, aunque este autor se muestra, más tarde rotundamente en contra del anonimato, en base al derecho del hijo a conocer su origen biológico, en cuanto manifestación del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad. Este jurista, sin embargo, paradójicamente, rechaza el derecho del donante a conocer la identidad del hijo. Pero estimo que tan negativo y perjudicial puede ser que el hijo no conozca quién es su padre biológico, cuanto que el progenitor no pueda acceder al conocimiento de quién es su hijo biológico.

Otros autores, como YEDÓ LLAGÜE <sup>12</sup>, parten de la base de que el principio de veracidad biológica debe ceder ante la inmunidad jurídico familiar, debiendo facilitarse al hijo mayor de edad conocer la identidad genotípica de su progenitor y, con el consentimiento de este, su propia personalidad.

El artículo 5.5 de la ley citada atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción artificial, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que, según la propia Sentencia comentada, garantiza el conocimiento de los factores, o elementos, genéticos, y de otra índole de su progenitor.

<sup>8</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis: «La Constitución y los hijos artificiales», en *Actualidad civil*, n.º 660, Madrid, 1987.

<sup>9</sup> CARBAJO GONZÁLEZ, Julio: *Las acciones de reclamación de la filiación*, editorial Bosch, Barcelona, 1988.

<sup>10</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones», Vitoria-Gasteiz, 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987.

<sup>11</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida», en *La filiación, Cuadernos de Derecho Judicial*, número III-94, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

<sup>12</sup> LLEDÓ YAGÜE, F.: «Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación postmortem. El donante del gameto», en *La filiación, Cuadernos de Derecho Judicial*, citado.

Cabe plantearse si, desde este punto de vista, queda, con esta regulación salvaguardado el derecho de los hijos nacidos en estas condiciones –especiales– a su identidad genética, si por tal concepto se entiende el poder acceder a conocer a sus progenitores (o progenitor), o sea, a los donantes de gametos.

A mi juicio, ni la Ley de Reproducción Humana Asistida, ni la Sentencia, citada anteriormente, garantizan la protección y el respeto a este fundamental derecho a la identidad genética del hijo que quiere conocer a su padre, saber quién es, ni del progenitor que quiere conocer a su hijo. Recordemos, en este sentido, las dos facetas que estimo que debe tener el derecho a la identidad genética.

La Sentencia del Tribunal Constitucional citada anteriormente afirmó, en cambio, que la regulación, al preservar la identidad de los donantes, no ocasionaba consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produzca una desprotección de estos.

Esta misma Sentencia aludió al derecho a la intimidad, derecho que, desde mi punto de vista, es el que queda protegido –y prevalece– por encima del derecho a la identidad genética, al menos en el marco de estas TRHA e igual se puede decir del ámbito de las adopciones, si bien este último tema merecería, por sí solo, un comentario aparte y detenido.

Hay que resaltar que el anonimato del donante no solo se defiende en nuestro país. Otras legislaciones lo tienen establecido. Por ejemplo, en Italia, los Tribunales –Sentencia del Tribunal de Menores de Turín de 4 de febrero de 1986– y algunos autores, como LIPARI, han entendido que los intereses de las parejas que acuden a este tipo de técnicas son de tal categoría que ponen fuera de juego el interés del hijo para indagar sobre su padre biológico<sup>13</sup>.

En Suecia, la ley mantiene la no publicidad de la forma de nacimiento, pero permite al hijo, siempre que este haya alcanzado madurez suficiente, el acceso a la identidad del donante de esperma<sup>14</sup>.

Cabe citar una tercera tesis a la que me refiero a continuación:

Tercera teoría de carácter limitado, que se funda en el derecho de toda persona a la salud, fundándose en los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución, y reconoce la posibilidad de conocer los datos genotípicos del donante, entendiendo algunos autores que el derecho a conocer el propio origen podría incluir los datos psíquicos y caracteriológicos, al formar estos parte de la identidad personal, si bien manteniendo el anonimato del donante, a no ser que se cuente con el consentimiento de este y se necesite por circunstancias graves.

<sup>13</sup> LIPARI: autor citado por GARCÍA RUBIO en «La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida», Comunicación en el Congreso Hispanoamericano de Familia, Cáceres, del 16 al 20 de octubre de 1987.

<sup>14</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María: *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2009.

El carácter secreto de la donación de gametos y embriones ha suscitado, lógicamente, diversas críticas y posturas enfrentadas. Según Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ <sup>15</sup>, hay que cuestionarse la constitucionalidad del anonimato del donante, por cuanto impide, fuera de supuestos excepcionales, conocer su origen genético a los hijos nacidos por este procedimiento, o sea, les impide conocer la verdad biológica, lo que constituye, a juicio de esta autora –juicio con el que estoy plenamente de acuerdo– una vulneración de un derecho inherente a la dignidad personal, entendida esta última en los términos reconocidos por el Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, Convenio que fue firmado por España el 4 de abril de 1997. El artículo 1 de este Convenio estableció que «las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Cada parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio».

Me interesa destacar, a la vista de este artículo del Convenio, cómo queda protegida la persona que desee conocer su identidad biológica, que desea, con necesidad imperiosa, saber quiénes son sus progenitores. Recordemos que el conocer los orígenes biológicos puede constituirse en una obsesión, afectando a la psique humana e impidiendo que el ser humano, en estas condiciones, sea verdaderamente feliz y desarrolle una vida plena y sin traumas.

Y, sin embargo, es curioso que la Ley de Reproducción Humana Asistida afirme, en contrapartida, proteger los derechos humanos y la dignidad de la persona. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de las donaciones entre hermanas gemelas univitelinas. El acuerdo de donación de ovocitos entre hermanas gemelas univitelinas no es factible legalmente, por cuanto quiebra el secreto de la identidad del donante, y constituye, asimismo, una infracción administrativa grave, dando incluso lugar a posibles responsabilidades de carácter penal y civil. E incluso si pensamos en el derecho a la reproducción humana asistida como un derecho al que deberían tener acceso todas las personas, podría quedar conculcado, ya que, pudiendo ocurrir que la hermana fértil fuera la donante ideal de la hermana infértil, quedaría, sin embargo, descartada esa posibilidad de realizar la donación por la existencia de la obligación legal de respetar el secreto de la identidad de los donantes. Creo que es evidente que la Ley de Reproducción Humana Asistida debería dar un cauce y una oportunidad, para que los supuestos de donación entre familiares tuvieran una previsión específica y se resolvieran de forma satisfactoria para las partes afectadas, de un modo similar, quizás, a lo que se hace en el ámbito de los trasplantes de órganos entre familiares, cuando el donante está vivo, existiendo la dispensa del deber de confidencialidad entre los directamente afectados.

Sin embargo, como puede observarse, no se ha legislado en este sentido y los resultados de esta ausencia de legislación al respecto, genera como hemos podido comprobar, resultados absurdos, sin sentido, lo cual podría haber sido previsto y evitado.

Es interesante destacar, al hilo de lo expuesto, que, a propósito de esta Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, de 17 de junio de 1999, es muy interesante el Voto Particular formulado

<sup>15</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons-Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

por el Magistrado Manuel Jiménez de Parga, manifestando su discrepancia en relación con la clase o tipo de ley que ha de regular, con estricto criterio constitucional, aquello que, de una manera directa y esencialmente, afecte a la dignidad de la persona, valor jurídico fundamental, con los derechos inviolables inherentes a ella, entendiéndolo, con toda rotundidad, que la ley recurrida es inconstitucional.

Este Magistrado hizo referencia, efectivamente, a la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, en la que se declaró lo siguiente: «Nuestra Constitución ha elevado (...) a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos –yo diría, más bien, de la armonización de unos preceptos con otros– puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás...».

La Sentencia mencionada concluye, afirmando que «la dignidad está reconocida a todas las personas, con carácter general...».

Desde mi punto de vista, estimo que el error en la ley citada proviene de legislar sobre materias en las que están directamente e inmediatamente afectados derechos fundamentales de la persona, sin que el legislador tome conciencia auténtica de ello y de que no es factible –ni oportuno– jugar con esos derechos fundamentales en aras de otros posibles derechos, como puede serlo el derecho a la procreación humana. Tengamos en cuenta que el marco de los derechos fundamentales, en el que debe encontrarse inmerso el derecho a la identidad genética, entronca directamente con toda la materia referida a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de su personalidad. Esto es imprescindible no olvidarlo y es, precisamente, lo que muchas veces no se tiene en cuenta a la hora de legislar en materias y en cuestiones de gran calado.

La existencia de donantes de gametos y preembriones aparece reconocida en la Ley de Reproducción Humana Asistida y, concretamente, como ya ha quedado expuesto, en su artículo 5. A estos donantes no se les va a atribuir responsabilidad alguna por el hecho de ser «progenitores», es decir, son las personas que aportan únicamente su material genético, contribuyendo con ello, y solamente a este fin, a crear nuevos seres humanos, nuevas personas. Carecen, por tanto, de las responsabilidades y obligaciones que tienen los progenitores con carácter general, obligaciones que se ponen de relieve en el artículo 154 del Código Civil. Podríamos decir que los aportantes de material genético son unos «progenitores» especiales, que están al margen de la legislación general y, por tanto, al margen también de esas obligaciones que tienen los padres para con sus hijos. Estamos, en consecuencia, ante unos casos especiales, unos supuestos que se salen fuera del marco de la generalidad y, por tanto, para estos supuestos hay que establecer unas normas, pero esas normas han de respetar, igualmente, los derechos fundamentales, no solo de esos «progenitores», sino de los hijos nacidos de ellos, en estas circunstancias especiales.

Expresivo es, a este respecto, el parecer de Agustín ROMERO PAREJA<sup>16</sup>, al comentar que es discutible que a los donantes se les pueda excluir, de modo total y definitivamente, de la relación filial, porque, para llegar a esta conclusión de un modo razonado, habría que entender que ellos no son ni padres, ni madres, biológicos. Pero, cuando nuestro Ordenamiento Jurídico habla de «padre» o «madre», o de «progenitores», lo hace, sin lugar a dudas, para referirse a los que contribuyeron, con su aporte genético, a la creación de un ser humano, a dar vida a otra persona.

Si me detengo en el análisis del texto legal, cabe entender que son cuatro las diversas posturas que pueden ser mantenidas, siguiendo, en este punto, a Cristóbal FÁBREGA RUIZ<sup>17</sup>: primera postura o tesis extrema: parte de la base de que la Constitución establece unos principios de verdad biológica e igualdad de los hijos de carácter absoluto, considerando que el hijo, en todo caso, debe conocer la identidad del donante o progenitor genético y a este debe adjudicársele la filiación como verdadero padre, al menos en aquellos casos en que no exista filiación paterna determinada, o se impugne esta.

Esta tesis se centra en la dignidad de los afectados, al entender que el artículo 10 de la Constitución conlleva, para proteger y fomentar, el libre desarrollo de la personalidad, a conceder, en todo caso, y como derecho integrante de dicho precepto constitucional, la posibilidad de identificar, y tener certeza, sobre los progenitores, lo que queda conculcado por el artículo 5.5 de la ley, que, sin existir justificación suficiente, impide la investigación de la paternidad y hace impunes a los padres biológicos.

En este sentido, MARÍN GÁMEZ cita la doctrina contenida en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo<sup>18</sup> y, en concreto, en los Autos de 9 de marzo y 31 de mayo de 1990, que establecieron que el derecho a la intimidad no puede consagrar la impunidad de las obligaciones ante terceros y, en concreto, las derivadas de la relación paternofilial. Pero, paradójicamente, a pesar de esta argumentación, este jurista termina alegando una tesis que la desmonta, porque afirma que permitir la investigación de la paternidad no implica necesariamente, y en todos los casos, establecer y declarar la relación de filiación biológica. Con esta conclusión MARÍN GÁMEZ nos desconcierta bastante, ya que o la investigación lleva aparejada la declaración de filiación jurídica en todo caso, que es lo que conlleva las obligaciones paternofiliales, o no.

Segunda postura, o tesis, que entiende que debe darse la opción al nacido, por lo general una vez obtenida la mayoría de edad, de conocer la identidad del donante, si bien no debe en ningún caso atribuirse la filiación a este, y sin que sea factible establecer ningún vínculo legal entre donante y nacido por medio de estas técnicas. Esta tesis es mantenida, con coherencia, por HERRERA CAMPOS<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> ROMERO PAREJA, Agustín: «El derecho a la reproducción humana asistida», artículo citado en nota 3.

<sup>17</sup> FÁBREGA RUIZ, Cristóbal: *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, editorial Comares-Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1999.

<sup>18</sup> MARÍN GÁMEZ, J.A.: «Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida», en *Poder Judicial*, número 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

<sup>19</sup> HERRERA CAMPOS, R.: *La inseminación artificial*, Universidad de Granada, 1991.



En este supuesto, según esta tesis, no se incluiría la protección de los derechos materiales de los hijos, por lo que, de nuevo, quedarían en entredicho los artículo 14 y 39.2 de la Constitución.

En función de esta tesis, parece que tan solo se trataría de satisfacer una «curiosidad» protegible solo si su no satisfacción afectara a un derecho fundamental.

Los autores que defienden esta tesis mantienen que, ante el derecho a conocer a sus progenitores, que entienden es inalienable, deben ceder los derechos de los padres jurídicos y biológicos.

Tercera tesis de carácter extremo, que estima que la identidad del donante debe ser absoluta, y no revelarse en ningún caso, castigando penalmente al que dé a conocer la identidad del donante. Esta tesis se sostiene en la doctrina argentina <sup>20</sup>.

Cuarta tesis recogida por la Ley de Reproducción Humana Asistida. Es una postura intermedia, ecléctica, que permite, en determinadas circunstancias –comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda de acuerdo con las leyes procesales penales y sea necesario para el fin legal propuesto, o evitar el peligro– la revelación de la identidad del donante y, en todo caso, el acceso a una información general sobre el mismo a petición del hijo o de sus representantes legales, así como de las receptoras de los gametos.

OCAÑA calificaba esta tesis como bastante razonable, aunque quizás merezca algunas matizaciones. Si existe un grave riesgo para la salud del hijo, ¿cabe que se desvele la identidad del donante? ¿O solamente cabe que se descubra al donante cuando exista un comprobado peligro para la vida del hijo?

En este último supuesto, así como en los contemplados por la propia ley citada, cabría acudir al centro que practicó la TRHA, o al Registro Nacional de Donantes, organismo de carácter público que custodia tales datos y que deberá informar en los casos establecidos en la ley y en la Ley de Medidas Urgentes para la Salud Pública.

Si concurriera negativa por parte de estos organismos, la vía judicial sería la factible, al objeto de obtener la autorización, impugnando la resolución en la vía contencioso-administrativa. Al órgano judicial le correspondería, en este supuesto, conceder o no la autorización, una vez valorados los intereses –y derechos– en juego, concediendo, al fin, la autorización del conocimiento, o denegándola, en otro caso.

A la vista de las tesis expuestas y razonadas, desde mi punto de vista se trata de poner, frente a frente, unos derechos e intereses legítimos, ante otros derechos –e intereses– también fundamentales. La tesis que estima que el derecho a la identidad genética debe ser reconocido siempre, y en todo caso, es la más razonable, la más respetuosa con los derechos fundamentales de los hijos nacidos por medio de estas TRHA, pero desconoce un factor muy importante, y sin cuya existencia las donaciones de

<sup>20</sup> Jornadas nacionales de Bioética y Derecho, 22 agosto 2000.



gametos y embriones serían muy escasas, o incluso desaparecerían: los donantes de gametos no desean que su identidad sea revelada, porque ello les supondría afrontar las obligaciones derivadas de su paternidad genética. Lo más sensato, a la vista de ello, sería reconocer, en todo supuesto, el derecho a la identidad genética, pero sin que ello suponga, o conlleve directa e inmediatamente, la asunción de las obligaciones inherentes a la patria potestad, obligaciones legales que aparecen claramente enunciadas en el artículo 154 de nuestro Código Civil.

Estamos, por tanto, a mi juicio, ante una paternidad irresponsable, porque es una paternidad especial, que no sigue los cauces naturales, y, por tanto, no contraría al artículo 14 de la Constitución –principio de igualdad ante la ley– ni su regulación –que es especial–, ni tampoco al artículo 39.2 de la citada Carta Magna, que establece la protección integral de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Carlos VIDAL PRADO, en la doctrina española<sup>21</sup>, ha puesto de relieve que el derecho a conocer la filiación por parte del hijo mayor de edad –plenamente capaz, por tanto– podría entrar en conflicto, al menos, con otros dos derechos: el de los padres jurídicos, ya que el conocimiento de la forma en que se ha engendrado al hijo puede afectar a la convivencia familiar y a la propia intimidad de los padres; el del donante, que, en principio, actúa amparado por el anonimato y que, ante la hipótesis de que el hijo, en un futuro, pueda conocerle como su padre biológico, podría recelar, pensando, aunque fuese erróneamente, en la posibilidad de que tal hijo le reclamase algo. En el primer supuesto, podría hablarse de un derecho a la intimidad personal y familiar, y de un interés familiar a una estabilidad afectiva sin interferencias, digno de protección. En el segundo supuesto, también se trataría del derecho a la intimidad del donante, que desea permanecer en el anonimato.

En realidad, el donante de gametos y embriones no desea asumir la relación paternofamiliar, porque no le interesa, desde luego, establecer el vínculo de relación de filiación con respecto al hijo nacido a través de estas técnicas. Estamos ante un tema que desborda los cauces normales, o generales, de la relación de filiación. La persona que acude a donar gametos no busca establecer, más tarde, una relación filial con el hijo nacido de su producto genético, y si la ley modificara la actual regulación y permitiera el establecimiento de una relación de filiación jurídica con el hijo así nacido, es casi seguro que no habría donaciones –o habría muy pocas–.

Por ello, entiendo que se le debe permitir al hijo acceder a su origen biológico –porque es este un derecho del que no se puede prescindir, al ser fundamental, innato a todo ser humano–, pero otra cosa, muy distinta, es el establecimiento del vínculo de filiación entre el progenitor y el hijo.

Estimo que, en estos supuestos, el derecho a la intimidad del donante de gametos debe ceder ante otro derecho, fundamental también, cual es el derecho a la identidad genética. Se trata de un conflicto de derechos y uno de ellos ha de ser prevalente.

He tenido ocasión de examinar el alcance de la doctrina jurisprudencial a este respecto, y he comprobado que diversas Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional subrayan la idea de que, en materia de filiación, es prevalente el principio de veracidad biológica.

<sup>21</sup> VIDAL PRADO, Carlos: «El derecho a conocer la filiación biológica» (con especial atención a la filiación materna), en *Revista Jurídica de Navarra*, número 22, 1996.

La Sentencia 138/2005, de 26 de mayo, y la 273/2005, de 27 de octubre, señalaron que «nuestro juicio de inconstitucionalidad debe detenerse en el mandato que el artículo 39.2 de la Constitución Española dirige al legislador de posibilitar la investigación de la paternidad, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Es en la medida en que ciertas pruebas biológicas han permitido determinar con precisión la paternidad cuando cobra todo su sentido el mandato del constituyente de que la ley posibilite la investigación de la paternidad, cuya finalidad primordial es la adecuación de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica, adecuación vinculada a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona. Son estos casos los que exigen que se extienda la excepción a la regla general sobre la base de que el desconocimiento de la realidad biológica debe dar lugar a las mismas consecuencias que el desconocimiento del hecho del nacimiento. En el presente caso, el artículo 136 del Código Civil cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación. La imposición al marido de una paternidad que no responde a la realidad biológica ni ha sido buscada ni consentida o conscientemente (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial), sino impuesta por una presunción legal (art. 116 del Código Civil), lo que resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción».

Sin embargo, el principio de veracidad biológica tiene unas excepciones, según la ley, o, más bien, cabría hablar de unos límites, o limitaciones, fundadas en el derecho a la intimidad privada del donante de gametos y embriones. Efectivamente, la opinión generalizada sobre este extremo, tan crucial, es que debe quedar garantizado el secreto sobre la identidad del donante, e incluso sobre las circunstancias que rodeen el nacimiento de un nuevo sujeto mediante estas TRHA.

No obstante, también es mayoritaria la tesis que sostiene que la donación de espermatozoides y de ovocitos debe realizarse de modo que al hijo nacido le conste, por un lado, que fue generado mediante estas técnicas y, por otro lado, la identidad de los que aportaron algún elemento biológico al proceso.

Como la Constitución Española ha reconocido la posibilidad de investigación de la paternidad, ex artículo 39.3, posibilidad que la ley civil amplió a la investigación de la maternidad, resultaría, en sentido estricto, inconstitucional que los poderes públicos regularan a favor del secreto de los donantes de espermatozoides. Al fin y al cabo, la investigación de la paternidad ha constituido un modo de superación de la situación de inmunidad de que gozaban los hombres respecto a sus obligaciones en cuanto a la procreación, y, especialmente, en cuanto a la procreación fuera del matrimonio.

Si el principio constitucional es favorable a la constatación de la identidad biológica de los padres y a que el nacido mediante estas técnicas conozca su origen, este mismo principio debe servir para afirmar que los poderes públicos no están habilitados para legislar en contra del mismo y a favor del secreto de las donaciones. No parece, efectivamente, tener mucho sentido que, mientras

que la Constitución propugna la posibilidad de identificar al padre biológico, los poderes públicos se encarguen de ocultar precisamente a estas personas que generan biológicamente.

Por ello, un gran sector de la doctrina mantiene que es contrario a la implantación del secreto en las donaciones de gametos. En este supuesto, el derecho a la intimidad no puede amparar situaciones que impidan –o dificulten irrazonablemente– el ejercicio de otros derechos también reconocidos constitucionalmente. En este sentido, me interesa destacar la tesis mantenida por PEÑALOSA LÓPEZ-PIN<sup>22</sup>, cuando propone, para evitar esta publicidad precisamente, que, en los supuestos de inseminación artificial heteróloga (con donante), se utilice de forma combinada semen del marido de la mujer inseminada y semen del donante, potenciando, con este procedimiento, la compatibilidad entre ambos, pudiendo ser difícil discernir cuál es el padre biológico.

Esta última tesis, a mi juicio, no es respetuosa con el derecho a la identidad del hijo –ni siquiera lo es con el derecho del padre biológico a conocer a su hijo–, y, desde luego, no resuelve los numerosos problemas planteados en torno a esta cuestión.

## 8. PROBLEMÁTICA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

El artículo 39 de la Constitución Española regula la protección a la familia y a la infancia. Se trata de proteger las relaciones familiares –desde mi punto de vista, también las basadas en otros modelos de familia no tradicionales–, implicando a los poderes públicos en su salvaguarda. Nuestra Carta Magna no reconoce explícitamente un derecho a tener hijos, pero ello no es óbice para estimar que otros valores y principios constitucionales suplen perfectamente esta ausencia.

El artículo 1.1 de la Constitución reconoce a la libertad como valor superior del Ordenamiento Jurídico, y, siguiendo esta línea, el artículo 10.1 del citado Texto Constitucional hace referencia a la dignidad de la persona humana, en cuanto expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes y del libre desarrollo de su personalidad, como piezas esenciales del sistema constitucional en un Estado social y democrático de Derecho.

En un sistema democrático, como lo es el nuestro, no cabe duda que la libertad debe ser amplia, sin que ello suponga vulnerar, de algún modo, el bloque de los valores y principios que rigen nuestro Ordenamiento Jurídico, siempre en el marco del sistema democrático.

El propio Tribunal Constitucional ha afirmado, en reiteradas ocasiones, que, en sede de derechos y libertades, los límites y las restricciones deben encontrarse en la propia Constitución y basarse en el respeto a los derechos de las personas y al de otros bienes constitucionalmente protegidos. Así lo ha declarado en Sentencias de 8 de abril de 1981, 29 de enero de 1982, 7 de noviembre de 1983 y 17 de febrero de 1984.

<sup>22</sup> PEÑALOSA LÓPEZ-PIN, C.: «Observaciones médicas y jurídicas de la inseminación artificial humana», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, número 4, 1986.

El derecho a la reproducción humana es un derecho constitucional, aunque hay que resaltar que no se encuentra incluido, explícitamente, en el Texto Constitucional, sino que su reconocimiento y protección hay que deducirlo del articulado de la Carta Magna.

Algunos autores, como Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ<sup>23</sup>, han puesto de relieve que este derecho no es un derecho constitucional, pero que sí tiene un fundamento constitucional, fundamento que se encuentra en el reconocimiento, positivo, de la libertad de la persona. De ahí que este sector doctrinal afirme, en conclusión, que, en un sistema democrático, existe un derecho de toda persona a la reproducción, a la procreación, que deriva del ejercicio de su libertad y que, a un tiempo, es expresión de su dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, en función de los artículos 1.1 y 10.1 del propio Texto Constitucional, derecho que, con toda evidencia, no puede ser restringido arbitrariamente, o sin justificación suficiente por los poderes públicos. En este sentido, cabe afirmar que el derecho a la procreación es una realidad deducible, con facilidad, del reconocimiento de otros principios constitucionales, aunque su sola existencia no determina su extensión, porque el sistema democrático es una construcción de equilibrios, de ponderación y de tolerancia, y la democracia, según esta tesis, no debe contener tanto en sí mismo una moral, cuanto un criterio regulador que actúa excluyendo otras morales incompatibles con sus principios. Es este, sin lugar a dudas, el sistema de definición por exclusión.

A mi juicio, el derecho a la procreación humana deriva de otros principios, valores y derechos constitucionales. Este factor es innegable en la actualidad. El derecho a la libertad –estimo que nadie lo pone, hoy en día, en duda– es uno de los derechos más importantes de la persona humana y sin él, sin su existencia, reconocimiento y protección, quedarían vacíos de contenido otros derechos, como, por ejemplo, el derecho a la procreación humana. En cuanto a las TRHA, merced a los avances científicos y a los nuevos descubrimientos de la Medicina, tanto el hombre como la mujer tendrán derecho a beneficiarse de estas posibilidades en materia de reproducción humana asistida, si bien es la propia Naturaleza, en diversas ocasiones, la que se encarga, de antemano, de establecer algunas diferencias entre el varón y la mujer en estas cuestiones, ya que, aunque ambos pueden constituirse en donantes de sus propios ovocitos –esperma y óvulos–, el varón va a precisar, además, de la colaboración de la mujer para llevar a término la gestación. En gran número de casos, la mujer puede conseguir una gestación completa y el consiguiente nacimiento de un hijo con la sola aportación del semen del donante. En cambio, el varón, en igualdad de circunstancias, no puede completar su derecho a la reproducción, salvo con la concurrencia de una mujer que geste a su hijo.

Lógicamente, ni los derechos constitucionales explícitos, ni los derechos con fundamento constitucional, son absolutos. Unos y otros deben alcanzar su máximo esplendor jurídico sin lesionar derechos de la misma naturaleza, o bienes jurídicos merecedores de igual protección. Y aquí, precisamente, es donde tiene cabida –o debería tener cabida– el derecho a la identidad genética. En este sentido, la primera correlación que limita y restringe –o debería limitar y restringir– el derecho a procrear es el derecho del hijo nacido en estas condiciones, una vez que sea mayor de edad y plenamente capaz, a conocer quiénes son sus progenitores, su padre y su madre.

<sup>23</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *El derecho a la reproducción humana*, obra citada en nota 15.

En consecuencia, cabe afirmar que el derecho a procrear es un derecho con fundamento constitucional y, como consecuencia de ello, su restricción tiene que ponderarse y ser justificada. De ese derecho a la procreación no se excluyen los procedimientos y técnicas, más o menos artificiales, ni la asistencia de la biotecnología, para lograr el fin de la generación. Pero uno de los límites lo representa, sin duda alguna, la determinación cierta de los progenitores.

Toda persona tiene una raíz filial, una procedencia, un origen tronco familiar, factor este que contribuye, de manera decisiva, a su identificación en cuanto ser humano. Lógicamente, hay que plantearse si el anonimato de los donantes de gametos y preembriones atenta contra la dignidad de los hijos nacidos por medio de estas técnicas de reproducción asistida, porque, si atenta a su dignidad, se estaría violando el artículo 10 de nuestra Constitución. En este aspecto, interesante ha sido la aportación de José Ángel MARÍN GÁMEZ<sup>24</sup>, al expresar que, en la medida en que el anonimato en línea ascendente implica irresponsabilidad, o inmunidad, hay que entender que se vulnera el artículo 39.3 de la Constitución, y en la medida en que algunas de las técnicas implican imposibilidad manifiesta de dar contenido al vínculo paternofilial –aunque haya certeza sobre la identidad de los progenitores–, se está pasando por encima de uno de los aspectos de la dignidad de la persona y, en esa medida, precisamente, la norma debería ser inconstitucional, al estar prohibida. Tal como ha expresado este jurista, puede hablarse, efectivamente, de un derecho a la reproducción, derivado del ejercicio del derecho a la libertad, pero también hay que referirse, ineludiblemente, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, de tal forma que este no puede verse cercenado, arbitrariamente y sin justificación alguna. La ocultación de identidad del contribuyente genético –donante– conculca seriamente los derechos de los hijos nacidos mediante estas técnicas. La lectura del artículo 39.2 y 3 de nuestra Constitución no deja lugar a dudas a este respecto.

## 9. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

El artículo 7 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida establece, en esta materia tan importante, que «la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos» (párrafo 1).

El párrafo 2 de este precepto establece que «en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación».

El párrafo 3 de dicho precepto establece que «cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal que consiente en que, cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

<sup>24</sup> MARÍN GÁMEZ, José Ángel: «Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida», artículo citado en nota 18.

Por lo que respecta al artículo 8, en su párrafo 3, se establece que «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».

Lo primero que salta a la vista, cuando examinamos estos preceptos, es que el empleo de estas técnicas rompe el esquema clásico del Derecho de filiación natural, basada en la relación sexual de un hombre y una mujer, Quebranan aquí, por tanto, una serie de principios: conocimiento cierto de la paternidad, en estos casos, frente a la clásica certidumbre de la misma; concreción de la maternidad, al poder existir una madre biológica y otra genética e incluso una tercera madre legal, frente al clásico aforismo *mater semper certa est*; mayor peso de la paternidad afectiva, frente a la meramente biológica, con limitaciones a la investigación de esta, frente al principio de libre investigación de la paternidad biológica, etc. Y, como ha puesto de relieve Cristóbal FÁBREGA RUIZ<sup>25</sup>, en el supuesto de fecundación con donante, es inútil el empleo de las pruebas biológicas de paternidad para investigar la filiación.

Cabe preguntarse, a la vista de los preceptos examinados de la Ley de Reproducción Asistida, qué anclaje tienen estas técnicas con los principios que rigen –o han de regir– en materia de filiación. En la actualidad, tal como gran parte de la doctrina española ha puesto de manifiesto<sup>26</sup>, uno de los temas fundamentales que tiene planteados el novedoso sistema de procreación de estas técnicas es, precisamente, la cuestión relativa a la constitucionalidad de su regulación jurídica, entrando, además, en íntima conexión con el debate doctrinal originado como consecuencia del artículo 5.5 de la citada ley, que prescribe el anonimato de los donantes y, por tanto, el surgimiento de una paternidad que bien pudiera calificarse de «irresponsable». Hay que desligar la paternidad genética de la legal y ello motiva algunas dudas en la doctrina y, sobre todo, de cara a la práctica.

El principio de veracidad biológica es el que debe regir en materia de filiación, junto con la posibilidad de investigación de la paternidad. Pero, lógicamente, hay que admitir algunas excepciones, o limitaciones, a estos principios constitucionales.

Si el principio de veracidad biológica y, por ende, la investigación de la paternidad, son principios que deben regir la materia referida a la filiación, habría que debatir acerca de si estos principios son absolutos o, por el contrario, admiten excepciones, o limitaciones.

Es evidente que el artículo 39.2 de la Constitución establece el principio de veracidad biológica, pero también es cierto que, en determinados supuestos, el Ordenamiento Jurídico, y la estructura del mismo, hacen ver que ese principio puede ser limitado, o sufrir unos límites. Ya en la doctrina española, Jaime VIDAL MARTÍNEZ se refería a estas limitaciones, afirmando que dicho principio supone un acercamiento a la verdad biológica, pero sin que ese acercamiento haya de implicar que el principio de veracidad sea prevalente, sino que existen otros principios que pueden hacerlo ceder<sup>27</sup>. Lógicamente, habría que plantear cuáles son esos principios. Voy a detenerme en las teorías al respecto:

<sup>25</sup> FÁBREGA RUIZ, Cristóbal: *Biología y filiación...*, obra citada en nota 17.

<sup>26</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María: *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, obra citada en nota 14.

<sup>27</sup> VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: *Las nuevas formas de reproducción humana*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

- 1.<sup>a</sup> Un autor clásico, como José Luis LACRUZ BERDEJO <sup>28</sup>, afirmaba que, para el legislador, es más importante la firmeza de los estados civiles que el principio de veracidad biológica. En función de ello es como se pueden entender normas tales como las relativas a la adopción, o las propias limitaciones establecidas al reconocimiento y a la determinación de la filiación biológica.
- 2.<sup>a</sup> Las TRHA vienen a demostrar que la filiación es, cada vez más, un concepto social y cultural, antes que biológico –o más que biológico–. Efectivamente, la doctrina alude a la posesión de estado, concepto que, como ha afirmado GÓMEZ DE LA TORRE <sup>29</sup>, es esencial en esta materia, ya que la realidad biológica pasa a un segundo plano, siendo, en cambio, decisiva la voluntad –libertad– de tener al hijo como tal. En ese aspecto, hay que referirse a una verdad social, vital y sociológica, distinta, por supuesto, de la biológica. El factor clave va a ser, no el dato genético en sí mismo considerado, sino la voluntad y la responsabilidad. Este principio, junto con el de seguridad jurídica, tal como expresaba Cristóbal FÁBREGA RUIZ <sup>30</sup>, son el lógico y justificado contrapeso del principio de veracidad.
- 3.<sup>a</sup> La aplicación de este principio ha de estar condicionada a la primacía del interés del menor, lo cual, sin duda, afecta a la materia de filiación, tal como lo prueba, sin ambages, la dicción y el contenido del artículo 125 del Código Civil, en sede de filiación incestuosa, ya que el propio hijo, una vez alcanzada la mayoría de edad, podrá, mediante declaración auténtica, invalidar la determinación de la filiación, cuando no la hubiere consentido y los progenitores fueren hermanos o consanguíneos en línea recta.
- 4.<sup>a</sup> La verdad biológica –o el principio de veracidad biológica– no va a ser el único factor a tener en cuenta para la determinación de la filiación. Este hecho se refleja, con claridad, en la filiación adoptiva, que no depende del origen biológico, pero que, sin embargo, se regula en el Título V del Libro I del Código Civil, como forma de filiación.
- 5.<sup>a</sup> Ha de regir el principio de estabilidad familiar en el sentido de intentar evitar los cambios perjudiciales para el hijo y los padres no biológicos.

Vistos estos principios, hay que concluir, tal como ha hecho CARBAJO GONZÁLEZ <sup>31</sup>, que no se trata, solamente, de una nueva realidad jurídica, regida por principios generales distintos –principios propios–, que no tengan en común con la filiación más que el nombre, sino que estamos ante una novedosa clase de filiación, en la que el principio de veracidad biológica ya no es absoluto, entendiendo, además, que los principios han de ser interpretados de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas jurídicas.

<sup>28</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis: «La Constitución y los hijos artificiales», artículo citado en nota 8.

<sup>29</sup> GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz: «La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida», en *Actualidad Civil*, números XXVI y XVII, Madrid, 1993.

<sup>30</sup> FÁBREGA RUIZ, Cristóbal: *Ideas sobre derecho de filiación*, Conferencia pronunciada en el curso de iniciación al derecho del programa de universidad abierta del curso 1995-1996, Vicerrectorado de extensión universitaria de la Universidad de Jaén.

<sup>31</sup> CARBAJO GONZÁLEZ, Julio: *Las acciones de reclamación de la filiación*, obra citada en nota 9.



## 10. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA

Cabe plantearse, una vez analizado el controvertido tema del derecho a la identidad genética en el marco constitucional, si, efectivamente, cabe hablar de un amparo constitucional de este derecho, una vez analizado el contenido de la actual Ley de Reproducción Humana Asistida y, en concreto, la problemática referida al secreto en la donación de gametos y embriones.

En una primera aproximación, cabe afirmar que los artículos 10.1, 15, 18, 39.2, 20.4 y 18.4 configuran una cierta protección del derecho a la identidad genética. En este sentido, hay que resaltar que los artículos 10.1 y 18 de la Constitución amparan la consideración del derecho a conocer la propia filiación, el derecho a la exacta identidad como derecho fundamental, en función de las íntimas vinculaciones que encierra y contiene con la dignidad personal y con el libre desarrollo de la personalidad. En este sentido se han pronunciado DELGADO ECHEVERRÍA, QUESADA GONZÁLEZ Y MAGALDI<sup>32</sup>. Y, de otro lado, el exacto conocimiento de la identidad biológica, la eliminación de errores en la atribución de maternidades –y de paternidades–, encuentra su cobijo en el artículo 15 de la Constitución, que garantiza el derecho a la integridad física y psíquica. También resulta de aplicación, igualmente, el artículo 39.2 del Texto Constitucional. Efectivamente, este artículo 39.2 impone un mandato a los poderes públicos, al objeto de garantizar la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, posibilitando la propia ley la investigación de la paternidad.

Como ha señalado, con agudeza, RAMS ALBESA<sup>33</sup>, este apartado segundo del artículo 39 de la Constitución centra su efectividad específica en el momento y en las consecuencias del nacimiento, así como en los derechos que surgen de la filiación.

Los poderes públicos, a tenor del Texto Constitucional, así como la ley, asegurarán y posibilitarán la investigación de la paternidad, o, en otras palabras, la coincidencia de la filiación biológica y de la filiación jurídica, siempre que ello sea posible. En esta línea se encuentra, asimismo, la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 26 de enero de 2000, que hace referencia al hijo adoptado, pero que puede, a mi juicio, trasladarse al tema que ha quedado analizado.

## 11. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, la primera conclusión a la que se llega es que, en sede de reproducción humana asistida, prevalece el derecho a la identidad de los donantes de gametos y embriones, sobre el derecho a la identidad genética del hijo, es decir, sobre el derecho a conocer quién es su progenitor.

<sup>32</sup> DELGADO ECHEVERRÍA: «La persona física», en *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, volumen 2, Editorial Bosch, Barcelona, 1990; QUESADA GONZÁLEZ, C.: «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1994; MAGALDI, N.: *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, editorial Marcial Pons, 2004.

<sup>33</sup> RAMS ALBESA: «Familia y derecho de familia», en *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, editorial Bosch, Barcelona, 1997.



En consecuencia, cuando ambos derechos entran en conflicto, y se produce una contraposición de intereses, el derecho a la intimidad va a ser prevalente.

Salta a la vista, una vez realizada esta conclusión, sin duda crucial en el marco en el que nos movemos, que no ha sido respetado el principio, del Derecho de Familia, del beneficio, interés o bienestar prioritario del menor en todos aquellos supuestos, o materias, que les afecten directa e inmediatamente.

Sería deseable que nuestra actual Ley de Reproducción Humana Asistida fuera reformada. Tengamos en cuenta que, una vez alcanzada la mayoría de edad, el hijo nacido a través de estas técnicas de reproducción asistida no va a poder acceder a su información genética, salvo 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. En estas circunstancias –y solamente en ellas– podrá revelarse la identidad del donante, siempre, como expresa la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su artículo 5.3, que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. La propia ley matiza aún más, declarando que «dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes».

A mi juicio, lo más sensato sería pensar que estamos ante una paternidad irresponsable, una paternidad especial, que no sigue los cauces naturales y, por tanto, no contraría al artículo 14 de la Constitución –principio de igualdad ante la ley–, ni su regulación –que es especial–, ni tampoco al artículo 39.2 de la citada Carta Magna, que establece la protección integral de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

En realidad, el donante de gametos y embriones no desea asumir la relación paternofilial, porque no le interesa, desde luego, establecer el vínculo de filiación respecto del hijo nacido a través, o por medio, de estas técnicas de reproducción asistida. Estamos, en consecuencia, ante un tema que desborda los cauces normales, o generales, de la relación de filiación. La persona que acude a donar gametos no busca establecer, más tarde, una relación parental con el hijo nacido de su producto genético y si la ley actual modificara esta regulación y permitiera el establecimiento de una relación de filiación jurídica con el hijo así nacido, es casi seguro que no habría donaciones, o estas serían muy escasas.

Por ello, entiendo que al hijo se le debe permitir acceder a su origen biológico, porque es este un derecho del que no se puede prescindir, al ser fundamental, innato a todo ser humano, pero otra cosa, muy distinta, es el establecimiento del vínculo de filiación entre el progenitor y el hijo.

El derecho a la intimidad del donante de gametos debería ceder ante otro derecho, también fundamental, cual es el derecho a la identidad genética, a conocer los propios orígenes. Se trata, en definitiva, de un conflicto de derechos.

No obstante, el principio de veracidad biológica tiene unas excepciones, según la Ley, o, más bien, cabría hablar de unos límites, o limitaciones, fundadas en el derecho a la intimidad privada del

donante de gametos y preembriones. Efectivamente, la opinión generalizada acerca de este extremo, sin duda crucial, es que debe quedar garantizado el secreto sobre la identidad del donante, e incluso sobre las circunstancias que rodean el nacimiento de una persona mediante estas técnicas de reproducción asistida.

No obstante, hay una tesis, mayoritaria, que sostiene que la donación de esperma y de ovocitos debe realizarse de modo que al hijo nacido le conste, por un lado, que fue generado mediante estas técnicas y, por otro lado, la identidad de los que aportaron algún elemento biológico al proceso.

La Constitución Española ha reconocido la posibilidad de investigación de la paternidad, ex artículo 39.3, posibilidad que la ley civil ha ampliado a la investigación de la maternidad, por lo que resultaría, en sentido estricto, inconstitucional que los poderes públicos regularan a favor del secreto de los donantes. Al fin y al cabo, la investigación de la paternidad ha supuesto un modo de superación de la situación de inmunidad de la que gozaban los hombres respecto de sus obligaciones en cuanto a la procreación y, especialmente, en cuanto a la procreación fuera del seno del matrimonio.

Si el principio constitucional es favorable a la constatación de la identidad biológica de los progenitores y a que el nacido mediante estas técnicas de reproducción asistida conozca su origen, este mismo principio debe servir para afirmar que los poderes públicos no están habilitados para legislar en contra del mismo y a favor del secreto de las donaciones. No parece tener mucho sentido, efectivamente, que, mientras que la Constitución propugna la posibilidad de identificar al padre biológico, los poderes públicos se encarguen de ocultar precisamente a estas personas que generan biológicamente.

Por ello, un gran sector doctrinal se mantiene contrario a la implantación del secreto en las donaciones de gametos y preembriones. Es evidente, a mi juicio, que el derecho a la intimidad no puede amparar situaciones que impidan –o dificulten irrazonablemente– el ejercicio de otros derechos también reconocidos constitucionalmente.